

TESIS DOCTORAL
“LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS: ORIGEN, EVOLUCIÓN Y SISTEMA
ACTUAL”



UNIVERSIDAD DE GRANADA
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Doctorando:

José Miguel Carbonero Gallardo

Directores:

Prof. Dr. D. Federico A. Castillo Blanco. Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Granada (Catedrático acreditado).

Prof. Dr. D. José Antonio Moreno Molina. Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha (Catedrático acreditado).

ENERO DE 2010

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: José Miguel Carbonero Gallardo
D.L.: GR 2328-2010
ISBN: 978-84-693-1327-5

ÍNDICE

ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO I:	
ANTECEDENTES DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LOS SIGLOS XIX Y XX .25	
1.1.- INTRODUCCIÓN	31
1.2.- ASPECTOS GENERALES: LA FUNCIONALIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LA FORMACIÓN DE SU CONCEPTO	34
1.3.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS REMOTOS Y EN EL SIGLO XIX DE NUESTROS ACTUALES SISTEMAS	48
1.3.1.- EL REAL DECRETO DE 10 DE OCTUBRE DE 1845 (INSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS) Y LA REAL ORDEN DE 16 DE ABRIL DE 1846.....	52
1.3.2.- EL REAL DECRETO DE 27 DE FEBRERO DE 1852, LA REAL ORDEN DE 19 DE MARZO DE 1852, Y EL REAL DECRETO DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1852	55
1.3.2.1.- <i>La subasta y sus excepciones en el Real Decreto de Bravo Murillo (27 de febrero de 1852)</i>	60
1.3.2.2.- <i>La Real Orden de 19 de marzo de 1852</i>	70
1.3.2.3.- <i>El Real Decreto de 15 de septiembre de 1852 ...</i>	73
1.3.3.- EL REAL DECRETO DE 10 DE JULIO DE 1861 Y LA ORDEN DEL ALMIRANTAZGO DE 3 DE MAYO DE 1869	76
1.3.4.- LA REAL ORDEN DE 18 DE JUNIO DE 1881.....	78
1.3.5.- EL REAL DECRETO DE 4 DE ENERO DE 1883	86
1.3.5.1.- <i>La subasta y sus excepciones en el Real Decreto de 4 de enero de 1883</i>	87

1.3.5.2.- <i>La previsión de dos modalidades procedimentales de subasta según el Real Decreto de 4 de enero de 1883: modalidad ordinaria y modalidad simplificada</i>	92
1.3.6.- LA LEY GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS DE 13 DE ABRIL DE 1877	97
1.3.7.- EL REAL DECRETO DE 26 DE ABRIL DE 1900: LA INSTRUCCIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS PROVINCIALES Y MUNICIPALES	99
1.3.7.1.- <i>Antecedentes</i>	99
1.3.7.2.- <i>La subasta en el Real Decreto de 26 de abril de 1900: supuestos de utilización y excepciones; desarrollo procedimental, publicidad e introducción de consideraciones sociales y laborales en la contratación</i>	100
1.3.7.3.- <i>El concurso</i>	107
1.3.7.4.- <i>Algunas otras normas sobre la materia</i>	112
1.4.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE NUESTROS ACTUALES SISTEMAS EN EL SIGLO XX.....	114
1.4.1.- LA LEY DE ADMINISTRACIÓN Y CONTABILIDAD DE 1 DE JULIO DE 1911: SUBASTA, CONCURSO Y CONCIERTO DIRECTO.	114
1.4.2.- EL ESTATUTO MUNICIPAL DE 8 DE MARZO DE 1924, EL PROVINCIAL DE 20 DE MARZO DE 1925 Y EL REAL DECRETO DE 2 DE JULIO DE 1924, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PARA LA CONTRATACIÓN DE LAS OBRAS Y SERVICIOS A CARGO DE LAS ENTIDADES MUNICIPALES	123
1.4.2.1- <i>El Reglamento para la contratación de las obras y servicios de las Entidades Municipales</i>	127
1.4.2.1.1.- Aspectos procedimentales: publicidad, fraccionamiento del objeto, celebración del acto público, pliegos, modalidad ordinaria y modalidad simplificada, secreto de las proposiciones y forma de presentación	127

1.4.3.- LEY DE BASES DE 10 DE JULIO DE 1935, CÓDIGO DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN LOCAL DE 1941, Y LEY DE BASES DEL RÉGIMEN LOCAL DE 17 DE JULIO DE 1945.	136
1.4.4.- LA LEY DE 20 DE DICIEMBRE DE 1952 Y EL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN DE LAS CORPORACIONES LOCALES, DE 9 DE ENERO DE 1953	139
1.4.4.1.- <i>La Ley de 20 de diciembre de 1952</i>	140
1.4.4.1.1.- La contratación por destajos.....	146
1.4.4.2.- <i>El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales</i>	148
1.4.4.2.1.- Las formas de contratación: la subasta como forma ordinaria.....	149
1.4.4.2.2.- Aspectos procedimentales: pliegos, publicidad, proposiciones, formas de presentación y celebración del acto público	151
1.4.4.2.3.- Concurso y concurso-subasta.....	156
1.4.4.2.4.- El concierto directo.....	161
1.4.4.2.5.- Las nuevas reglas sobre utilización de las formas de contratación de las Corporaciones Locales establecidas por el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre	164
1.4.5.- LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 1965, Y EL REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1975	166
1.4.5.1.- <i>Las formas de adjudicación para el contrato de obras</i>	169
1.4.5.1.1.- El concurso y la contratación directa .	169
1.4.5.1.2.- La subasta	175
1.4.5.1.3.- El concurso-subasta.....	183
1.4.5.2.- <i>Las formas de adjudicación para los restantes contratos administrativos</i>	185

1.5.- IDEAS FINALES DEL CAPÍTULO	189
CAPÍTULO II:	
LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN LOS SISTEMAS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.	
191	
2.1.- INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS INSPIRADORES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEA	195
2.1.1.- LOS ANTECEDENTES DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.....	196
2.1.2.- EL DERECHO COMUNITARIO CENTRA INICIALMENTE SU ATENCIÓN EN LA PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS.....	199
2.1.3.- OTRAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA	205
2.1.3.1.- <i>El Acuerdo sobre Compras del Sector Público del GATT</i>	205
2.1.3.2.- <i>La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios</i>	210
2.2.- LAS PRIMERAS NORMAS COMUNITARIAS SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	212
2.3.- LA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA ESPAÑOLA AL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN	229
2.3.1.- LA NATURALEZA DEL DERECHO COMUNITARIO: CONSECUENCIAS EN ORDEN A LA TRANSPOSICIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	229
2.3.2.- EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 931/1986, DE 2 DE MAYO, POR EL QUE SE MODIFICÓ LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO	233
2.3.3.- EL REAL DECRETO 2528/1986, DE 28 DE NOVIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO	250

2.4.- LOS PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL DERECHO COMUNITARIO TRAS LA ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA (1986-2004).	252
2.5.- LA MÁS RECIENTE INFLUENCIA COMUNITARIA: DIRECTIVAS 2004/18 Y 2004/17, DE 31 DE MARZO, SOBRE COORDINACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS....	276
2.5.1.- EL DIÁLOGO COMPETITIVO	283
2.5.2.- EL CONCURSO DE PROYECTOS	286
2.5.3.- EL ACUERDO MARCO	287
2.5.4.- LOS SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN.	290
2.5.5.- LAS CENTRALES DE COMPRA.....	292
2.5.6.- LAS SUBASTAS ELECTRÓNICAS.	293
2.5.7.- NORMAS DE CARÁCTER GENERAL	297
2.5.7.1.- <i>Ofertas anormalmente bajas</i>	297
2.5.7.2.- <i>Normas aplicables a las comunicaciones y a las invitaciones e información para los candidatos y licitadores</i>	298
2.6.- REFLEXIONES FINALES DEL CAPÍTULO.....	299

CAPÍTULO III:

LOS PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN EN LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SU TEXTO REFUNDIDO	305
3.1.- INTRODUCCIÓN. LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SU TEXTO REFUNDIDO	311
3.1.1. EL FORMALISMO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	314
3.1.2.- PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN	318
3.2.- LA ELECCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y LAS FORMAS DE ADJUDICACIÓN	322
3.3.- LA SUBASTA	327
3.3.1.- EL AUTOMATISMO COMO PRINCIPAL VIRTUD.....	328
3.3.2.- LA SUBASTA COMO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	333

3.3.2.1.- <i>La calificación documental y la subsanación de errores</i>	334
3.3.2.2.- <i>Desarrollo del acto público</i>	343
3.3.2.3.- <i>El rechazo de las proposiciones por razones formales</i>	346
3.3.2.4.- <i>La propuesta de adjudicación</i>	349
3.3.2.5.- <i>Las bajas temerarias</i>	354
3.3.2.6.- <i>Los grupos de empresas</i>	361
3.3.2.7.- <i>Cuestiones diversas: propuesta de adjudicación, reclamaciones contra la actuación de la Mesa, sorteo y plazo para adjudicar</i>	364
3.4.- EL CONCURSO	366
3.4.1.- LOS CRITERIOS SELECTIVOS	369
3.4.1.1.- <i>Concepto y reglas formales</i>	369
3.4.1.2.- <i>El precio como criterio en el concurso. Las condiciones económicas pactadas en convenios colectivos</i>	375
3.4.1.3.- <i>Otros criterios selectivos</i>	378
3.4.1.4.- <i>La experiencia como criterio selectivo</i>	383
3.4.2.- LAS OFERTAS DESPROPORCIONADAS O TEMERARIAS	387
3.4.3.- PROCEDIMIENTO.....	391
3.4.3.1.- <i>Los informes de valoración</i>	394
3.4.4.- DISCRECIONALIDAD, MOTIVACIÓN Y CONTROL JURISDICCIONAL DEL CONCURSO	399
3.5.- EL PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO.....	414
3.6.- EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO.....	418
3.6.1.- CONCEPTO Y PROCEDIMIENTO	418
3.6.2.- SUPUESTOS EN QUE PUEDE UTILIZARSE EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO..	424
3.6.2.1.- <i>Procedimiento negociado y publicidad comunitaria</i>	424
3.6.2.1.1.- Aspectos comunes a los supuestos de procedimiento negociado con publicidad comunitaria.....	430

4.2.2.- CARÁCTER BÁSICO DE LAS NORMAS SOBRE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.....	513
4.2.3.- NORMAS GENERALES.....	514
4.2.3.1.- <i>Disposiciones directivas</i>	514
4.2.3.1.1.- Procedimientos y formas: subasta y concurso	516
4.2.3.2.- <i>Publicidad: anuncio de información previa, perfil de contratante y convocatoria de licitaciones</i>	519
4.2.3.3.- <i>Licitación</i>	524
4.2.3.3.1.- Plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones y reducción de plazos en caso de tramitación urgente.....	526
4.2.3.3.2.- Proposiciones de los interesados	527
4.2.3.3.3.- Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos	528
4.2.3.3.4.- Variantes o mejoras.	530
4.2.3.3.5.- Subasta electrónica	530
4.2.3.3.6.- Sucesión en el procedimiento	535
4.2.4.- SELECCIÓN DEL ADJUDICATARIO. EN PARTICULAR, LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS	536
4.2.4.1.- <i>Criterios de valoración de las ofertas</i>	536
4.2.4.1.1.- La utilización de uno o más de un criterio.....	541
4.2.4.1.2.- Elección, información y publicidad de los criterios.	544
4.2.4.1.3.- El precio como criterio en la LCSP. Las ofertas anormales o desproporcionadas y los grupos de empresas	550

4.2.4.1.4.- Criterios de evaluación automática y criterios dependientes de un juicio de valor	560
4.2.4.1.5.- Criterios sociales y ambientales	564
4.2.4.1.6.- Incumplimiento de los criterios en la ejecución del contrato: penalidades y resolución	568
4.2.4.1.7.- La valoración de los criterios.....	570
4.2.4.1.8.- Adjudicación provisional del contrato. El perfil de contratante.....	571
4.2.4.1.9.- Adjudicación definitiva del contrato....	577
4.2.4.1.10.- La vuelta al sistema de doble adjudicación. El recurso especial en materia de contratación.....	579
4.2.5.- OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN SOBRE EL RESULTADO DEL PROCEDIMIENTO, RENUNCIA, DESISTIMIENTO Y FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO.....	582
4.3.- LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN PREVISTOS POR LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	586
4.3.1.- LA ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN	586
4.3.2.- PROCEDIMIENTO ABIERTO	588
4.3.2.1.- <i>Información a los licitadores.</i>	588
4.3.2.2.- <i>Plazos para la presentación de proposiciones</i> ...	591
4.3.2.3.- <i>Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación</i>	592
4.3.2.4.- <i>Adjudicación</i>	594
4.3.2.5.- <i>Supletoriedad de las normas procedimentales</i> ..	594
4.3.3.- PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO.	595
4.3.4.- PROCEDIMIENTO NEGOCIADO	599
4.3.4.1.- <i>Supuestos de utilización</i>	600
4.3.4.1.1.- Supuestos generales	600
4.3.4.1.2.- Supuestos para los contratos de obras.....	606

4.3.4.1.3.- Supuestos para los contratos de gestión de servicios públicos.	609
4.3.4.1.4.- Supuestos para los contratos de suministro	610
4.3.4.1.5.- Supuestos para los contratos de servicios	612
4.3.4.1.6.- Supuesto para otros contratos.....	615
4.3.4.1.7.- El procedimiento negociado por razón de la cuantía	615
4.3.4.2.- <i>El procedimiento negociado como procedimiento administrativo</i>	619
4.3.4.2.1.- Delimitación de la materia objeto de negociación	619
4.3.4.2.2.- Procedimiento negociado con publicidad. Su confusa regulación legal	620
4.3.4.2.3.- La negociación de los términos del contrato.....	623
4.3.5.- DIÁLOGO COMPETITIVO.....	626
4.3.5.1.- <i>Concepto</i>	628
4.3.5.2.- <i>Supuestos de aplicación</i>	629
4.3.5.3.- Apertura del procedimiento y solicitudes de participación	631
4.3.5.4.- Diálogo con los candidatos.....	632
4.3.5.5.- Presentación y examen de las ofertas .	633
4.3.6.- NORMAS ESPECIALES APLICABLES A LOS CONCURSOS DE PROYECTOS.....	634
4.4.- EL CONTRATO MENOR	636
4.5.- PREFERENCIA PARA LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS A FAVOR DE DETERMINADAS EMPRESAS	640
4.6.- LA MESA DE CONTRATACIÓN	643
4.6.1.- CONCEPTO.....	644
4.6.2.- PROCEDIMIENTOS EN LOS QUE INTERVIENE LA MESA DE CONTRATACIÓN .	647
4.6.3.- FUNCIONES	648

4.6.4.- COMPOSICIÓN DE LAS MESAS DE CONTRATACIÓN.	651
4.6.4.1.- <i>Especial referencia a la Mesa de Contratación</i> <i>en el ámbito local</i>	654
4.7.- REFLEXIONES FINALES DEL CAPÍTULO	658
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES	667
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	699

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas
LCE	Ley de Contratos del Estado
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LRJAPyPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
NACE	Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas
PCAP	Pliego de cláusulas administrativas particulares
RCCL	Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales
RGCE	Reglamento General de Contratos del Estado
RGLCAP	Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
RpLCSP	Reglamento parcial de la Ley de Contratos del Sector Público
TCE	Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TRLCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral tiene por objeto analizar, estudiar, la evolución de los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos en España, para poder formular unas conclusiones y propuestas de futuro lo más sólidamente fundadas.

La tesis parte del convencimiento de que es indispensable conocer el origen y la evolución de las instituciones jurídicas para entender su régimen jurídico actual. Parte de la convicción de que en la materia que vamos a tratar hay aspectos esenciales, rasgos básicos, que apenas han cambiado desde hace casi dos siglos. Otros en cambio, acaso los más accesorios, han sufrido muy diversas regulaciones.

La adjudicación de los contratos administrativos culmina unos procedimientos administrativos muy detallados. Se trata de una actividad eminentemente formal de la Administración; no es casualidad que en otro tiempo a esos procedimientos se les denominara la "*forma*" de los contratos. Estas formalidades y solemnidades son, o pretenden ser, garantía de la objetividad y transparencia de las Administraciones Públicas a la hora de contratar con particulares, y en definitiva invertir dinero público. Así se configuraron desde el origen hacia el primer tercio del siglo diecinueve, y esa esencia y solera (además de algunos otros factores que veremos) hacen que los procedimientos de contratación hayan alcanzado un alto grado de detalle y complejidad técnica-jurídica.

Debemos hacer unas acotaciones previas para enmarcar bien el siguiente trabajo. La estructura de la tesis presenta cinco Capítulos:

los cuatro primeros se ocupan de sendas etapas normativas sobre la materia, y el quinto presenta una serie de conclusiones y propuestas. Como es fácil entender, no podíamos segmentar todo el período estudiado en partes iguales. Por ello hemos distribuido los Capítulos de forma que dedicamos mayor atención a las épocas más recientes. Así, el primer Capítulo abarca desde los orígenes de los procedimientos hasta el último cuarto del siglo XX. El segundo Capítulo estudia monográficamente la influencia del derecho comunitario en nuestros procedimientos de contratación. El tercer Capítulo analiza el régimen jurídico inmediatamente anterior al vigente: el sistema establecido por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (1995) y su Texto Refundido (2000). Y el cuarto Capítulo, el más detallado y extenso, es un estudio pormenorizado de los procedimientos de contratación según la vigente Ley de Contratos del Sector Público (2007).

Históricamente comenzaremos el estudio en el primer tercio del siglo diecinueve, época en la que pueden situarse con claridad las primeras normas que regulan la actividad contractual del Estado y las Corporaciones Locales. Así, el primer Capítulo desgranará las normas decimonónicas sobre la materia, pero se extenderá también hasta bien avanzado el siglo veinte: concretamente hasta estudiar la Ley de Contratos del Estado de 1965. Las normas del siglo XIX presentan un enorme interés para nuestro estudio: en ellas se sitúan algunas bases de los procedimientos de contratación que podemos reconocer aún. Entonces se perfiló la subasta; el principio de subasta necesaria que ha estado presente en nuestro sistema hasta bien avanzado el siglo XX; la excepcionalidad de la contratación directa, que sólo podría utilizarse en supuestos tasados, algunos de los cuales han llegado casi idénticos a nuestros días; o, por anticipar sólo alguna otra muestra, entonces se desarrolló el derecho de la contratación administrativa española en torno a los contratos de obras públicas, sirviendo éste de

patrón para la regulación de los restantes tipos de contratos administrativos.

En ese primer Capítulo conoceremos también cómo apareció el concurso a principios del siglo XX, y lo haría posteriormente el concurso-subasta. Dedicaremos especial atención a algunas normas que regularon la contratación local con una destacable técnica normativa: nos detendremos en los Estatutos Municipal y Provincial de 1924 y 1925, y en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (1953). Finalizaremos el Capítulo primero estudiando el régimen de la Ley de Contratos del Estado (1965), de gran interés por su calidad, por su vigencia de tres décadas y por su ya relativa proximidad a nuestros días.

El segundo Capítulo aborda el estudio del derecho comunitario de la contratación pública. Es imposible entender la contratación pública española actual sin conocer aquél derecho europeo. Las Directivas comunitarias sobre la materia son, desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986, la principal y casi exclusiva influencia sobre nuestro derecho interno de la contratación. Analizaremos cómo se ha desarrollado ese sector del derecho comunitario, que sin importancia en los Tratados originarios, ha crecido posteriormente con una gran pujanza configurando un acervo muy completo y sólido que disciplina cada vez más aspectos de la contratación pública. Constataremos que tras la adecuación de la Ley de Contratos del Estado en 1986 a las primeras Directivas sobre contratación pública, la influencia ha sido creciente: posteriormente en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y definitivamente en la Ley de Contratos del Sector Público, cuya principal razón de ser es la transposición de la importante Directiva 18/2004. Precisamente comprobaremos que hasta ahora la incidencia del derecho comunitario de la contratación pública ha tenido como principal preocupación los procedimientos de selección de contratistas, en tanto que es la fase en la que deben tutelarse una

serie de principios esenciales de la Unión: la transparencia, la igualdad de oportunidades de los empresarios comunitarios en la concurrencia y en la selección del contratista son fundamentales para preservar las libertades básicas de establecimiento, circulación de capitales y servicios.

El Capítulo tercero está dedicado al estudio de los procedimientos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su Texto Refundido. Se trata de unas normas con una vigencia muy reciente (1995-2008); es por lo tanto la etapa que cronológicamente precede a la actual. La LCAP fue presentada como un instrumento de lucha contra la corrupción, y por lo tanto los procedimientos de contratación debían jugar un papel esencial en el cumplimiento de ese objetivo. El período ocupado por estas normas se ha caracterizado por la inestabilidad; es decir, por las múltiples reformas legislativas y reglamentarias aprobadas, por la intensificación de la convergencia con el derecho comunitario de los contratos públicos, y por la huída de la contratación administrativa mediante la creación y utilización de personificaciones jurídicas pretendidamente no sometidas a las mismas normas que las Administraciones Públicas ni al derecho comunitario. Desde la LCAP, y hasta nuestros días, el ámbito subjetivo de aplicación de nuestras leyes sobre contratos públicos ha cobrado una importancia esencial, habida cuenta del mencionado fenómeno, y bajo la presión de las normas comunitarias y de las reiteradas condenas que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado contra España.

En el Capítulo cuarto hemos estudiado con detalle el sistema vigente de procedimientos de contratación: el establecido por la Ley de Contratos del Sector Público. Hemos puesto el mayor empeño en destacar las novedades que en esta materia presenta la LCSP frente a sus predecesoras, para así tener una visión comparativa de la evolución histórica de los procedimientos de adjudicación y de sus posibilidades de uso. Teniendo la LCSP, como hemos apuntado, la

motivación principal de transponer una Directiva comunitaria sobre procedimientos de contratación, es fácil advertir la importancia que éstos cobran en la nueva Ley. No tanto en los procedimientos clásicos, en los que las novedades no son tan de fondo como, por ejemplo, de homogeneización terminológica con la Unión Europea o de adopción sin ambages de una concepción de la contratación pública como una herramienta no sólo económica sino también para el logro de otras políticas de interés general como las sociales o ambientales. Pero, desde luego, vamos a encontrarnos con procedimientos absolutamente novedosos e importados tal cual de la Directiva: nos referimos al diálogo competitivo. Este Capítulo completa el estudio de la evolución de los procedimientos de contratación de nuestros contratos administrativos, de forma que la lectura íntegra de la tesis ofrece la posibilidad de una visión comparativa sobre múltiples aspectos de tales procedimientos. Ese enfoque comparativo va a ser puesto de manifiesto a lo largo de todo el trabajo, y en este Capítulo cuarto contemplaremos cuál es, hoy, el punto último de referencia.

Destinaremos el quinto y último Capítulo, como es de rigor, a formular una serie de conclusiones generales deducidas del estudio que ahora introducimos, así como algunas propuestas sobre el régimen jurídico de los procedimientos de contratación que, a nuestro juicio, podrían contribuir a su mejora.

Otra importante acotación que debemos anticipar es de carácter material. Nos ceñiremos al estudio de los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos, dejando al margen la adjudicación de otros contratos. Esta precisión cobra una especial importancia actualmente porque la LCSP ha regulado los contratos administrativos como una categoría integrada en la más amplia de los contratos del sector público. Este nuevo planteamiento concuerda con la preocupación de sujetar al derecho comunitario a todos los entes que cumplen con el canon comunitario de poder adjudicador; canon de carácter funcional y no formal (resulta irrelevante la forma

jurídica, la personificación de la entidad contratante, si material o funcionalmente cumple con el patrón descrito por el derecho comunitario para estar sometido a sus reglas sobre la contratación pública). De este modo, para la LCSP son contratos administrativos una serie de figuras contractuales concertadas por las entidades que tienen la consideración de Administración Pública según la definición ofrecida por la Ley. En el propio Capítulo justificaremos con más detenimiento nuestra atención exclusiva a los contratos administrativos, pero queremos adelantar aquí que es la categoría que más interés nos suscita, la más clásica, de gran relevancia aún hoy, y que por esa raigambre histórica es la que permite un estudio de su evolución desde aquellas primeras normas decimonónicas hasta el momento actual.

El trabajo se centrará también en la fase de selección del contratista, que puede delimitarse aproximadamente desde la aprobación del expediente de contratación hasta la adjudicación del contrato. Decimos que la delimitación es aproximada porque todas las actuaciones que integran un expediente de contratación están muy relacionadas entre sí. Por eso es imposible separar de modo tajante esa fase de la contratación sin dejar de exponer cuestiones importantes que inciden en el procedimiento de contratación. Pero, desde luego, el hilo principal de la tesis sigue de cerca esa etapa previa al nacimiento del contrato administrativo.

La metodología seguida ha consistido en el análisis de las normas reguladoras sobre la materia, tratando de poner de manifiesto cuáles son los cambios que las normas sucesivas han ido introduciendo, ya se tratara de la introducción de nuevos elementos, supresión o modificación de los mismos. De ese modo es posible apreciar la evolución de los procedimientos que pretendemos ofrecer en esta tesis. El análisis normativo va acompañado, como no podría ser de otro modo, de la abundante jurisprudencia que desde hace casi dos siglos ha interpretado los preceptos vigentes en cada momento.

Ese elenco jurisprudencial es mayor en el Capítulo tercero, pues consideramos de gran interés el estudio de la jurisprudencia más reciente sobre los procedimientos de contratación, y la jurisprudencia más reciente disponible es la que corresponde a esa etapa (LCAP), puesto que el Tribunal Supremo aún no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre conflictos planteados a propósito de la LCSP. Un lugar relevante ocupa también la doctrina que en las últimas décadas ha elaborado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que se ha convertido en un órgano consultivo de referencia para todos los operadores jurídicos que trabajan sobre la materia. Y, desde luego, en todo el trabajo hemos apoyado nuestro estudio en las opiniones de la doctrina científica que desde el propio siglo XIX se ha ocupado de estudiar los avatares del contrato administrativo en general, y de los procedimientos para su adjudicación en particular.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LOS SIGLOS XIX Y XX

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LOS SIGLOS XIX Y XX.

1.1.- INTRODUCCIÓN.

1.2.- ASPECTOS GENERALES.

1.3.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS REMOTOS Y EN EL SIGLO XIX DE NUESTROS ACTUALES SISTEMAS.

1.3.1.- EL REAL DECRETO DE 10 DE OCTUBRE DE 1845 (INSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS) Y LA REAL ORDEN DE 16 DE ABRIL DE 1846.

1.3.2.- EL REAL DECRETO DE 27 DE FEBRERO DE 1852, LA REAL ORDEN DE 19 DE MARZO DE 1852, Y EL REAL DECRETO DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1852.

1.3.2.1.- *La subasta y sus excepciones en el Real Decreto de Bravo Murillo (27 de febrero de 1852).*

1.3.2.2.- *La Real Orden de 19 de marzo de 1852.*

1.3.2.3.- *El Real Decreto de 15 de septiembre de 1852.*

1.3.3.- EL REAL DECRETO DE 10 DE JULIO DE 1861 Y LA ORDEN DEL ALMIRANTAZGO DE 3 DE MAYO DE 1869.

1.3.4.- LA REAL ORDEN DE 18 DE JUNIO DE 1881.

1.3.5.- EL REAL DECRETO DE 4 DE ENERO DE 1883.

1.3.5.1.- *La subasta y sus excepciones en el Real Decreto de 4 de enero de 1883.*

1.3.5.2.- *La previsión de dos modalidades procedimentales de subasta según el Real Decreto de 4 de enero de 1883: modalidad ordinaria y modalidad simplificada.*

1.3.6.- LA LEY GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS DE 13 DE ABRIL DE 1877.

1.3.7.- EL REAL DECRETO DE 26 DE ABRIL DE 1900: LA INSTRUCCIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS PROVINCIALES Y MUNICIPALES.

1.3.7.1.- *Antecedentes.*

1.3.7.2.- *La subasta en el Real Decreto de 26 de abril de 1900: supuestos de utilización y excepciones; desarrollo procedimental, publicidad e introducción de consideraciones sociales y laborales en la contratación.*

1.3.7.3.- *El concurso.*

1.3.7.4.- *Algunas otras normas sobre la materia.*

1.4.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE NUESTROS ACTUALES SISTEMAS EN EL SIGLO XX.

1.4.1.- LA LEY DE ADMINISTRACIÓN Y CONTABILIDAD DE 1 DE JULIO DE 1911: SUBASTA, CONCURSO Y CONCIERTO DIRECTO.

1.4.2.- EL ESTATUTO MUNICIPAL DE 8 DE MARZO DE 1924, EL PROVINCIAL DE 20 DE MARZO DE 1925 Y EL REAL DECRETO DE 2 DE JULIO DE 1924, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PARA LA CONTRATACIÓN DE LAS OBRAS Y SERVICIOS A CARGO DE LAS ENTIDADES MUNICIPALES.

1.4.2.1.- *El Reglamento para la contratación de las obras y servicios de las Entidades Municipales.*

1.4.2.1.1.- Aspectos procedimentales:
publicidad, fraccionamiento del objeto, celebración del acto público, pliegos, modalidad ordinaria y modalidad simplificada, secreto de las proposiciones y forma de presentación.

1.4.3.- LEY DE BASES DE 10 DE JULIO DE 1935, CÓDIGO DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN LOCAL DE 1941, Y LEY DE BASES DEL RÉGIMEN LOCAL DE 17 DE JULIO DE 1945.

1.4.4.- LA LEY DE 20 DE DICIEMBRE DE 1952 Y EL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN DE LAS CORPORACIONES LOCALES, DE 9 DE ENERO DE 1953.

1.4.4.1.- *La Ley de 20 de diciembre de 1952.*

1.4.4.1.1.- La contratación por destajos.

1.4.4.2.- *El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.*

1.4.4.2.1.- Las formas de contratación: la subasta como forma ordinaria.

1.4.4.2.2.- Aspectos procedimentales: pliegos, publicidad, proposiciones, formas de presentación y celebración del acto público.

1.4.4.2.3.- Concurso y concurso-subasta.

1.4.4.2.4.- El concierto directo.

1.4.4.2.5.- Las nuevas reglas sobre utilización de las formas de contratación de las Corporaciones Locales establecidas por el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre.

1.4.5.- LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 1965, Y EL REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO DE 1975.

1.4.5.1.- *Las formas de adjudicación para el contrato de obras.*

1.4.5.1.1.- El concurso y la contratación directa.

1.4.5.1.2.- La subasta.

1.4.5.1.3.- El concurso-subasta.

1.4.5.2.- *Las formas de adjudicación para los restantes contratos administrativos.*

1.5.- IDEAS FINALES DEL CAPÍTULO.

1.1.- INTRODUCCIÓN.

El entendimiento de las instituciones es mucho más fácil si se conocen los antecedentes e influencias que han determinado la configuración actual de las mismas. Eso es lo que pretendemos al examinar cuál ha sido la evolución normativa de los sistemas de selección de contratistas de la Administración Pública española.

Conviene reconocer al origen y evolución de las instituciones jurídicas la importancia que sin duda tienen, si pretendemos contribuir a la mejora de las mismas, o cuando menos, no repetir los errores pasados. Hace ya más de dos décadas Alejandro NIETO escribió metafóricamente que *"en los grandes ríos, las aguas superficiales se deslizan a un ritmo muy distinto (más rápido) que el de los caudales profundos, pero éstos son los que determinan el equilibrio físico y ecológico de los niveles superiores"*. Expuso NIETO que lo que sucede *"es que la memoria histórica de los juristas o, al menos, de los estudiosos de la Administración y del Derecho Público, suele ser muy corta: obsesionados por el estruendo de la realidad cotidiana, y seducidos también por licores ideológicos de alto consumo, terminan olvidándose de esa otra realidad profunda que supervive a despecho de las intenciones de los reformadores...Importa mucho, pues, reflexionar sobre el pasado para recuperar en él los problemas permanentes y comunes de ayer y de hoy. Un ejercicio intelectual tan gratificante como rentable en la práctica, puesto que de esta forma pueden evitarse arrogancias (y en ocasiones, angustias) adamitas, propias de ignorantes que intentan colocar la Historia en la hora cero*

o que incluso llegan a creerse que están viviendo en la hora cero de la Historia”¹.

Creemos nosotros también que resulta de gran utilidad estudiar las normas que precedieron a las vigentes en materia de contratación administrativa, porque estamos seguros de que ello nos arrojará luz sobre algunas de las instituciones que hoy conocemos. Podremos comprobar cómo algunos de los instrumentos que la contratación administrativa actual utiliza fueron diseñados hace casi dos siglos, y en algunos de los casos sus perfiles casi no han experimentado cambios.

La metodología que vamos a seguir es el análisis por orden cronológico de las disposiciones dictadas durante el siglo XIX que presentan interés con relación a la selección de los contratistas públicos, para seguidamente hacer lo propio con las principales normas del siglo XX; en éste último dedicaremos una atención especial a la influencia que el derecho comunitario ha ejercido sobre la vigente regulación en la materia. Intentaremos hacer una comparación en la medida de lo posible, con la normativa actual, de modo que se pueda comprobar la mayor o menor evolución en los conceptos.

Debemos también hacer varias advertencias previas: por un lado, pretendemos centrar el objeto del estudio en los preceptos que se refieren a las formas de selección del contratista, aunque no siempre tal aspecto podrá ser delimitado a tiralíneas, por lo que en algunas ocasiones también comentaremos algún otro precepto relacionado, o que suscite un especial interés a nuestro entender. Por otro, podrá observarse que vamos a optar por la transcripción literal

¹ NIETO, A.: *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*. INAP, Madrid, 1986. Págs. 13 y 14.

de muchos pasajes de las normas decimonónicas; lo haremos por dos razones: en ocasiones para transmitir fielmente una idea es preferible leer el texto original a tratar de narrarlo o resumirlo (nosotros somos de la opinión de que si algo está bien dicho o escrito no debemos parafrasearlo), y además, no ocultamos que la lectura de los textos normativos de esa etapa histórica encierran gran interés (al menos para quien suscribe) literario, con un estilo vivísimo y una claridad que a veces echamos en falta en normas actuales. En la medida de lo posible trataremos también de no caer en una tediosa repetición de textos, de ideas; es decir, en la mayoría de los casos las figuras han evolucionado sin cambios bruscos, con lo que el tenor literal de normas sucesivas es muy parecido a veces. Por ello omitiremos en ocasiones la reproducción de algunos preceptos que en nada innovaron a sus precedentes. Hemos de anticipar también que en sus orígenes la normativa sobre contratos públicos presentaba una importante dispersión, no existía la concentración que hoy conocemos; también frente a esto hay que prevenir de que estudiaremos las normas más relevantes. Porque lo que pretendemos es analizar cuáles han sido los sistemas de selección de los contratistas, y sobre todo, cuál ha sido la evolución de esos sistemas hasta nuestros días. Por ello, hemos de centrar la atención en no perder de vista las líneas maestras de esa cuestión. Entendemos también que la presentación de la normativa habida hasta nuestros días habrá de ser más descriptiva, y que será al analizar en profundidad cuáles son los sistemas selectivos vigentes en la actualidad cuando podremos efectuar un estudio sobre la evolución de cada aspecto.

En nuestros días nos referimos con normalidad a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos; sin embargo y como vamos a ver a continuación, en sus orígenes, los autores al referirse a estas cuestiones lo hacen bajo la acepción de forma del contrato: es decir, en una primera época cumplir con la forma de los contratos suponía el cumplimiento de las solemnidades

que la norma establecía para llegar al remate de los mismos (habitualmente, mediante la subasta pública).

Ese va a ser el centro de nuestro trabajo; si en los inicios la preocupación radicaba en aclarar el concepto científico del contrato administrativo, la preocupación por la forma fue apareciendo poco a poco de modo paralelo al surgimiento de normativa sobre contratación administrativa. Si hemos dicho que el contrato administrativo es un instrumento, la forma de los contratos (los procedimientos en nuestra actual acepción) es a su vez instrumental respecto de la institución contractual, pues es el cauce formal a través del cual la Administración selecciona a los contratistas. Nosotros pretendemos estudiar cuáles han sido las formas mediante las cuales se han seleccionado a los contratistas, cuáles han sido esos procedimientos, de manera que queremos analizar cómo han evolucionado los concretos trámites administrativos como el régimen de utilización de los distintos procedimientos selectivos.

1.2.- ASPECTOS GENERALES: LA FUNCIONALIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LA FORMACIÓN DE SU CONCEPTO.

El contrato administrativo no es sino uno de los instrumentos jurídicos de los que dispone la Administración para obtener prestaciones que le resultan inaccesibles utilizando sus propios recursos humanos. Ya había escrito COLMEIRO en 1865 que *“celebrar contratos y remates con un tercero para que ejecute estos servicios públicos es un medio indirecto de administrar”*². Pues bien, desde muy antiguo, el Estado ha debido optar entre acometer con medios propios o recurrir a los particulares para acceder a aquellas obras,

² COLMEIRO, M.: *Derecho Administrativo Español*, tercera edición, Madrid, 1865. Pág. 445.

servicios o suministros que precisa para el logro de sus fines últimos. En el siglo XIX se decía que si por regla general la causa de los contratos es la utilidad, en los contratos administrativos la causa es la necesidad, *pues "si el Estado está llamado a satisfacer necesidades de la vida pública y tiene regulada su vida en el orden económico por las leyes que se fundan en el cálculo o probabilidad de esas mismas necesidades, allí donde la necesidad no está previamente determinada o por excepción no se revela por circunstancias extraordinarias, imprevistas y urgentes, la Administración no debe determinarse a contratar, pues falta en rigor la causa o razón del contrato"*³.

Es fácil comprobar cómo la evolución de la Administración pública ha hecho progresivamente más improbable el que con sus propios medios pueda acometer ciertas acciones: es evidente que desde hace muchos años no hay Administración alguna que pretenda ejecutar obras públicas de cierta entidad mediante su propio personal, pero es que idéntico descarte podemos hacer con los distintos suministros que el sector público precisa cotidianamente; de igual modo podemos observar que en la actualidad numerosos servicios que precisan las Administraciones públicas de una manera permanente son también obtenidos mediante la contratación de empresarios y no mediante personal propio (pensemos en servicios tan básicos como el de limpieza de edificios públicos). Y por repasar someramente todas los contratos administrativos típicos, dada la creciente especialidad técnica de los distintos ámbitos de actuación de los poderes públicos, cada día es más usual la utilización de contratos de servicios para que sean profesionales del sector privado quienes esporádicamente presten asesoramiento a las Administraciones; finalmente, la posibilidad de acudir a los

³ DELGADO Y MARTÍN, E. y DE ARRIAGA Y DEL ARCO, F.: *Contratos administrativos*. Segunda edición, Madrid, 1899. Pág. 42.

particulares para que realicen determinadas prestaciones para la Administración adquiere dimensiones y naturaleza propias en cuanto se refiere a la gestión de los servicios públicos, de forma que la doctrina y la norma contemplan desde hace muchos años la posibilidad de gestión directa o indirecta mediante fórmulas diversas (de ya honda tradición en el derecho administrativo español y singularmente en el régimen local).

El recurso a los medios privados se articuló durante largo tiempo sin fórmulas especializadas, esto es, se utilizaron para ello las instituciones del derecho privado de manera que en España no fue hasta la mitad del siglo XIX cuando comenzó a gestarse doctrinal y normativamente la figura del contrato administrativo. En su origen, pues, la entidad propia de los contratos administrativos no fue pacífica. Aún en el siglo XX seguía debatiéndose acerca de si efectivamente existe una contratación administrativa con características propias o si se trata únicamente de matices respecto de la contratación civil.

Podemos advertir que en los primeros tiempos la especialidad de la contratación pública era absolutamente negada: muy claras eran las palabras de CORMENIN⁴, cuando afirmó que *"el Estado cuando contrata no trata por vía de autoridad, sino como un particular que*

⁴ Citado por PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1963, págs. 58 y 59. Parada cita a CORMENIN: *Questions de droit administratifs*. Bruselas, 1834, págs. 374 a 579. Para Cormenin, además, la postura que defiende ayuda al Estado, en tanto que contribuye a la seriedad contractual y a la confianza del ciudadano (¿es este un precedente de la confianza legítima?); lo hace en estos términos: *"la vigencia de estos principios constituye, a la par que la garantía del ciudadano, la fuerza del Gobierno, porque no hay nada de fuerza sin crédito, ni de crédito sin confianza, ni confianza sin justicia...No olvidemos una observación importante: si es de buena justicia, también es de buena administración el ejecutar sincera y literalmente esta suerte de contratos"*.

contrata con otro particular. De aquí que el Consejo de Estado no se atiene ni a la magnitud de las pérdidas sufridas, ni a la importancia de los beneficios obtenidos por los suministradores, ni a la calidad de las personas, ni a los efectos de las circunstancias. El Consejo de Estado...se considera...como un juez ligado por las estrechas estipulaciones de las partes, a las que él se liga religiosamente, sean favorables o contrarias a los intereses del Gobierno. De aquí que el Gobierno está ligado por la consumación del contrato y debe pagar a los contratistas, según las condiciones y precios sinalagmáticamente previstos y reglados por el contrato...no puede, una vez consumado, creerse unos privilegios que él no habría aceptado y que no reconocería en su adversario...el único juez, el único lazo, en materia de convenciones libres y sinalagmáticas es el contrato...es, pues, el contrato solo lo que es necesario considerar, lo que es necesario aplicar, lo que es necesario ejecutar.” Y FERNÁNDEZ DE VELASCO⁵ recoge una serie de pronunciamientos doctrinales sobre la polémica; en la línea de proponer la remisión de los conflictos a la jurisdicción civil se situaría SANTAMARÍA DE PAREDES en 1888, quien considera que los contratos de obras y servicios públicos son esencialmente civiles, aunque por circunstancias especiales, sometidos a la jurisdicción contenciosa *“como una necesidad histórica y a reserva de que el adelanto en estas materias haga la excepción innecesaria”*. ALFARO, en 1881, también entendía que no existía una diferencia científica entre contratos administrativos y civiles, y que cualquier conflicto sobre ellos debía dirimirse en los tribunales civiles; para él, la Administración en sus contratos obra como persona jurídica y no como autoridad, puesto que a nadie puede obligar a contratar con ella. Y otros basaban su naturaleza civil en el objeto, como ROYO VILLANOVA, quien en 1926 escribía que *“la especialidad de los contratos, sin hacerles perder nunca su carácter civil, consiste precisamente en el objeto, en las obras y servicios públicos, en el*

⁵ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *Los contratos administrativos*. Madrid, 1927. Pág. 9.

*interés general que implican, en la necesidad de tomar precauciones y buscar garantías que se traducen en una limitación de la libertad de contratar y a las cuales se somete voluntariamente el que contrata con la Administración*⁶. Anteriormente, DELGADO y DE ARRIAGA⁷ habían escrito que los contratos administrativos se diferenciaban de los civiles por tres aspectos: por razón de la persona (pues son el Estado, las Provincias o los Municipios quienes contratan en los primeros, y los particulares entre sí, en el caso de los civiles), por razón de la forma (porque en los administrativos se exigen solemnidades especiales mientras en el derecho civil se aplica la libertad de forma), y por razón de los efectos (porque los contratos administrativos se rigen en primer término por el derecho administrativo, y supletoriamente por las disposiciones de derecho común).

Hasta bien entrado el siglo veinte hubieron autores que dedicaron una cantidad importante de tinta a justificar la necesidad de una figura contractual pública que, aunque compartiera una serie de notas con el contrato privado, tuviese un régimen jurídico diferenciado de este; en tal tesitura podemos encontrar a FERNÁNDEZ DE VELASCO⁸, quien aludía a supuestos históricos en los que el

⁶ ROYO VILLANOVA: *Elementos de derecho administrativo*, 9ª edición, 1926. pág. 588.

⁷ DELGADO y DE ARRIAGA: *Contratos administrativos*. Op. cit., pág. 6.

⁸ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *Los contratos administrativos*, op. cit., págs. 43 y ss. Cita a MAYER: *Historia del Derecho romano*, libro I, sección II, cap. III, tomo I, pág. 220, y Lude MORITZ HARTMANN: *La decadencia del mundo antiguo*, págs. 19 y 36. Fernández de Velasco rebate también aquellas posturas que pretendían contraponer el contrato civil con el administrativo por razón de la forma; para él, esto no tenía fundamento porque la forma del contrato administrativo podía operar como cualquier cláusula especial de las que pueden incluirse en un contrato civil, y porque hay contratos administrativos que se celebran sin seguir la forma de subasta o concurso que están establecidas como regla general, aunque no por ello tales

contrato público precedió al privado: en efecto, citando primero a MAYER relataba que *"el Estado satisface sus necesidades obligando al ciudadano a prestar directamente los servicios precisos; y así como el mismo ciudadano se convierte en guerrero cuando es llamado a las armas, así, por ejemplo, está también sujeto de la prestación personal cuando se trata de levantar las murallas de la ciudad, o de restaurarlas, y obligado a desempeñar gratuitamente los cargos para los cuales es requerido"*, y después a Lude MORITZ HARTMANN, quien advierte *"que, a veces, no se daban alternativamente esas prestaciones, sino que las unas presuponían las otras: tal sucedía en Roma, cuyos soldados, además, realizaban toda clase de construcciones públicas, como puentes, diques, canales, puertos, templos, edificios públicos, etc."* Y la obligación personal de contribuir a la ejecución de obras públicas subsistió hasta mucho más tarde en el tiempo; así, por ejemplo, en autos formados en 1693 ante el Corregidor del Señorío sobre la composición del mismo entre Orduña y Bilbao, se dispuso la prestación personal de cada vecino de trabajar dos días gratuitamente para mantener abiertos al tránsito una serie de caminos públicos⁹.

contratos pierden su naturaleza, puesto que la forma es una consecuencia y no la causa de los mismos.

⁹ ALZOLA Y MINONDO, P.: *Las obras públicas en España*. Bilbao, 1899, págs. 235 y 236. El dato lo ofrece este autor, quien hace además una interesante observación que nos indica la generalización del sistema: *"Se aplicaba por tanto en Vizcaya el saludable principio de la prestación personal en la misma época en que se utilizaba en Francia en grande escala y con excelente resultado al organizar el régimen de sus obras públicas"*. Posteriormente, la prestación personal se ha mantenido en algunas normas, si bien su exigencia efectiva ha decaído progresivamente con el paso del tiempo; sin pretender ser exhaustivos con la cuestión, el art. 527 del Código de Gobierno y Administración Local de 1941 decía que *"para la reparación y conservación de los caminos vecinales y rurales y en general para el fomento y ejecución de obras públicas municipales de todas clases, los Ayuntamientos podrán imponer la prestación personal a los residentes varones de los Municipios respectivos"*. E incluso en nuestros días, el art. 18.1.d) LRBRL prescribe como deber

Paulatinamente, la doctrina fue aceptando la idea de la sustantividad propia de la figura administrativa. Tal pacificación doctrinal fue vaticinada por ÁLVAREZ GENDÍN¹⁰ en el año 1934 (todavía duraba la polémica), quien también hizo un repaso de las distintas posturas enfrentadas sobre la cuestión; expone que en Francia conciben la especialidad del contrato administrativo sobre todo JÈZE, y menos explícitamente DUGUIT y HAURIOU, y con relación a la doctrina española, además de algunos de los ya citados por nosotros (SANTAMARÍA, DELGADO y DE ARRIAGA, FERNÁNDEZ DE VELASCO y ROYO VILLANOVA) alude a GÜENECHEA, para quien la especialidad de los contratos administrativos sólo radica en el objeto, y destaca a GARCÍA OVIEDO como aquel que se inclina más a la consideración pública del contrato administrativo, cuya especialidad venía dada no por el sujeto sino por la formalidad.

GARCÍA DE ENTERRÍA¹¹ considera que *“ la polémica se alimenta sobre la inicial contradicción que parece darse en pretender insertar en el Derecho público la figura par excellence del Derecho privado, el contrato, figura que parece difícilmente conciliable con las notas que tradicionalmente vienen marcando el Derecho público, la desigualdad de las partes, la autoridad imperativa de la Administración, concebida como un potentior persona, el poder de mando, la*

de los vecinos las contribuciones personales legalmente previstas a la realización de las competencias municipales.

¹⁰ ÁLVAREZ GENDÍN, S.: *Los contratos públicos*. Madrid, 1934, págs. 2 y 27 a 36. Escribía el profesor que *“ la naturaleza del contrato administrativo es una de las cuestiones más debatidas en la moderna doctrina; pero creemos que no tardará mucho tiempo en que las divergencias vayan desapareciendo a medida que las ideas del Derecho privado, que influye en los negocios y en los actos jurídicos en orden a la Administración, vayan esfumándose hasta perderse con la renovación de juristas que viven distanciados, cada día más, de la promulgación del Código civil de Napoleón”*.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso de Derecho Administrativo*. Ed. Civitas. Madrid.

prerrogativa". Alude el eminente profesor a GIACOMETTI, quien también resalta la existencia de una evidente contradicción en el término "contrato de Derecho Administrativo", pues el contrato, según MAYER, *"crece sólo sobre el suelo de la igualdad"*, en tanto que la Administración siempre manda unilateralmente. Expone también GARCÍA DE ENTERRÍA cómo en España, Francia, Bélgica y algunos otros ordenamientos, la cuestión no radicaba en aquel momento en aclarar la existencia de los contratos administrativos, lo que está admitido, sino únicamente en dilucidar si esos contratos administrativos son o no sustantivamente distintos de los contratos civiles.

El propio GARCÍA DE ENTERRÍA nos recordó que fue la Escuela de Burdeos la gran impulsora de la teoría sustantiva del contrato administrativo; cita también a JÈZE¹², para quien en tanto que los contratos de la Administración tienen íntima relación con la prestación de los servicios públicos, las cuestiones litigiosas han de ser dirimidas por los tribunales administrativos, como indicio de que estaríamos ante un régimen especial. El mismo JÈZE parte de que los contratos civiles sitúan a los contratantes en pie de igualdad, mientras que en los contratos administrativos se produce una situación de desigualdad debida a que una de las partes, la Administración, representa el interés general. Más tarde, PEQUIGNOT (también encuadrado en la Escuela de Burdeos) incidiría en dos caracteres del contrato administrativo que lo distancian del civil: por un lado, en cuanto a la posibilidad de afectar a terceros (posibilidad vedada a los contratos civiles, según el art. 1257 C.c.), y por otro, en cuanto a la circunstancia de que el contrato administrativo no es absolutamente vinculante e irrevocable para una de las partes, la Administración,

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA recuerda las palabras de Vedel cuando afirma que es Jèze *"el padre de la teoría de los contratos administrativos, que él ha sacado casi de la nada"*. El autor español lo hace en *"La figura del contrato administrativo"*, incluido en *Studi in memoria di Guido Zanobini*. Milán, 1965, pág. 649.

que dispone de una gran prerrogativa, el *ius variandi*, mediante la cual, y en atención a razones sobrevenidas de interés público, puede modificar los términos del contrato (posibilidad inexistente en los contratos civiles, que son ley entre las partes, como establece el art. 1091 C.c.). GARCÍA DE ENTERRÍA recuerda cómo la formulación corresponde, pues, a la Escuela de Burdeos, inspirando una serie de decisiones jurisprudenciales como los arrêts Blanco (1873), Terrier (1903), Théroud (1910), Compagnie d'Assurance Le Soleil (1910) y Société de Granits porphyroides des Vosges (1912)¹³.

Tanta polémica como ha existido con relación a la naturaleza de los contratos de la Administración carga de razón a MEILÁN cuando afirma que en el Derecho administrativo la figura ha sido "*pedra de escándalo, catalizador de polémicas*, y constata que *en más de un autor, las vicisitudes del denominado contrato administrativo, son, ni más ni menos, que las vicisitudes del propio Derecho administrativo*"¹⁴. Y la existencia de tal polémica en la doctrina de diversos países europeos movía a LIET VEAUX a decir que se trata de "*uno de los capítulos más desesperantes del Derecho público*"¹⁵.

Con la perspectiva que da el tiempo transcurrido, podemos sistematizar la evolución de la doctrina en torno a la cuestión, de modo que podemos afirmar que en sus inicios, la distinción de un contrato de derecho administrativo frente al privado se hacía descansar sobre la competencia del orden jurisdiccional contencioso

¹³ Íbidem, pág. 644.

¹⁴ MEILÁN GIL, J.L.: "La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica". *Revista de Administración Pública*, nº 99. Septiembre-diciembre 1982, pág. 8.

¹⁵ LIET VEAUX, *Revue Administrative*, 1956, pág.498. Citado por García de Enterría, E.: *La figura del contrato...* Op. cit., pág. 651.

para conocer de sus conflictos¹⁶; posteriormente, la justificación de la individualidad del contrato administrativo fue basada en la satisfacción de los servicios públicos, en la inclusión en los contratos administrativos de cláusulas exorbitantes, y finalmente en el objeto de los mismos. En esta última tendencia se situó GARRIDO FALLA, quien consideraba que la clave está efectivamente en el objeto del contrato, debiendo tener en cuenta varios factores: que al hablar de servicio público hemos de considerar éste en sentido amplio entendiendo que es contrato administrativo todo aquel en el que el interés público esté implicado; que estará en juego el interés público siempre que la Administración contrate sobre un objeto que le viene atribuido como competencia propia en virtud del ordenamiento vigente; que en esas ocasiones siempre habrá que entender que la Administración dispone de cláusulas (expresas o incluso tácitas) exorbitantes que plasman las prerrogativas de las que la Administración no puede desligarse; y por último, no tendrán carácter de contrato administrativo aquellos que la Administración celebre respecto de objetos cuya gestión se le encomienda al amparo de algún régimen jurídico privado, como el caso de los bienes patrimoniales¹⁷.

Puede observarse también cómo la figura del contrato administrativo es sostenida principalmente por los administrativistas franceses (singularmente JÈZE, DUGUIT, o PEQUIGNOT) que fundan la teoría del servicio público, y por el propio Consejo de Estado francés, mientras que la doctrina alemana ha sido la más reticente a admitir la existencia de una figura contractual con naturaleza propia y distinta de la civil basándose sobre todo en la consideración de que la Administración sólo actúa como tal mediante actos unilaterales de autoridad, que no se pueden asimilar al carácter bilateral y de

¹⁶ El detallado estudio de este origen anclado en la dualidad de jurisdicciones lo realizó PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *Los orígenes del contrato administrativo...* Op. cit.

¹⁷ GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960. Págs. 40-44.

igualdad de posiciones que tienen los contratos (así, MAYER), y casi únicamente lo ha hecho FORSTHOFF, al considerar que negar el contrato administrativo es negar la realidad¹⁸.

Algunas de las posturas de la doctrina española han sido expuestas ya; en general, se ha seguido la línea francesa, aunque también ha habido autores que han puesto en duda la naturaleza independiente del contrato administrativo; parece hacerlo ALBI, quien escribía que *"la dualidad de jurisdicciones existente en esta materia, derivada de razones puramente teóricas o históricas, ha determinado una distinción artificial y arbitraria en los contratos en que es parte la Administración pública. Tomando como base un pretendido desdoblamiento de las actividades de dicha Administración (en cuanto actuando como autoridad se encamina a regular y satisfacer servicios públicos, y en cuanto funcionando como persona jurídica se dedica a gobernar su propio patrimonio como un simple particular) se han admitido por la jurisprudencia y por los tratadistas dos distintas especies de contratos: administrativos y civiles"*¹⁹. A nosotros nos parece que dentro de la doctrina española acertó GARCÍA DE ENTERRÍA aportando una gran claridad, porque otorgó a la centenaria polémica la trascendencia que la misma debía tener: para él, *"las instituciones del Derecho administrativo no necesitan tener una singularidad radical respecto de las que son propias del Derecho civil, contra lo que una ingenua tradición de "autonomía" científica ha venido pretendiendo...el problema no se plantea en términos de singularidad, substantividad o exorbitancia del contrato administrativo respecto del contrato civil, como viene pretendiéndose, sino, mucho menos dramáticamente, más sencillamente, inquiriendo cuáles son esas modulaciones o variantes*

¹⁸ Una sintética exposición de las distintas posturas habidas en la doctrina extranjera sobre la cuestión es efectuada por VILLAR PALASÍ, J.L.: *Lecciones sobre contratación administrativa*. Universidad Complutense, Madrid, 1969. Págs. 23 y ss.

¹⁹ ALBI, F.: *Los contratos municipales*. Ed. Horizontes. Valencia, 1944. Pág. 11.

*que introduce la presencia subjetiva de la Administración en la eterna, permanente, abstracta institución contractual*²⁰.

A la postre, como hemos apuntado, es el tiempo el que proporciona la perspectiva adecuada para analizar el origen y la evolución de la figura del contrato administrativo; y puede constatarse así que la caracterización del mismo se ha producido tras un largo proceso que partió, como ha escrito MARTÍN-RETORTILLO, de la simple asignación jurisdiccional de competencias, sin que ello supusiera alteración de la naturaleza jurídico-privada del contrato; faltaba en sus orígenes y faltó durante mucho tiempo, un cuerpo normativo sobre el fondo de los contratos públicos, y ello hizo que al fondo se aplicara el derecho de la contratación privada, y sobre la

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La figura del contrato administrativo*. Op. cit., págs. 652-654. Este planteamiento (más modesto, según el propio autor), permite enfocar las instituciones desde un punto de vista más funcional que teórico, tal como entendemos que demandan los instrumentos de que disponen las Administraciones para servir a la sociedad, pues el contrato no es más que uno de esos instrumentos, como ya hemos escrito en este trabajo. Ciertamente, García de Enterría ya había apuntado en esa dirección, a nuestro entender, cuando doce años antes había recurrido al símil de la cuestión con la que célebremente planteó Unamuno: *He aquí que el aparatoso ataque se resuelve llanamente en una logomaquia: llamemos a la figura, si se quiere, concreto, en lugar de contrato, como don Miguel de Unamuno llamó nivola a una novela que incumplía los cánones clásicos, con lo que evitaba la crítica que en nombre de éstos pudiera hacersele. Porque la cuestión debe analizarse en su propio fondo, y su fondo es este: si en efecto las reglas particulares aplicables a los llamados contratos administrativos son reglas comprensibles perfectamente en el seno del contrato o no; si se cumplen o no verdaderas reglas exorbitantes del Derecho privado, y si, además, esta particularidad de efectos juega orgánicamente (y no por simple excepción casuística) según una dialéctica propia. Desde esta perspectiva, que es la obligada, la figura del contrato administrativo es incommovible*. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa". *Revista de Administración Pública*, núm. 10, año 1953. Págs. 271 y 272.

forma de contratar la Administración se fuera creando una normativa especial²¹.

En gran medida, y en consonancia con la idea expuesta en el párrafo anterior, los primeros autores de nuestra doctrina centraron mucho la cuestión en destacar el aspecto formal de la contratación administrativa. Ya hace más de un siglo que GONZÁLEZ DE JUNGUITU explicaba la importancia del formalismo de la contratación administrativa como contraposición a la libertad con la que los particulares pueden mostrar su voluntad de obligarse bajo estos argumentos: *“La Administración...no contrata como dueña, y por consiguiente con entera y amplia facultad de dejar al azar la defensa de sus intereses, sino que lo hace como mandataria, como representante de la sociedad en general, y de aquí que tenga que ajustar sus actos a un procedimiento uniforme que aleje, en lo posible, toda duda y litigio que pudiera redundar en perjuicio de los*

²¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *El derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*. Ed. Civitas, SA., 2ª edición. Madrid, 1996. Pág. 103. Martín-Retortillo resalta cómo el derecho español que reguló originariamente el contrato administrativo se centraba casi exclusivamente en el aspecto formal (así lo hicieron normas que analizaremos en este trabajo: RD de 16 de octubre de 1845, RO de 18 de marzo de 1846, RD de 27 de febrero de 1852, RD de 11 de noviembre de 1854, etc). No obstante, para el profesor en su interesantísimo estudio, en la actualidad no cabe duda de que el contrato administrativo tiene ya sustantividad propia dentro del ordenamiento jurídico. Escribe Martín-Retortillo: *“¿Qué ha pasado entre el ayer y el hoy para explicar este contraste? ¿Cómo ha alcanzado este contrato su propia sustantividad? La respuesta a estas preguntas puede ser la siguiente: partiendo de la atribución jurisdiccional señalada y de las normas de valor fundamentalmente formal a que nos hemos referido, a pesar de no mantener una línea uniforme, la Jurisprudencia de conflictos y la del Tribunal Supremo han ido elaborando una caracterización sustantiva del contrato administrativo, que a su vez repercutiría en normas posteriores. Hoy podemos hablar ya de una serie de caracterizaciones materiales de los contratos administrativos. Surgen espontáneas las expresiones: cláusulas exorbitantes, prerrogativas, falta de igualdad de las partes, etcétera.”*

*intereses, cuya defensa le está encomendada*²². En efecto, resaltan que la formalidad es una de las principales diferencias entre la contratación civil y la administrativa; mientras en la primera el formalismo ha sido atenuado, en la contratación pública sigue conservando gran importancia. JÈZE afirmaba que en el derecho privado las formalidades son excepcionales porque se tiene en cuenta que el cuidado que las partes ponen en su interés personal garantizará suficientemente a los individuos contra sus imprudencias; “ *en Derecho público, por el contrario, las formas son garantías automáticas imaginadas por la Ley para asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos, impidiendo las decisiones poco meditadas, apresuradas, insuficientemente estudiadas. Los funcionarios públicos no tienen, para contrarrestar su negligencia o su imprudencia, la preocupación de su interés personal o de su responsabilidad personal. Es preciso, pues, proteger automáticamente, mediante formalidades, los intereses generales de la colectividad y, al mismo tiempo, los intereses particulares de los individuos afectados por las resoluciones de los agentes públicos. Las formalidades son más numerosas y minuciosas cuanto más graves son las consecuencias que debe tener el acto que preparan.* Con otras palabras lo expresaba HAURIUO: *La Administración es un mecanismo, le falta conciencia sensible; esta conciencia central se suple por la multiplicidad de formalidades que hacen participar en el proceso de la operación a varios funcionarios que se fiscalizan mutuamente*²³. El formalismo de la contratación

²² GONZÁLEZ DE JUNGUITU VILARDELL, L.: *Contratos Administrativos, Provinciales y Municipales*. Málaga, 1902. Pág. 40.

²³ JÈZE, G.: “Les formes en Droit administratif français”. *Revue du Droit Public*, 1922, pág. 503; HAURIUO: *Droit Administratif*, 9ª ed., pág. 507. Ambas citas son recogidas por BOQUERA OLIVER, J.M.: *La selección de contratistas*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963, págs. 14 y 15. BOQUERA agrega también las palabras de la sentencia de 23 de octubre de 1959, que expresó la misma idea con mucha claridad: “*La Administración...no puede omitir o alterar ninguna de las formalidades establecidas..., quedando de esta manera garantizados y asegurados*

administrativa persigue una doble finalidad: la protección de los intereses económicos de la Administración, y la de los intereses de los particulares a los que se garantiza un igual trato e igual oportunidad de acceso a los contratos públicos. Tal formalismo ha sido respaldado desde antiguo por la jurisprudencia (alguna de ella será citada en el presente trabajo); y en conclusión podemos decir con ALBI que *"la legislación española ha establecido un sistema orgánico de formalidades que constituyen un elemento esencial de la contratación administrativa, y que deben ser cumplidas rigurosamente para que el acto administrativo alcance la debida validez"*²⁴.

Esas formalidades, como habíamos anunciado, son las que nosotros pretendemos estudiar a continuación.

1.3.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS REMOTOS Y EN EL SIGLO XIX DE NUESTROS ACTUALES SISTEMAS.

Desde muy temprano, el Estado recurrió también a particulares que ejecutaran los contratos públicos (en origen, circunscritos a la realización de obras públicas). En Roma se hablaba de *licitatio*, y ella se identificaba con la subasta pública, de manera que era esencial para la adjudicación de las obras y, como regla general, aquellas debían ser adjudicadas a la persona que ofreciera ejecutarla por la menor cantidad económica.

También desde un punto de vista etimológico hemos de buscar el origen en el latín, pues la palabra subasta procede de *sub* y *asta*: bajo la lanza, expresión que se correspondía con la costumbre de

tanto los derechos de los particulares como los altos intereses que a los poderes públicos están confiados".

²⁴ ALBI, F.: *Los contratos municipales*. Op. cit., pág. 14.

situar una lanza como señal en el lugar donde los romanos realizaban las subastas o ventas públicas.

Con posterioridad podemos encontrar algunas alusiones a la ejecución de obras públicas, pero sin especial incidencia en la forma de encomendar las mismas; en *Las Partidas* de Alfonso X existen algunas referencias al mandato de ejecutar puentes y caminos, pero si detallar la forma de encargar esas tareas. Y más avanzado el tiempo, bajo el reinado de Carlos III, podemos constatar en la Real Orden de 8 de febrero de 1781 cómo las obras de puertos eran financiadas con medios de los Propios y Arbitrios de los pueblos, aplicando el régimen de subasta.

Podemos encontrar algunas normas para la celebración de las subastas en la Novísima Recopilación. Concretamente, para los ramos de portazgos y pontazgos, y también para los propios y arbitrios municipales. Su Ley XVI, título XX, del Libro VI dispuso expresamente que *“la exacción de los derechos que se impongan con real aprobación en el tránsito de puentes, puertos, calzadas y demás pasajes donde corresponda, debe arrendarse en subasta pública en el mejor postor, luego que por administración se haya averiguado su importe”*. Del mismo modo se establecía para la adjudicación de rentas e impuestos, en la Ley IV, título XV, Libro VII: *“quando los bienes, Propios y rentas de las ciudades, villas y lugares de nuestros Reynos se hubieren de arrendar, mandamos que sea señalado día cierto por el Consejo por pregón público, quando el arrendamiento se ha de hacer y rematar, pregonándolo por nueve días, señalando después para el día el remate; y se rematen en aquel que mayores precios diere, con tanto que no se arriende ni remate en las personas prohibidas por la Ley 7 título 9 de este libro”*.

Más fue durante el siglo XIX cuando se fraguó la exigencia de seleccionar a los contratistas mediante unos determinados

procedimientos administrativos. La doctrina de la época destacaba, como adelantamos más arriba, la importancia del requisito formal en la contratación administrativa; partiendo como se partía de la teoría de los contratos privados, es fácil comprender que la forma fuese también un elemento esencial en la incipiente teoría de los contratos administrativos. DELGADO y DE ARRIAGA exponen que la importancia de la forma en los contratos administrativos es aún mayor que en los privados, y para ellos *“ la razón es obvia, pues no hay que olvidar que el conjunto de requisitos que la legislación administrativa exige, tanto en la preparación como en la celebración de los contratos de esta clase, se basa en la necesidad de asegurar y de garantizar los intereses colectivos puestos al cuidado de la Administración, y, por tanto, que dichos requisitos son límites impuestos a su actividad que no puede franquear”*²⁵.

Durante todo el siglo XIX podemos observar una continua preocupación por establecer reglas para la contratación administrativa que impidan la corrupción y limpien la imagen y el prestigio de la Administración en una materia tan espinosa. Es fácil encontrar alusiones a tal propósito tanto en las motivaciones de las normas como en la doctrina que trata acerca de los contratos administrativos; así, GONZÁLEZ DE JUNGUITU habló de las excelencias de la subasta, indicando *“ la imparcialidad que supone el desconocimiento de las proposiciones presentadas hasta el momento preciso de dar cuenta de ellas, evitándose así confabulaciones que redunden en perjuicio de la Administración y de los licitadores de buena fe, el apartamiento que supone de toda influencia política o de otra clase, que se encamine más a un inmoderado interés personal que al cumplimiento de una obligación, para ambas partes igualmente ventajosa, son motivos bastantes para reconocer la*

²⁵ DELGADO y DE ARRIAGA: *Contratos administrativos*, op. cit., págs. 44 y 45.

*bondad del procedimiento...*²⁶. De este modo, el legislador y los Gobiernos mostraban un elevado afán por reglar hasta el más mínimo detalle posible los procedimientos para adjudicar los contratos; también esto lo describía muy expresivamente GONZÁLEZ DE JUNGUITU: *"Cuanto más detallada sea la ley que a estos asuntos haya de aplicarse, mayor beneficio producirá y más ha de alejar sospechas que aun en casos en que la malicia no intervenga, hayan de producir repetidas cuestiones sobre nulidad de los contratos administrativos, que darían por resultado el apartamiento de los hombres de buena fe de esos actos, para dejar el campo libre a aquellos que, menos escrupulosos, y más conoedores del modo de falsear la ley, fueran a contratar, descontando ya desde luego el caso de la nulidad y la contingencia de una rescisión caprichosa"*.

Hacia 1843 se hablaba de la ejecución de obras por empresa, lo que equivalía a contratarlas con particulares, que presentaban y realizaban los proyectos en los cuales la Administración podía introducir modificaciones, y a cambio, abonaba el importe o cedía los rendimientos de las obras durante un periodo de tiempo. Es interesante leer el comentario de COLMEIRO, en el que advierte del trasfondo de la intervención de los particulares en la ejecución (y posterior explotación) de obras públicas: *"Este sistema (la concesión) se ha reputado hasta aquí subsidiario de la ejecución directa por el Estado, a la cual se dio preferencia, siempre que la opción entre ambos fue posible. La ejecución directa (decían) aventaja a la indirecta en que la construcción es más sólida y la obra más duradera. La aparente economía con que halagan y seducen las empresas se convierte en mayores gastos, considerando la necesidad de frecuentes reparaciones. Por otra parte, el Gobierno no aspira a realizar las ganancias que una empresa, y así, después de amortizar el capital o*

²⁶ GONZÁLEZ DE JUNGUITU Y VILARDELL, L.: *Contratos Administrativos...*, op. cit., págs. 18 y 19.

cubrir sus intereses, renuncia a todo gravamen como no sea de rigor para atender al gasto diario de conservación y entretenimiento. Si de vías públicas se trata, la ejecución por empresa otorga a las Compañías concesionarias el monopolio de los medios de transporte, y estos privilegios exclusivos, aunque temporales, mientras duran, se oponen a las grandes mejoras en el sistema de comunicaciones, a la baja en las tarifas y a todo cambio en los métodos de locomoción. El Gobierno, ligado de esta suerte con un pacto, no puede reformar las tarifas cuando importa, y menos nivelar el precio de los transportes nacionales con los más económicos del extranjero²⁷”.

1.3.1.- EL REAL DECRETO DE 10 DE OCTUBRE DE 1845 (INSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS) Y LA REAL ORDEN DE 16 DE ABRIL DE 1846.

La Instrucción de Obras Públicas aprobada por Real Decreto de 10 de octubre de 1845 distinguía tres formas de ejecución de las mismas: por empresa, por contrata y por administración. La ejecución por contrata y por administración son conceptos equivalentes, *salvata distantia*, a los que conocemos hoy, y la ejecución por empresa suponía que la Administración contratara con particulares “*la ejecución de las obras, cediéndoles en pago los productos o rendimientos de las mismas*”. Se plantea pues esta figura con perfiles similares a la concesión de obra pública, y así lo entendió COLMEIRO, para quien las otras dos modalidades previstas por la Instrucción de 1845 eran formas de ejecución directa de las obras por la Administración pública²⁸.

²⁷ COLMEIRO: *Derecho administrativo español*, 4ª edición, tomo II, núm. 1493.

²⁸ Un estudio más detallado acerca de esta instrucción en JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J.: *Obras públicas e iniciativa privada*. Ed. Montecorvo, SA. Madrid, 1998. Págs. 39 y ss.

DELGADO y DE ARRIAGA²⁹ hablaron de que los contratos administrativos se celebraban por subasta, por concurso y por administración; esta última suponía que la Administración, prescindiendo de la publicidad y la solemnidad del acto, realizaba el servicio directamente por sí o por medio de tercera persona. Así, distinguía tres subespecies: la realización por medio de los propios funcionarios, eventualmente ayudados por jornaleros, a la que se denominaba ejecución directa (los ejemplos que ofrece son la recaudación de contribuciones por parte de los funcionarios, o la construcción de edificios públicos mediante sus propios arquitectos y adquiriendo los materiales de construcción); el encargo a tercera persona, sin mediar subasta ni concurso, de la ejecución de la obra o servicio por precio determinado, llamada impropia por administración y que se utilizaba en los contratos de escasa cuantía y en los exceptuados de la subasta en distintos supuestos como el de urgencia que después conoceremos (salvadas las lógicas distancias, equivaldría esta forma a nuestro actual procedimiento negociado); y en tercer lugar, se consideraban también contratos por administración a los conciertos, concebidos como aquellos *"que la Administración celebra con algunos contribuyentes o gremios, ya para determinar la forma y medios de recaudación de ciertos impuestos, ya para fijar la cantidad alzada que por tal concepto deben satisfacer, cuando, no siendo ésta previamente conocida o por conveniencia recíproca de la Administración y de los administrados, las leyes o reglamentos autorizan límites máximo y mínimo para su exacción"*. Esta forma de contratación exigía una previa autorización legal o reglamentaria, y fue utilizada en la recaudación de diversos impuestos, como los de timbre, minas, carruajes de lujo, naipes o azúcares, entre otros.

Poco después, la Real Orden de 16 de abril de 1846, *"remitiendo a los Jefes políticos el pliego de condiciones generales"*

²⁹ DELGADO y DE ARRIAGA: *Contratos administrativos*. Op. cit., págs. 49 y 50.

para las contrataciones de obras públicas de caminos, canales y puertos, aprobado por Real orden de 18 de marzo anterior", parece dar por sentada la utilización de la subasta como sistema de adjudicación, pues en su artículo primero expresa que *"ninguno podrá ser admitido en la subasta..."* (a partir de ese precepto, todo el texto se refiere a la subasta). La generalización de la subasta es el propósito de casi toda la normativa decimonónica sobre contratos administrativos; y dicho procedimiento se configuró muy detalladamente adquiriendo unos perfiles que alcanzan a nuestros días, como vamos a tener ocasión de comprobar efectuando un estudio comparativo de ambas regulaciones, la del siglo XIX y la actual. La doctrina también estudió la contratación de la Administración, y caracterizó la subasta, ante todo, como un acto público y solemne. DELGADO y DE ARRIAGA³⁰ describieron cuatro rasgos característicos de la subasta, que serían los siguientes:

1.- Acto público: es decir, como contraposición a privado, y en sus propias palabras, *"notorio, manifiesto, que se hace saber a todos por medio de los periódicos oficiales, y al cual pueden concurrir cuantos se hallen en las condiciones expresadas en el anuncio y deseen tomar parte en él, disponiendo al efecto la Administración las diligencias necesarias"*.

2.- Acto solemne: esto es, *"celebrado con aparato y ceremonia, revestido de todas las formalidades establecidas por las leyes para que se considere válido, como contrapuesto a los que se verifican entre particulares y sin solemnidad alguna"*.

3.- Acordado y dirigido por la Administración: *"porque la Administración es la que, por medio de sus agentes y en uso de sus*

³⁰ DELGADO y DE ARRIAGA: *Contratos administrativos*. Op. cit., pág. 54.

facultades, lo acuerda y preside, con asistencia del actuario y funcionarios que las leyes determinan”.

4.- Para la realización de ciertos contratos de interés de la misma: *“se subasta para celebrar un contrato: se contrata para satisfacer mediata o inmediatamente una necesidad del Estado”.*

Y también los propios DELGADO y DE ARRIAGA plantearon una clasificación de las distintas actuaciones administrativas que integran la forma de los contratos, que es interesante puesto que en ese esquema podemos contemplar que se enmarca la regulación de la subasta que a continuación analizaremos; para DELGADO y DE ARRIAGA, el procedimiento se ordena así:

- 1º.- Estudio previo del servicio y de la manera de ejecutarlo.
- 2º.- Autorización del contrato, del gasto que implica y de la forma de celebración de aquél.
- 3º.- Manifestación de la voluntad de contratar hecha públicamente por la Administración y de las condiciones o estipulaciones que han de servir de base al contrato.
- 4º.- Proposición o manifestación hecha también en la forma que prescriben las leyes, por la persona o personas que se proponen contratar con la Administración.
- 5º.- Revisión del expediente por la autoridad respectiva y aprobación o nulidad del remate.
- 6º.- Otorgamiento de la escritura pública o privada y afianzamiento del contrato.

1.3.2.- EL REAL DECRETO DE 27 DE FEBRERO DE 1852, LA REAL ORDEN DE 19 DE MARZO DE 1852, Y EL REAL DECRETO DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1852.

Especialmente interesante en orden a tratar los antecedentes de nuestro sistema de contratación pública resulta el Real Decreto de

27 de febrero de 1852, *"estableciendo reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios públicos"*, de Bravo Murillo. Y es interesante no sólo por cuanto toca a la materia que regula, sino también por su clara y brillante redacción. Por ello, no renunciaremos a transcribir importantes pasajes de la norma, seguros de lo enriquecida que resulta su lectura. Anteriormente, en 1847, el Ministro de Hacienda, Santillán, había presentado en Cortes un proyecto de Ley de Administración y Contabilidad en el que se contemplaba la contratación de los servicios, que debía efectuarse generalmente mediante subasta. Este proyecto fue abandonado y el sucesor de Santillán, Bravo Murillo, consiguió la promulgación de la Ley de Administración y Contabilidad de 1850. Sin embargo, esta Ley no abordó la cuestión de la contratación administrativa, que fue objeto de un proyecto separado y presentado el 20 de diciembre de 1850 por el Ministro de Hacienda Seijas Lozano cuyo preámbulo afirmaba expresamente que aspiraba a ser una *"ley general de Contratación"*; la presentación de dicho proyecto fue reiterada el 16 de junio de 1851, pero finalmente no llegó a prosperar. A resultas de estos antecedentes, Bravo Murillo decidió darle vigencia aunque fuese con rango reglamentario; de ese modo fue aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de febrero de 1852. El Real Decreto pretende dar continuidad, pues, al proyecto de Ley de 1850, que fue elaborado, atención, *"con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos, y de garantizar a la Administración contra los tiros de la maledicencia"*.

Este Real Decreto sienta claramente la base que ha perdurado durante muchas décadas de que la adjudicación de los contratos siga la forma de subasta: *"La gran base (dice la norma que ahora estudiamos) en que está fundado el proyecto de ley propuesto por la Comisión consiste en que los contratos se verifiquen generalmente por subastas, y estas por pliegos cerrados"*. PARADA VÁZQUEZ escribió que *"la regla de la subasta o, lo que es igual, del procedimiento de*

*adjudicación pública y abierta, con atribución automática a la oferta con precio más ventajoso, ha señoreado durante varios siglos en las legislaciones de la órbita francesa*³¹; de hecho y como hemos anticipado, también se optó por la licitación secreta, que responde al modelo francés, a pesar de que los proyectos normativos frustrados que le precedieron habían oscilado en esta cuestión. Detalla el profesor que esta regla tiene sus antecedentes en las Ordenanzas de Moulins de 1566, se generalizó en la época de Colbert y fue seguida por nuestro Real Decreto de febrero de 1852, por la Ley belga de 15 de mayo de 1846 sobre contabilidad del Estado, y por la italiana Ley de 20 de marzo de 1865. No en vano, PARADA considera que el Real Decreto de Bravo Murillo es la norma capital sobre la contratación administrativa en nuestro derecho, y pensamos que esa opinión sería compartida por la gran mayoría de los estudiosos de la materia.

Además, se hace notar que las subastas públicas estaban sujetas a dos graves inconvenientes, que curiosamente, no han podido ser erradicados definitivamente hasta nuestros tiempos: *"Consistía el primero en la confabulación de los licitadores ó en la introducción de un tercero en la licitación, con el fin de obligar a los demás á concederle una prima para evitar sus pujas"* (es decir, que la manipulación de las subastas por acuerdo entre los participantes viene de antiguo y no se ha inventado en los últimos años; así, la Exposición de Motivos de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre (que modificó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), proyectaba como una de sus finalidades el evitar *"la realización por sociedades pertenecientes a un mismo grupo de prácticas que pueden desvirtuar la competencia"*. Y como segundo gran inconveniente, *"en el acaloramiento de los mismos (los participantes), que solían llevarlos a veces a hacer proposiciones tan*

³¹ PARADA VÁZQUEZ, J.R.: "La nueva Ley de Contratos del Estado". *RAP* nº 47, mayo-agosto de 1965, pág. 437.

onerosas que no les era posible cumplir después. El resultado de esto era con frecuencia que, creyendo la Administración haber obtenido contratos ventajosos, veía al fin burladas sus esperanzas con pérdida de tiempo y de dinero” (no es difícil tampoco reconocer ya en esta fecha la preocupación por lo que posteriormente hemos conocido como ofertas desproporcionadas o bajas temerarias).

Con objeto de solventar esa problemática, el Real Decreto de 1852 introdujo el sistema de pliegos cerrados, correlato del que hoy día nombramos como principio del secreto de las proposiciones: *“La Administración al celebrar contratos no debe proponerse una sórdida ganancia, abusando de las pasiones de los particulares, sino averiguar el precio real de las cosas y pagar por ellas lo que sea justo, y a esto conduce el sistema de pliegos cerrados; pero con la circunstancia de que no ha de abrirse licitación sobre la mejor proposición en ellos contenida, sino que ha de adjudicarse definitivamente el contrato al mejor postor”*. Tendremos ocasión de ver cómo hasta esta época, la subasta no había constituido en la adjudicación automática al mejor postor, sino que una vez conocida la mejor postura, se pujaba abiertamente para mejorarla (lo que daba lugar al *acaloramiento* y a que la administración *abusara de las pasiones de los particulares*). El sistema de pliegos cerrados se postulaba por el Gobierno como el instrumento que eliminaría los problemas mencionados, pues *“de este modo, ignorando los licitadores la extensión de las propuestas de sus concesiones, calcularán tranquilamente lo que pueden ofrecer, y ofrecerán cuanto puedan por el temor de que otros hagan lo mismo; y por medio de este regulador la Administración celebrará sus contratos dentro de los límites que la equidad y la justicia prescriben”*.

El Real Decreto apunta la necesaria existencia de excepciones a la regla general de la subasta, como más adelante veremos con detalle: razona el documento que *“hay, sin embargo, contratos en*

que no cabe la licitación de ninguna especie sin riesgo para la seguridad o para los intereses del Estado, por no ser prudente poner los servicios públicos en manos que no presten al Gobierno otra garantía que la pecuniaria...y hay otros, que la Comisión del Congreso ha sabiamente enumerado para evitar todo abuso, en que no puede tener lugar la licitación sin que sea mayor el perjuicio que a la acción administrativa se ocasione, que las ventajas que procure al Estado la observancia de todas las solemnidades". La doctrina también se hizo eco tempranamente de la necesidad de prever excepciones a la aplicación de la subasta; así, DELGADO y DE ARRIAGA escribieron que *"casos y momentos hay en que esos mismos requisitos, exigidos en toda su extensión, constituirían una traba u obstáculo a la realización de los fines que la Administración persigue y hasta podrían determinar un perjuicio para los intereses públicos. Tal sucedería si, en los casos de reconocida urgencia de un servicio, se hiciera imprescindible la celebración del contrato por medio de subasta, o si en los que se hace precisa la reserva, como garantía especial para la seguridad del Estado, fuera inevitable la publicidad que lleva consigo el anuncio previo de su celebración"*³².

No faltan aspectos en esta precoz normativa que suponen antecedentes de instituciones plenamente consagradas en la contratación administrativa actual; así, es fácil que recordemos las penalidades contractuales y de la obligatoriedad de su previsión en el pliego de cláusulas administrativas particulares (o de la aplicación subsidiaria de las contempladas por la LCSP), cuando leemos que *"en los pliegos de condiciones han de preverse los casos y penas de falta de cumplimiento. Y que reconozcamos el goce de prerrogativas contractuales al leer que puesto que la Administración es un poder público que tiene en si mismo medios constitucionales de obligar, y que por otra parte su acción no puede ser interrumpida cuando*

³² DELGADO y DE ARRIAGA: *Contratos administrativos*. Op. cit., pág. 47.

ocurriere la necesidad de obligar a los contratistas al cumplimiento, podrá hacerlo, quedando a estos salvo su derecho para recurrir por la vía contenciosa, siempre que se crean perjudicados”.

1.3.2.1.- La subasta y sus excepciones en el Real Decreto de Bravo Murillo (27 de febrero de 1852).

Llegados aquí podemos analizar los preceptos concretos del Real Decreto de Bravo Murillo, que comienzan por sentar claramente en el primero de ellos la generalidad de la aplicación de la subasta: *“Los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas se celebrarán por remate solemne y público, previa la correspondiente subasta”.* Se exceptúa de esta regla una serie de supuestos que más adelante analizaremos, y además, los contratos para operaciones del Tesoro, relativas a su Deuda flotante, y las negociaciones, descuentos y traslación material de caudales, que quedará sujeto a lo dispuesto en ley especial de 1851. Pero debe quedar claro que la subasta era el centro de la normativa sobre contratación de la Administración en este momento, y lo seguiría siendo durante muchas décadas. Las razones de ello las venimos apuntando: fundamentalmente, la transparencia y automatismo en la adjudicación como virtudes muy valoradas por el legislador de la época; como refuerzo de estas razones, también escribió WALINE en 1945 que *“los legisladores del siglo XIX eran burgueses ahorrativos; representantes de los contribuyentes, que tenían como principal preocupación administrar el dinero del Estado y evitar los gastos inútiles. Ellos impusieron a las colectividades públicas, para la celebración de sus contratos de obras y suministros, reglas muy estrictas, casi exclusivamente inspiradas en el interés de las finanzas públicas, y que consisten esencialmente en la obligación, para las administraciones, de adjudicar los contratos, por el procedimiento de subasta, al mejor postor. La subasta era la regla, el concierto directo*

*la excepción, restringido a casos estricta y limitadamente enumerados por las leyes y reglamentos*³³.

A estas ideas, añadía VILLAR PALASÍ que la necesidad de la subasta arrancó de la equiparación de la Administración con la situación jurídica del menor de edad: *"El Fisco es un menor de edad y se le aplican, por tanto, técnicas jurídicas equivalentes a las aplicables al estatuto jurídico de éste: Principis contractus pari cum pupillo jure fruitur"*. Para él, la concepción liberal impuso el principio del contratista interpuesto (desconfianza de la capacidad industrial de la Administración) y la subasta como medio ordinario de celebrar los contratos (desconfianza ante los administradores y contratistas)³⁴.

La norma que analizamos sienta gran precedente en las sucesivas regulaciones de los contratos públicos, tanto en la generalidad de utilización de la subasta, como en aspectos formales del procedimiento. A esto último dedica el Real Decreto varios preceptos. Se dispone acerca de la publicidad de las subastas en el sentido de que todas habrían de anunciarse con treinta días por lo menos de anticipación *por "carteles, y por medio de la Gaceta del Gobierno y de los Boletines oficiales de las provincias respectivas"*. Y además, podemos comprobar que nuestro legislador contemporáneo no ha inventado la tramitación de urgencia, pues el de 1852 previó que *"solo en los casos urgentes podrá la Administración acortar el término expresado, pero sin que baje de diez días"*.

Y admira comprobar la similitud de algunos de los trámites implantados en la época con los actuales, de manera que al anuncio debían acompañar los pliegos de condiciones o designar el sitio en que

³³ Citado por BOQUERA OLIVER, J.M.: *La selección...* Op. cit., pág. 36.

³⁴ VILLAR PALASÍ, J.L.: *Lecciones...* Op. cit., pág. 103.

se encontrasen de manifiesto (terminología que aún pervive), así *"como también las relaciones, memorias, planos, modelos, muestras y demás objetos, cuyo conocimiento sea necesario para la debida inteligencia de las condiciones"*.

Más: *"expresará además el anuncio la forma que tendrá la subasta, con el modelo de proposiciones, que se han de presentar por escrito y en pliegos cerrados, las condiciones o garantías que se exijan de los licitadores, el lugar, día y hora, y la autoridad ante la cual ha de verificarse el acto"*.

Aunque también alguna diferencia hallamos, de modo que si en la actualidad el empate en la subasta se dirime mediante sorteo, en aquellas fechas se celebraba una "segunda vuelta" entre los empatados: *"también deberá prevenirse en el mismo anuncio, para el caso en que dos ó mas proposiciones iguales dejen suspendida la adjudicación, si se ha de verificar esta en el mismo acto o en otros sucesivos, y en qué forma; pero no podrán ser admitidos en la nueva licitación sino los autores de las propuestas que hubieren causado el empate"*.

Cabía también la posibilidad de celebración de subastas en las cuales no se conociera de antemano el tipo de licitación. Es decir, aunque la regla general era de designación del tipo o precio del servicio a contratar, en ciertos casos podía reservarse el precio por ministerio de la ley, o porque circunstancias especiales del servicio lo exigieran a juicio del Gobierno. En esos casos habría de consignarse *"dicho precio en un pliego cerrado y sellado por el Ministro a quien corresponda, el cual se entregará en esa forma al que presida la subasta para su apertura, después de leídos los pliegos de las proposiciones, a fin de que pueda tener lugar la adjudicación del servicio, si estuvieren arregladas a lo que en aquel se prescriba"*.

El que las proposiciones estuvieran “arregladas” a la forma de la subasta era esencial, pues así lo recalca también el artículo 4º: *“La adjudicación del remate recaerá siempre sobre la proposición mas ventajosa; pero deberá estar exactamente arreglada a la forma que previamente se hubiere establecido para la subasta”*. Entendemos que este arreglo se refiere a los requisitos formales para participar en la subasta, y también a no exceder del tipo de la subasta, lo cual es fundamental en la mecánica de la subasta y lo ha expresado hasta hace poco, aunque con otras palabras el art. 73 TRLCAP: *“La subasta versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo”*; y actualmente el artículo 134.1 LCSP al decir que en los casos en que *“sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”*.

Resulta también interesante el artículo 5º del Real Decreto de 1852 pues establece un criterio que aún pervive, si bien dispone otros que no han llegado a nuestros días aunque tal vez deberían haberlo hecho. Expresaba ese precepto que *“cuando el rematante no cumpliera las condiciones que deba llenar para el otorgamiento de la escritura, o impidiere que esta tenga efecto en el término que se señale, se tendrá por rescindido el contrato a perjuicio del mismo rematante. Los efectos de esta declaración serán: 1º Que se celebre nuevo remate bajo iguales condiciones, pagando el primer rematante la diferencia del primero al segundo. 2º Que satisfaga también aquel los perjuicios que hubiere recibido el Estado por la demora del servicio. Para cubrir estas responsabilidades se le retendrá siempre la garantía de la subasta, y aun se podrá secuestrarle bienes hasta cubrir las responsabilidades probables, si aquella no alcanzase”*.

Evidentemente, esta disposición ha seguido siendo observada en parte por los artículos 135.5³⁵ y 140.3³⁶ LCSP. Y es que en la actualidad también acudimos al siguiente licitador; sin embargo, nos parece más completa la previsión que acerca de la responsabilidad se hacía en 1852 porque allí se detallaba claramente que la garantía del primer rematante (e incluso sus propios bienes) respondería de la diferencia de precio respecto del segundo rematante (claramente es ese el perjuicio más objetivo y cuantificable que sufre la Administración en el supuesto en el que no se formaliza el contrato por culpa del propuesto adjudicatario, además de otros más difícilmente cuantificables como el retraso en el inicio de la ejecución). Nuestra LCSP es más genérica en cuanto a la valoración de la responsabilidad en estos supuestos, pues únicamente expresa en su art. 91, al describir cuál es la extensión de la garantía provisional, que ésta responderá *"del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación provisional del contrato, y para el licitador que resulta adjudicatario provisional, la garantía responderá también del cumplimiento de las obligaciones que le impone el segundo párrafo del artículo 135.4"* (aunque ya las veremos, éstas son las de acreditar estar al corriente de las obligaciones tributarias y de seguridad social, constituir garantía definitiva y poner a disposición del órgano de contratación aquellos medios ofrecidos por el licitador para la mejor ejecución del contrato). Y esta mayor generalidad, sin entrar en las frecuentes licitaciones en las que por diversas razones como la

³⁵ Art. 135.5 LCSP: *Cuando no proceda la adjudicación definitiva del contrato al licitador que hubiese resultado adjudicatario provisional por no cumplir éste las condiciones necesarias para ello, antes de proceder a una nueva convocatoria la Administración podrá efectuar una nueva adjudicación provisional al licitador o licitadores siguientes a aquél, por el orden en que hayan quedado clasificadas sus ofertas, siempre que ello fuese posible y que el nuevo adjudicatario haya prestado su conformidad, en cuyo caso se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para cumplimentar lo señalado en el segundo párrafo del apartado anterior.*

Este mismo procedimiento podrá seguirse en el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando se trate de continuar la ejecución de un contrato ya iniciado y que haya sido declarado resuelto.

³⁶ Art. 140.3 LCSP: *Cuando por causas imputables al contratista no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar*

exigencia de clasificación empresarial, no es preciso el depósito de garantía definitiva; en estos casos, la materialización de responsabilidad por no formalizar los contratos se complica enormemente.

Y detalla aún más la exigencia de responsabilidad a aquellos rematantes que no formalizaran el contrato, indicando que *“no presentándose proposición admisible para el nuevo remate, se hará el servicio por cuenta de la Administración, a perjuicio del primer rematante”*.

El art. 6º del Real Decreto de Bravo Murillo es también de gran interés; analizando su contenido podemos apreciar un extraordinario paralelismo con nuestro sistema actual; se trata de la excepción para una serie de supuestos, de las solemnidades de las subastas y remates públicos. No olvidemos que este Real Decreto presenta a la subasta como la regla general de adjudicación de los contratos, con lo cual vamos a comprobar cómo esos supuestos de excepción de las solemnidades de las subastas se asemejan a nuestros también excepcionales procedimientos negociados. Dicho paralelismo lo haremos comparando cada una de las excepciones de aquella época con las de la nuestra; así, los supuestos que en 1852 se concibieron como dispensados de seguir las solemnidades de la subasta son:

1º.- *“Los contratos que no excedan de treinta mil reales en su total importe, o de seis mil las entregas que deban hacerse anualmente, si el concierto se verifica por uno de los Ministros de la Corona.*

2º.- *Los contratos que no excedan de quince mil reales en su total importe, o de tres mil las entregas que deban hacerse*

la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía provisional que, en su caso se hubiese constituido..

anualmente, si el concierto se verifica por las Direcciones generales.

3º.- Los contratos que no excedan de cinco mil reales en su total importe, o sea mil las entregas anuales, si el contrato se celebra por delegación en las provincias y se autorizase para ello por el Gobierno o su delegado”.

Claramente la excepción de especiales solemnidades para una serie de contratos por razón de la cuantía ha sido uno de los criterios que en nuestra legislación ha pervivido, con actualizaciones a lo largo del tiempo. La actual Ley de Contratos contempla el procedimiento negociado sin publicidad para cada uno de los contratos típicos, de manera que en esos supuestos no será preciso justificar ningún otro elemento para acudir al procedimiento excepcional. Así, el artículo 155.d) LCSP admite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación de los contratos de obras cuyo presupuesto inferior a un millón de euros, el art. 156.b) hace lo propio para contratos de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevean inferiores a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años; y los artículos 157.f), 158.e) y 159 incorporan la misma posibilidad para los contratos de suministro, servicios y restantes contratos de las Administraciones Públicas cuyo valor estimado sea inferior a 100.000 euros.

4º.- “Los contratos sobre objetos cuyo productor disfrute de privilegios de invención o introducción.

5º.- Aquellos que sean sobre artículos en que no haya mas que un solo productor.

6º.- Los que versen sobre objetos de que no haya sino mas que un solo poseedor”.

Nuestra Ley de Contratos contempla esas posibilidades, por ejemplo, en el art. 154.d), al admitir el procedimiento negociado para

la contratación *"cuando por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado"*.

7º.- *"Los contratos de reconocida urgencia que por circunstancias imprevistas demandaren un pronto servicio que no de lugar a los trámites prefijados"*.

Ni que decir tiene que este es uno de los supuestos más reconocibles en nuestra reciente legislación de contratos públicos, si bien ha experimentado una evolución cuyo lugar de estudio no es este (al exigirse en la actualidad, artículo 154.e) LCSP, que la urgencia sea imperiosa, que la imprevisión no sea imputable al órgano de contratación, y que la situación no pueda remediarse mediante la tramitación de urgencia que en la actualidad contempla nuestra normativa).

8º.- *"Los que se verifiquen después de dos subastas consecutivas sin haber licitadores; con tal que no exceda del tipo fijado en las condiciones"*.

En la actualidad, y como es natural, el supuesto también ha evolucionado y no es preciso que se verifiquen dos subastas, sino que basta con que haya tenido lugar un procedimiento abierto o restringido sin licitadores, o siendo las proposiciones inadmitidas, irregulares o inaceptables (art. 154.a) y c). Con el TRLCAP era posible alterar el precio para el procedimiento negociado hasta en un diez por ciento, salvo en el contrato de gestión de servicios públicos (arts. 140.1.a), 141.a), 159.2.e), 182.a) y 210.a) TRLCAP). En la nueva regulación de la LCSP, sólo se exige que las condiciones originales del contrato no se modifiquen sustancialmente.

9º.- *“Los contratos en que la seguridad del Estado exija garantías especiales o gran reserva por parte de la Administración”.*

Resulta curioso comprobar cómo algunas de las previsiones del año 1852 son tan parecidas a las existentes, transcurrido más de un siglo y medio; el artículo 154.f) LCSP admite la utilización del procedimiento negociado para el contrato cuando *haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d).*

10º.- *“Los contratos de explotación, fabricación o abastecimiento que se hagan por vía de ensayo”.*

Resulta similar la previsión del artículo 157.b) LCSP: *“cuando los productos se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo; esta condición no se aplica a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo”.*

Finalmente, y para terminar con este estudio de las excepciones a la utilización de la subasta en el Real Decreto de 1852, se exigía que *“para celebrar cualquier contrato de los mencionados en este artículo, deberá preceder un Real decreto de autorización expedido con acuerdo del Consejo de Ministros; y en cuanto a los comprendidos en los números 4º, 5º, 6º y 7º, el dictamen del Consejo Real en pleno, o de las respectivas secciones del mismo, según lo exigiere la importancia del asunto”.* Ello nos trae la idea de la vigente exigencia de justificación documental en el expediente de

contratación de la existencia de circunstancias que habiliten la utilización del excepcional procedimiento negociado, pues puede constatarse que en aquellos comienzos, los requisitos procedimentales para autorizar la excepción de las subastas eran sumamente fuertes.

El artículo octavo del Real Decreto plasma una posibilidad parecida a la actual tramitación de emergencia, porque exime de la formación de expediente con una serie de documentos que exige el artículo precedente (pliego de condiciones y exigencia de garantía, entre otros) en los casos en que una *"necesidad de fuerza mayor obligue a la Administración a contraer los compromisos mencionados..."*

Y más precedentes aún encontramos en el artículo 9º; en dicho precepto se tratan supuestos de incumplimientos del contratista, y se dispone que *"cuando ocurriesen tales casos, las disposiciones gubernativas de la Administración serán ejecutivas, quedando a salvo el derecho de los contratistas para dirigir sus reclamaciones y demandas por la vía contencioso-administrativa"*. Esa ejecutividad rige también en nuestros días, toda vez que el artículo 195.4 LCSP con relación al ejercicio de las prerrogativas del órgano de contratación, expresa que *"los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos"*.

Por último, hemos de reseñar que el artículo 15 del Real Decreto que venimos comentando extiende su aplicación, por medio de reglamentos, a los servicios y obras públicas provinciales y municipales, sin más excepción que la de aquellos servicios que no lleguen a cinco mil reales en las provincias ni a dos mil en las municipalidades.

1.3.2.2.- La Real Orden de 19 de marzo de 1852.

Muy poco tiempo después fue dictada una Real Orden de 19 de Marzo de 1852, aprobando la Instrucción para la celebración de subastas de los servicios y obras dependientes de la Dirección de Obras públicas. La Real Orden tenía un claro objetivo: *"que tenga efecto desde luego lo prescrito por el Real Decreto de 27 de febrero próximo pasado, en lo respectivo a los contratos que se celebren por cuenta del Estado, para toda clase de servicios y obras públicas dependientes de esa Dirección general, y para los correspondientes a cualquiera provincia o pueblo..."*

La Orden que ahora analizamos se centra en detallar las actuaciones formales que deben seguirse en la celebración de las subastas. Así, ordena que *"en el día, hora y sitio designados, se dará principio al acto, haciendo lectura del anuncio de la subasta, del modelo de proposición que se hubiere acompañado, y de la presente instrucción"* (art. 6º). Es decir, de modo muy parecido a como debe procederse en la actualidad por el art. 83 RGLCAP (aunque es bien cierto que el formalismo de la lectura literal del anuncio, modelo e incluso pliegos, rara vez se cumplía aunque se hiciera constar en las actas, según DELGADO y DE ARRIAGA, y rara vez se cumple actualmente).

Los pliegos cerrados debían ser entregados en el mismo acto de la subasta, durante la primera media hora que se designaría al efecto, pasada la cual, el presidente declaraba terminado el plazo para la admisión y se procedía al remate. Esta si es una diferencia sustancial con nuestro actual proceder, puesto que hoy es posible la presentación de proposiciones durante todo el periodo de publicidad del procedimiento, hasta el momento último que se haya fijado. Como prueba del carácter absolutamente formal y solemne de la subasta al que anteriormente hemos aludido, en aquella época se plantearon

dudas acerca de si el tiempo durante el cual debían admitirse los pliegos era el transcurrido entre la primera campanada del reloj al llegar la hora inicial, y la última de la hora final. Tal dilema fue resuelto gracias a un informe del Observatorio Astronómico de San Fernando, en el sentido de que la hora debía considerarse transcurrida cuando el reloj diera la primera campanada que la indicaba (DELGADO y DE ARRIAGA aconsejaban cuidar de que el cronómetro del local donde se celebrase el acto rigiera bien, dadas las frecuentes protestas de los licitadores).

Antes de abrirse los pliegos presentados podían sus autores manifestar las dudas que se les ofrecieran, o pedir las explicaciones necesarias; *"en la inteligencia de que, una vez abierto el primer pliego, no se admitirá observación ni explicación alguna que interrumpa el acto"* (art. 8º). También en este caso ha pervivido no sólo el criterio, sino casi la letra de la norma, pues el art. 83.6 RGLCAP prescribe que *"antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes...-"*

A continuación, según el art. 9º de la Real Orden, se procedía en seguida a abrir los pliegos presentados, desechando desde luego todos los que no se hallasen exactamente conformes al modelo prescrito, y asimismo los que no vayan acompañados de la correspondiente garantía. Da la impresión de que se pretendía una mayor rigidez en la observancia del modelo preestablecido que la que se debe observar en nuestros días, al imponer el rechazo de todos los que no se hallasen *exactamente* conformes con aquel. El vigente art. 84 RGLCAP prevé el rechazo de las proposiciones que no guarden concordancia con la documentación examinada y admitida, excedan del presupuesto base de licitación, varíe sustancialmente el modelo

establecido, comporte error manifiesto en el importe de la proposición, o exista reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable; pero mitiga la cuestión aclarando que *"por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición"*.

Tras la lectura de todos los pliegos que se hubieran presentado, se declaraba en el acto la postura o proposición más ventajosa, extendiéndose acta formal autorizada por el escribano que interviniese (art. 10º).

A mediados del siglo XIX, el momento que ahora estamos analizando, se contemplaba la posibilidad de que la subasta se realizara simultáneamente en dos lugares diferentes, por lo que el art. 11 de esta Real Orden aclara que *"cuando en un remate que se celebre solo en Madrid resulten dos o mas proposiciones iguales, se procederá en el acto a una nueva licitación, únicamente entre sus autores"* (como había previsto el Real Decreto del anterior mes de febrero). *"Esta licitación, que será abierta, durará por lo menos diez minutos, pasados los cuales se terminará cuando lo disponga el Presidente, apercibiéndolo antes por tres veces"*. Como cabía la posibilidad de que el empate surgiera entre proposiciones presentadas a una subasta que se celebraba también en otro lugar distinto de *"esta Corte"*, la nueva licitación de desempate se celebraba en la fecha que se señalara con suficiente antelación, pero ya sólo en Madrid. Por último, si la igualdad se producía entre las proposiciones presentadas en una provincia, el desempate tendría lugar en otra fecha, y se celebraría en la propia provincia.

Introduce el art. 13 una curiosidad que ha debido perderse con el paso del tiempo: *"Para prevenir la duda que podría ofrecerse sobre la preferencia relativa de los licitadores"* (como vemos, está muy

presente en todo momento la voluntad de alejar a la Administración de los *tiros de la maledicencia*), "en el caso de hallarse dos o mas proposiciones iguales, antes de abrirse los pliegos cerrado que se presenten en cualquier acto de subasta, se pondrán en una caja tantas bolas cuantos sean los proponentes, y la que saque cada uno de estos por si mismo, determinará su lugar respectivo para el caso de la licitación abierta; entendiéndose que el que tuviere el número más bajo, será el preferido, ínterin no se mejore la propuesta, para la adjudicación de la cosa que se remate". Es decir, se apuraban las medidas para garantizar la imparcialidad y transparencia en la adjudicación de los contratos, que de por si es la subasta el mecanismo que mejor salvaguarda.

1.3.2.3.- El Real Decreto de 15 de septiembre de 1852.

También transcurrió poco tiempo hasta que fue dictado un Real Decreto de 15 de septiembre de 1852, "mandando se observe la instrucción que se acompaña para llevar a efecto, en la parte respectiva al Ministerio de Hacienda, el Real decreto de 27 de febrero de este año sobre contratación de servicios y obras públicas". En su artículo segundo, además de otras condiciones que se exigen a los pliegos, queremos resaltar que en primer lugar se exige que figuren las obligaciones que contrae la Hacienda, como principio elemental de ejecución presupuestaria que, como no podría ser de otro modo, está muy presente en la normativa actual: el artículo 94 LCSP vincula la aprobación del gasto a la aprobación del expediente de contratación, y el artículo 26 .1.k) contempla "el crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio" como uno de los contenidos mínimos del contrato, salvo que esa información ya conste previamente en los pliegos.

Cabe reflejar que este Real decreto insistía en la exigencia de subasta pública como regla general, eximiendo de ella algunos

supuestos como aquellos servicios de coste inferior a quinientos reales, algunos contratos celebrados por el departamento de operaciones mecánicas de loterías, y de las fábricas de efectos estancados (cuando no se excediesen de las cuantías previstas por el apartado 2º del art. 6º del Real Decreto de 27 de febrero).

Ese Real Decreto de 15 de septiembre de 1852 puso el énfasis en detallar cómo habrán de articularse las excepciones a la subasta para que las mismas puedan tener lugar, y lo hace con el mismo espíritu restrictivo que venimos comentando; muestra de ello es la determinación de que la declaración de urgencia que preveía el art. 2º del Real Decreto del mes de febrero anterior corresponde efectuarla al Ministerio de Hacienda.

Amplía también el art. 10 los medios de publicidad de las subastas, que además de aparecer en la Gaceta de Madrid y en los boletines oficiales de las provincias respectivas, habían de anunciarse también por separado, *“edictos o carteles en todos los puntos que ofrezcan ventajas conocidas para aumentar el número de licitadores”*.

Se establece también una serie de pormenores sobre la celebración del acto de subasta, muy parecidos a los que hemos analizado anteriormente: entrega de las proposiciones en sobres cerrados y conteniendo el documento de garantía, lectura de las distintas proposiciones y posterior apertura del pliego cerrado en que se hubiere fijado el precio o tipo, y adjudicación al mejor postor en los términos del Real Decreto 27 de febrero. Tal como venimos haciendo, podemos detectar también aquí algunas previsiones de la norma que bien pudieran intercambiarse con las que actualmente rigen: se decía en el art. 11.3ª de este Real Decreto de septiembre que *“el presidente exigirá que se rubrique en la cubierta cada pliego por su portador, y los irá numerando por el orden con que los*

reciba". Pues bien, el art. 80 RGLCAP expresa que *"la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurren y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa"*. Y la regla 4ª de ese mismo artículo advierte de que *"una vez entregados los pliegos, no podrán retirarse bajo ningún pretexto ni motivo"* (para COLMEIRO, tal prohibición de retirada deriva del principio de que los contratos de servicios y obras públicas deben celebrarse mediante subasta y adjudicación al mejor postor, de modo que *"no teniendo la administración facultad para rechazarla, no puede concederse al proponente la facultad de retirarla sin dar lugar a las confabulaciones e inconvenientes que con aquel método se han querido evitar"*³⁷). En la actualidad, el rigor se ha ido suavizando, porque hasta el art. 100 del RGCE de 1975, la norma era del mismo absolutismo: *"Una vez entregada una proposición no podrá ser retirada bajo ningún pretexto"*; sin embargo, el Reglamento de octubre de 2001 sí ha dejado un resquicio a la interpretación y la casuística que nosotros no vemos acertado, al decir que *"una vez entregada o remitida la documentación, no puede ser retirada, salvo que la retirada de la proposición sea justificada"* (art. 80.5 RGLCAP).

Una última cuestión resaltaremos de este Real Decreto de septiembre de 1852: cuando comentamos el art. 5º del Reglamento de febrero, elogiamos la solución de exigir al primer rematante la diferencia entre su precio ofertado y el ofertado por el segundo y definitivo postor; dijimos que ese era el perjuicio más efectivo y cuantificable que se da en estas situaciones. Pues bien, el art. 19 de la norma que ahora nos ocupa, aún afina más, acordándose de lo que habíamos apuntado: el perjuicio sufrido por la Administración en cuanto al retraso en la ejecución del contrato. De este modo, ese

³⁷ COLMEIRO, M.: *Derecho Administrativo...* Op. cit., págs. 446 y 447.

artículo 19 establece que *"si hubiere diferencia en perjuicio de la Hacienda entre el precio del primero al segundo remate, será de cuenta y cargo del primer rematante, quien también satisfará los perjuicios de la demora del servicio de que se trata, para cuya responsabilidad, además de la retención de la garantía del depósito de la subasta...se le podrán embargar bienes suficientes, a juicio de la Junta de subastas, con objeto de asegurar el desfalco o menoscabo por medio del apremio que para tales casos establece el art. 11 de la ley de contabilidad"*.

1.3.3.- EL REAL DECRETO DE 10 DE JULIO DE 1861 Y LA ORDEN DEL ALMIRANTAZGO DE 3 DE MAYO DE 1869.

El 10 de julio de 1861 se dictó un Real Decreto aprobando el pliego de condiciones generales para las contrataciones de obras públicas. No vamos a detenernos mucho en esta norma dado que su contenido es muy interesante pero se refiere, como es natural, a los aspectos técnicos de la ejecución de las obras. Únicamente queremos transcribir parte de su exposición de motivos, pues refleja las inquietudes que en aquel momento existían en el Gobierno acerca de la contratación administrativa; como quiera que según dicha exposición, era preciso cambiar las reglas para el cumplimiento de los contratos, dado que las obras públicas habían tomado notable incremento, se elabora este pliego general. Y se busca un alivio en la situación jurídica del contratista, tal vez demasiado fatigado por la supremacía de la Administración en la relación contractual; ello se expresa del siguiente modo: *"conviene ajustar todo lo posible las prescripciones que deben regir en esta clase de contratos a los principios del derecho común, haciendo desaparecer algunas disposiciones estremadamente rigurosas que son causa de retraimiento para los especuladores de buena fe; pues si bien la condición del Estado no puede ser igual a la de aquellos en sus recíprocas obligaciones, tampoco deberán otorgársele tales*

privilegios que el interés privado quede sin defensa hasta un punto que rechazan igualmente la equidad y la misma conveniencia bien entendida de los intereses públicos". Es decir, sin duda se pretendía buscar el equilibrio necesario para que las prerrogativas de la Administración garantizaran la buena marcha del contrato para satisfacer el interés público perseguido, pero sin que aquellas fueran tan excesivas que impidieran a la Administración encontrar contratistas para las obras a licitar.

Debemos tratar también la Orden del Almirantazgo de 3 de mayo de 1869, aprobando las condiciones generales con arreglo a las que deberán celebrarse las subastas para la contratación de los diferentes servicios de la Armada. Los principios de los que parte dicha Orden son acordes con los que venimos observando desde 1852, pues el remate debía adjudicarse por licitación pública y solemne, y verificarse por pliegos cerrados; se hace expresa mención a la imposibilidad de adjudicar a favor de una oferta superior al tipo de licitación, al disponer su regla 2ª que serán desechadas *"las proposiciones en que se fijen precios mayores que los establecidos como tipos"*.

Por lo demás, la tramitación de la subasta sigue muy de cerca la previsión general del Real Decreto de 27 de febrero de 1852 (así como otros criterios posteriores que hemos destacado por su interés, como la exigencia al adjudicatario fallido de la indemnización por la diferencia de precio con el segundo postor y por el retraso en el inicio de la ejecución del contrato), siendo tal vez reseñable el hecho de que se acotan temporalmente algunos trámites: así, antes de proceder a la apertura de los pliegos presentados, los interesados tienen la ocasión, como sabemos, de exponer al presidente las dudas que se les ofrezcan o solicitar las explicaciones que creyeran convenientes; pues bien, para eso dispondrían de un plazo máximo de treinta minutos, pasados los cuales debía comenzar el acto de la

subasta y no se admitía explicación ni observación alguna que le interrumpa (regla 4ª). Y por otra parte, si resultasen dos o más proposiciones iguales se procedería a nueva licitación oral entre los interesados cuyas proposiciones hubieran empatado, durante quince minutos sin ninguna posibilidad de prórroga.

Respecto a estos supuestos de empate entre proposiciones, veremos diversos sistemas dirimientes; debemos decir que la regla general fue decidir a favor del licitador que presentó antes su proposición (a tal efecto se utilizaba el sistema de bolas, o sencillamente se numeraban estrictamente por su orden de presentación), pues regía el principio de que el primero en el tiempo es mejor en derecho, *prior tempore potior iure*. Sólo cuando así lo disponían la norma o los pliegos, podía resolverse el empate mediante las pujas a la llana o el sorteo (en algún caso incluso se estableció que en primer término se abriría una licitación verbal, y si persistía el empate se adjudicaba el remate al autor de la primera en el orden de su presentación; así lo hizo la Real orden de 9 de abril de 1858 para los servicios del Ministerio de Hacienda³⁸).

1.3.4.- LA REAL ORDEN DE 18 DE JUNIO DE 1881.

En fecha 18 de junio de 1881 se dictó una Real Orden aprobando el reglamento provisional para la contratación de todos los servicios correspondientes al ramo de Guerra. La justificación del mismo viene expresada, entre otras razones, en que no obstante las sólidas bases de la contratación de los servicios públicos sentadas por el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, existen nuevas exigencias de la Administración, se han producido "*progresos de la ciencia en esta importante materia del derecho público*". Ello creó a la

³⁸ Lo relata COLMEIRO, M.: *Derecho administrativo...*, tercera edición, op. cit., pág. 7.

Dirección General de Administración General la necesidad de recopilar disposiciones en cuanto al ramo de Guerra para la contratación de sus servicios. El reglamento establece una serie de normas generales que posteriormente son excepcionadas en algún caso. En sus grandes líneas, sigue las pautas implantadas por el Real Decreto de 1852, es decir, la regla general será la utilización de la subasta, si bien está podrá verse exceptuada en una serie de supuestos (art. 6º):

1º.- *“Los contratos generales cuyo total valor conocido o calculado no exceda de 7.500 pesetas”.*

Se trata de una excepción por razón de la cuantía, a la que se añade un parámetro más: el de los contratos generales, puesto que previamente, el Reglamento ha establecido tres categorías de contratos en función del ámbito territorial al que se circunscriban. Así, serán generales los que se refieran a uno o varios distritos; parciales los que comprendan varias localidades de un mismo distrito, y locales los que sólo afecten a una de dichas localidades.

2º.- *“Los parciales que de igual modo no excedan de 3.750 pesetas.*

3º.- *Los locales que asimismo no pasen de 1.250 pesetas.*

4º.- *Los servicios que por su reconocida urgencia demanden pronta ejecución y no den lugar a los trámites fijados para la subasta.*

5º.- *Los que se hubiesen subastado dos veces consecutivas sin resultado.*

6º.- *Los que por seguridad del Estado exijan garantías especiales o gran reserva por parte de la Administración.*

7º.- *Los que se verifiquen por vía de ensayo.*

8º.- *Los que se refieran a objetos cuyo productor o poseedor disfrute privilegio.*

9º.- *Los que versen sobre artículos u objetos en que se sepa existe un solo productor o poseedor bajo el concepto facultativo, científico, industrial o técnico”.*

Como vemos, la línea es muy parecida a la emprendida en 1852, incluso en cuanto a la exigencia de aprobación de los contratos por autoridad superior (art. 7º), y necesidad de Real Decreto del Consejo de Ministros y audiencia del Consejo de Estado para autorizar las excepciones a la subasta que hemos expuesto. La aprobación del remate por autoridad superior es una constante en la normativa sobre contratación administrativa del siglo XIX, de manera que algunos entendían que hasta que se producía la aprobación superior no existía consentimiento para contratar por parte de la Administración. Disputas doctrinales aparte, es cierto que la jurisprudencia sentó el criterio de que cuando se exigía la aprobación superior del remate no cabía indemnización alguna para el rematante si esa autoridad no aprobaba la subasta, con lo que en la práctica no existían efectos reales del contrato en tanto esa aprobación no existiera (por ejemplo, en sentencias como las 30 de enero de 1868 o de 4 de mayo de 1868). En definitiva, el contrato quedaba perfeccionado con la aprobación superior, produciendo entonces efecto sus derechos y obligaciones, si bien la ejecución aún se hacía depender del otorgamiento de escritura en los casos en que resultaba exigible.

Contempla también este Reglamento provisional la posibilidad de que las subastas se celebren en uno o varios puntos; en este último caso la subasta se calificaría como simultánea, efectuándose en igual día y hora en el sitio previamente fijado para ello. Incluso cabía la posibilidad de que una subasta simultánea que no diera resultado pudiera celebrarse nuevamente en mayor número de localidades, si así lo aconsejaban las circunstancias y lo disponía la Autoridad convocante (art. 11). En las subastas simultáneas se aceptaban a reserva de posterior declaración las proposiciones más beneficiosas

presentadas en cada punto. Éstas eran posteriormente reunidas en la sede de la Autoridad competente para resolver, y allí la Junta de subasta adjudicaba el remate a favor de la más ventajosa de ellas, sin perjuicio de la aprobación superior (art. 49); si hubiese empate entre proposiciones presentadas en diferentes sitios, se procedía mediante una puja entre los empatados, en los términos que más adelante expondremos.

Las subastas simultáneas planteaban problemas con relación al cumplimiento de requisitos esenciales, que incluso debieron ser zanjados con carácter general, como en el caso de la Real orden de 20 de marzo de 1878, que dispuso que la falta de subasta simultánea en los casos en que estuviera prevista constituía un defecto sustancial del contrato. Singularmente planteaba problemas la cuestión de la publicidad; en ocasiones no se efectuaba correctamente la publicidad en alguno de los puntos en que la subasta había de celebrarse, existiendo disparidad de criterios respecto a la solución que debía adoptarse. Para DELGADO y DE ARRIAGA, en esos casos debía anularse todo el procedimiento, y no únicamente lo actuado en el lugar donde la publicidad no fue correcta, porque lo fundamental era que la subasta es un solo acto, aunque se celebre simultáneamente en varios lugares, además de que *"el anuncio se exige para buscar las mayores ventajas en favor del Estado y puede ocurrir que en el punto donde el remate se anule haya una proposición más ventajosa que en aquel donde se declaró válido el acto"*³⁹. Y era preciso en estas subastas simultáneas extremar la puntualidad, pues la simultaneidad del acto debía garantizarse; de lo contrario la diferencia horaria podía permitir a los licitadores que se comunicasen entre si (pese a que para la subasta de bienes nacionales incluso estaba prohibida la circulación de telegramas).

³⁹ DELGADO y DE ARRIAGA.: *Contratos administrativos*, op. cit., pág. 85.

Y contempla también en su art. 9º la celebración de una segunda subasta si la primera no ha obtenido *“resultado satisfactorio”*, pero admitiendo ya la rectificación del precio en caso necesario. Si dicha segunda subasta tampoco diera resultado, la norma ofrece dos soluciones: la ejecución del servicio por sistema directo o por medio de *“convocatoria de proposiciones particulares”* (se trata de una forma de referirse a las adjudicaciones directas y son reguladas en el Capítulo VIII bajo la denominación de proposiciones libres).

La publicidad de las subastas viene minuciosamente detallada en el art. 14, exigiendo que las mismas se anunciaran con treinta días de anticipación por carteles fijados en los sitios públicos, y además por medio de los Diarios o Boletines oficiales de las provincias, consignando siempre en dichos anuncios el día y hora en que hubiera de celebrarse el acto. Los contratos generales, además, debían anunciarse también en la Gaceta de Madrid. Pero el Reglamento llega incluso a pormenorizar la remisión de los anuncios a los medios, del siguiente modo: *“para que los anuncios en los Diarios o Boletines oficiales y Gaceta de Madrid se publiquen oportunamente a fin de que desde su inserción corran los treinta días, o diez según los casos, antes de celebrar la subasta, se remitirán con cinco o diez días de anticipación a los Directores de dichos periódicos”*.

Anteriormente hemos aludido al rigor con el que se exigía el acomodo de los pliegos presentados al modelo aprobado por la Administración (rigor también presente en este Reglamento, cuyo art. 44 mantiene la inadmisión de las proposiciones que *“no estén estrictamente sujetas al modelo designado”*); consecuentemente, el art. 15 del Reglamento que estamos analizando también impone que con los anuncios se publique siempre el modelo de la proposición, y se exprese el punto y hora en que estarán de manifiesto el pliego de condiciones, las muestras, tipos, memorias, relaciones, planos y

demás objetos cuyo conocimiento pueda convenir a los licitadores. Parece que el rigor exigido en cuanto a la sujeción a los modelos alcanzó su cumbre en esta norma, como veremos al analizar las posteriores; en ello tuvo incidencia la Real Orden de 30 de abril de 1885, que sentó el criterio de que el citado art. 44 debía *"interpretarse en el sentido de que las proposiciones, para ser admitidas, han de estar exactamente ajustadas al modelo en todo lo que sea sustancial, pudiendo dispensarse solamente en cada caso, y con relación a sus propios méritos, cualquiera diferencia en punto accidental que no altere en lo más mínimo los términos esenciales de la estipulación"*. Resultaba en el caso concreto analizado por la Real Orden, que se habían desechado unas proposiciones porque contenían la fecha de la Gaceta en que se había publicado el anuncio de la licitación, mientras el modelo exigido no recogía tal fecha; ante decisiones tan extremas y carentes de sentido, el Gobierno, conforme con un dictamen del Consejo de Estado, ordenó que se admitieran aquellas proposiciones y adoptó este criterio interpretativo, determinando que fuera seguido por todos los tribunales de subasta.

Evidentemente, también debían fijarse los precios límites para las subastas, pero queremos advertir de una salvedad que establece el art. 17 y que nos resulta indicativa de períodos en los que la fluctuación de precios podía ocasionar graves problemas: en efecto, dicho precepto exige esa fijación de precios límites como regla general en las subastas, *"pero si éstas se refiriesen a artículos cuyos precios por su constante variación no sea posible fijar sino en los días más próximos al del remate, sólo se consignará en los anuncios el día y lugar donde haya de estar de manifiesto el pliego de los mismos"*. Parecida previsión se contenía en el art. 3º del Real Decreto de febrero de 1852, para contratos cuyo objeto tuviese una naturaleza especial; DELGADO y DE ARRIAGA aluden como ejemplo las adquisiciones de oro y plata (dada la oscilación de sus precios), o las de tabacos (dada la cantidad). En esos casos, relatan DELGADO y DE

ARRIAGA que el Gobierno una vez conocido el precio al que se cotizan los productos en los mercados productores, fijaría el tipo en un pliego cerrado que se entregaba al funcionario que presidía la Junta de subasta, para que tras la presentación de las proposiciones fuese abierto y adjudicado el servicio al autor de la más ventajosa. Para DELGADO y DE ARRIAGA, *"este procedimiento tiene la ventaja de evitar la confabulación de los licitadores, pero a su vez ofrece el inconveniente no pequeño de que en muchos casos, por insignificantes diferencias que de ser conocidas hubieran seguramente salvado los licitadores, queda desierta la subasta, con el consiguiente retraso en el servicio y una base probable de conocimiento para la segunda subasta que hace desaparecer las ventajas del tipo reservado"*.

También el art. 21 prevé una situación extrema (de modo similar a como lo hacía el art. 8º del Real Decreto de 1852, si bien ahora se detalla un poco más), pues se dispensa de formalidades a las contrataciones necesarias en *"casos en que una necesidad de fuerza mayor obligue a contraer los compromisos, pues entonces los contratos que se formasen por circunstancias urgentes o extraordinarias justificadas, observando en lo posible las reglas generales establecidas, serán de hecho válidos y de inmediato efecto, solicitando después la consiguiente superior aprobación"*. Como parece obvio, la secuencia de actuaciones en estos casos excepcionales era y sigue siendo la misma: se actúa de inmediato para paliar la situación de necesidad, y posteriormente se cumplimentan los trámites administrativos. Así lo contempla el artículo 97 LCSP: *"el órgano de contratación competente, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente...Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen*

excepcional, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la intervención y aprobación de la cuenta justificativa..."

Parece que sí existe alguna diferencia en cuanto a la forma de resolver los empates habidos entre proposiciones, pues el art. 45 preveía que tras la lectura de las proposiciones, *"contenderán entre sí los autores de proposiciones iguales, si las hubiere y resultaren admisibles... manteniéndose abierta la licitación mientras haya pujas, las cuales se harán al tanto por 100 del total importe del servicio"*. Y, aquí viene la novedad más importante, porque se contempla a continuación la posibilidad de dilucidar el empate mediante sorteo: *"Una vez cerrada la licitación, el Presidente declarará aceptada en el acto la proposición que haya resultado más ventajosa; pero si ninguno de los autores de proposiciones iguales o sus apoderados mejorase la suya, se resolverá la cuestión por la suerte, declarando aceptada la que por ésta haya sido favorecida"*.

En lo demás, la tramitación de las subastas es muy parecida al régimen general que estamos presentando; si bien no faltan curiosidades aunque sólo sean lingüísticas como la que nos brinda el art. 47 al decir que serán devueltas las cartas de pago a los licitadores cuyas proposiciones no han sido aceptadas, *"cuidándose de que a su pié firmen el retiré de dichas cartas"*. También las proposiciones que no fueran aceptadas debían unirse al expediente de subasta, como en la actualidad exige el art. 87.4 RGLCAP (*"Las proposiciones presentadas, tanto las declaradas admitidas como las rechazadas sin abrir o las desestimadas una vez abiertas, serán archivadas en su expediente"*). Y se imponía, como se dispuso en 1852, que se extendiera acta *circunstanciada* de lo ocurrido, no sólo autorizada por escribano como en aquellas primeras fechas, sino por todos los individuos de la Junta de subasta (cuya composición describe el capítulo V del Reglamento), y aceptada y firmada por el rematante o

su apoderado. Incluso se dispone que el acta deberá redactarse conforme a un formulario concreto que indica el propio reglamento.

El Capítulo VII del Reglamento impone los detalles de orden documental que deben observarse en los expedientes de subastas; el VIII regula las proposiciones libres, el IX la formalización de los contratos (también minuciosamente y reproduciendo las ya conocidas responsabilidades a exigir a aquellos rematantes que incumplan con su obligación de formalizar el contrato), y las Secciones Segunda y Tercera se dedican a establecer ciertas especialidades con relación a los Cuerpos de Artillería y de Ingenieros, respectivamente.

1.3.5.- EL REAL DECRETO DE 4 DE ENERO DE 1883.

La siguiente norma a la que debemos prestar atención es el Real Decreto de 4 de enero de 1883, disponiendo que los contratos que las Diputaciones provinciales y Ayuntamientos celebren para toda clase de servicios que produzcan gasto o ingreso en fondos provinciales y municipales, se hagan por remate y subasta pública. Hemos de recordar aquí que el art. 14 del Real Decreto de febrero de 1852 dispuso que por medio de reglamentos se aplicaría aquella norma a los servicios y obras públicas provinciales y municipales. Sin embargo, la Exposición de motivos del que ahora nos ocupa expresa cómo tales reglamentos no han sido publicados, a pesar del tiempo transcurrido, de modo que incluso *"se ha dudado en varias ocasiones de si las Diputaciones y Ayuntamientos están sujetos a la observancia de los preceptos que regulan para el Estado aquellos actos, y aún se han dictado algunas resoluciones en sentido negativo"*. Ello permitía que la regla general fuese la libre contratación por las Corporaciones provinciales y municipales, y *"aunque las mejor regidas de éstas suelen ajustarse voluntariamente en sus contratos a la legislación del Estado, reconociendo así que las subastas son favorables a sus intereses, no hay un precepto general que las obligue, ni existe, en*

realidad, una legislación que les sea propiamente aplicable". Dado ese estado de las cosas, se propuso la aprobación del Real Decreto, persiguiendo la aplicación generalizada de las subastas a las Entidades Locales, pero también otras finalidades aconsejadas por "la experiencia, y aún por el cambio de las ideas, que en los treinta años que desde aquella fecha han transcurrido": la elevación del tipo por encima del cual era necesaria la subasta en Diputaciones y capitales de provincia, la admisión de la licitación verbal, la minoración de gastos a los contratistas que a la postre repercutían en la Administración, y "dar a las provincias y a los Municipios, en todo lo relativo a sus contratos, las facultades que de derecho les corresponden, con arreglo a los principios descentralizadores que el Gobierno profesa, si bien bajo la responsabilidad que el ejercicio de esas facultades lleva siempre consigo".

1.3.5.1.- La subasta y sus excepciones en el Real Decreto de 4 de enero de 1883.

En efecto, el art. 1º del Real Decreto obliga a las Diputaciones provinciales y a los Ayuntamientos a celebrar por remate, previa subasta pública, todos los contratos para toda clase de servicios, obras, compras, ventas y arrendamientos, y en general todos aquellos contratos que hayan de producir gasto o ingreso en los fondos provinciales o municipales.

Se exceptuaban de la subasta una serie de supuestos relacionados por el art. 36, y que como vamos a ver, se asemejan mucho a los supuestos excepcionales que se habían establecido previamente en otras normas:

1º.- Para los contratos que celebren las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos de capitales de provincia, cuando hayan de producir un ingreso o gasto total que no

exceda de 2.000 pesetas, ni para los que celebren los demás Ayuntamientos cuando el ingreso o gasto total no haya de exceder de 500.

2º.- *Para los contratos sobre objetos cuyo productor o vendedor disfrute privilegio de invención o de introducción.*

3º.- *Para los que versen sobre objetos determinados de que no haya más que un poseedor.*

4º.- *Para los que se hagan por vía de ensayo.*

5º.- *Para los que se verifiquen después de dos subastas sin licitadores, siempre que el precio y las condiciones del contrato no sean menos favorables a la Corporación que el tipo y las condiciones que hayan servido de base para las subastas.*

6º.- *Para los que sean de tan extraordinaria urgencia, nacida de circunstancias imprevistas, que no haya tiempo para llenar los trámites exigidos en las subastas. Respecto de este último supuesto se pronuncia expresamente DELGADO y DE ARRIAGA⁴⁰, haciendo una advertencia que tiene en la actualidad plena vigencia: cuando se trata de servicios de carácter permanente o normal que pudieron y debieron ser previstos, pero cuya oportuna preparación se descuidó, no cabe en rigor aplicarles la exención de la subasta. El autor, no obstante, propone una solución al problema que acucia a la Administración, aparejándole la responsabilidad de la imprevisión: Entendemos, sin embargo, que como en el caso indicado podría ser mayor el perjuicio que a los intereses públicos resultara de esperar a la celebración de la subasta que de celebrarse el contrato sin este requisito, la urgencia impone la necesidad de optar por este último medio, sin perjuicio de exigir a los funcionarios negligentes la responsabilidad en que hayan podido incurrir, y en tal*

⁴⁰ DELGADO y DE ARRIAGA: *Contratos administrativos*, op. cit., pág. 60.

concepto la indemnización de perjuicios por el mayor coste que provenga de la falta de publicidad y concurrencia de licitadores. Se trata de una propuesta, desde luego, pero con un grado de rigor en la exigencia de responsabilidad en la gestión pública que conllevaría una gran dificultad de aplicación en la práctica de la Administración.

Ciertamente, la regulación de las excepciones a la subasta que se hace para el ámbito local es casi idéntica a la general, de modo que prácticamente lo único que podemos destacar son algunos matices; por ejemplo, también se efectúa la prevención respecto a la existencia de crédito en el presupuesto de la Corporación, pero además, en el art. 4 se alude a los contratos "plurianuales": *"si el contratante fuese un Ayuntamiento, y los pagos hubiesen de verificarse con fondos del presupuesto ordinario durante el ejercicio de varios presupuestos, las condiciones en que se fijen las épocas y cantidades habrán de ser aprobadas antes de anunciarse la subasta por la Junta municipal"*. O con relación a la publicidad, se exige también la antelación mínima de treinta días (o un mínimo de diez, en casos de urgencia para contratos que no excedan de 5.000 pesetas), y se remacha (para evitar corruptelas) que los anuncios *"permanecerán constantemente expuestos al público durante ese plazo en los lugares que las Diputaciones o Ayuntamientos tengan ordinariamente destinados para la fijación de edictos y anuncios, cuidando de renovarlos si fuese necesario"*. Los anuncios debían aparecer también en el Boletín oficial de la provincia, y en la Gaceta de Madrid, si el contrato excedía de 50.000 pesetas. Potestativamente la Corporación podía publicar también los anuncios en periódicos no oficiales de gran circulación si lo estimaba conveniente. Y de toda la publicidad efectuada debía quedar constancia en el expediente administrativo incorporando al mismo una certificación o uniéndole un ejemplar de los periódicos oficiales (tal y como hacemos hoy día).

También resulta curiosa la regulación de la fe pública de la subasta: el Secretario de la Corporación podía asistir para dar fe del acto cuando el importe del contrato no excedía de 15.000 pesetas (su asistencia era, pues, potestativa), pero si no pudiese asistir personalmente, y en todos los casos en que el importe del contrato excedía de tal cantidad, la subasta debía celebrarse ante Notario, salvo que no lo hubiese en el pueblo o que los que hubieran se incapacitasen después de anunciada la subasta.

Se imponía la subasta simultánea para los contratos de importe superior a 50.000 pesetas, de modo que una se celebraría en el lugar de residencia de la Corporación, y otra en Madrid, presidida por un funcionario designado por el Ministro de la Gobernación.

Como aportaciones interesantes de esta regulación para el ámbito local hay que considerar también las prohibiciones para ser contratista que establece el art. 11⁴¹, y que ya pueden evocarnos a la regulación actual de la cuestión.

⁴¹ Los supuestos establecidos por dicho artículo 11 eran éstos:

1ª.- *Los que con arreglo a las leyes civiles carezcan de capacidad para contratar por sí, sin intervención de otra persona.*

2ª.- *Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiere recaído contra ellos auto de prisión.*

3ª.- *Los que estuvieren fallidos o en suspensión de pagos o con sus bienes intervenidos.*

4ª.- *Los que estuvieren apremiados como deudores al Estado o a cualquier provincia o Municipio en concepto de segundos contribuyentes.*

5ª.- *Los que hayan sido inhabilitados administrativamente para tomar a su cargo servicios u obras públicas por falta de cumplimiento a contratos anteriores.*

6ª.- *En los contratos que celebren los Ayuntamientos, los Concejales, ni el Secretario, Contador y empleados dependientes del Ayuntamiento contratante, ni los Diputados provinciales, Secretario, Contador y Depositario de la provincia respectiva, y en los contratos que celebren las Diputaciones, los Diputados provinciales, ni el Secretario, Contador, Depositario y empleados dependientes de la Diputación contratante.*

Se efectuó también una regulación muy detallada de las garantías a prestar para participar en la licitación. Así, se exigía una fianza provisional del cinco por ciento del importe del contrato, y al rematante se le exigía una fianza definitiva que no podría bajar del diez ni exceder del veinte por ciento de dicho importe. Y a pesar de que las fianzas debían constituirse en metálico o efectos públicos, se admitían fiadores personales para los contratos que no excedían de 30.000 pesetas y duración no superior a un año, celebrados por Ayuntamientos de menos de 50.000 habitantes. Eso sí, al fiador se le exigían unas condiciones determinadas: ser vecino de la localidad y acreditar estar al corriente en el pago de una cuota de contribución cuyo importe anual no bajase del tres por ciento de la cantidad afianzada; pero lo más riguroso consiste en que en estos casos quedaban subsidiariamente responsables los Concejales por cuyo acuerdo se admitiera al fiador, cuando la fianza no pudiera hacerse efectiva por resultar afectos los bienes de aquel a otras obligaciones anteriores o preferentes. Tan detallada es la regulación de las fianzas, que para los efectos públicos, dada su fluctuación, se establece la obligación del rematante de depositar la diferencia de valor que pudiera existir por debajo del tres por ciento con relación a la fecha en que la fianza se constituyó (si tras un plazo de diez días, dicha diferencia no se depositaba, la Corporación podía dar por rescindido el contrato). Si la evolución del valor era alcista, el rematante podía realizar el exceso; y en todo caso, estando las fianzas constituidas en efectos públicos, debían facilitarse al rematante los medios de percibir los intereses que aquellos devengasen.

1.3.5.2.- La previsión de dos modalidades procedimentales de subasta según el Real Decreto de 4 de enero de 1883: modalidad ordinaria y modalidad simplificada.

El Real Decreto de 1883 establecía dos niveles de exigencias procedimentales para desarrollar el acto de la subasta, en función de la cuantía del contrato. El art. 16 indicaba minuciosamente cómo había de desarrollarse la licitación para los contratos superiores a 15.000 pesetas, de modo muy parecido a lo previsto para el Estado, y refiriéndose expresamente a la *constitución de la mesa*. Como particularidades respecto del régimen general que ya hemos expuesto, destacaremos que se exigía que dentro del sobre cerrado con la proposición se contuviera no sólo la fianza provisional, sino también la cédula de vecindad del licitador (dice también la norma que *cuando un licitador presenta más de un pliego, bastará que en cualquiera de los que presente acompañe estos dos últimos documentos*. Sin duda se trata de una práctica de sentido común que seguimos aplicando en la actualidad); a esta cédula de vecindad se le atribuía una importancia especial, pues el Presidente debía desechar las proposiciones que no fueren acompañadas de ella y del resguardo del depósito. También debía desechar aquellas que no se ajustasen al modelo establecido, pero en este punto queremos evidenciar una disminución del rigor que hasta ahora habíamos observado, ya que se dispone el rechazo *siempre que las diferencias puedan producir, a su juicio* (del Presidente), *duda racional sobre la persona del licitador, sobre el precio o sobre el compromiso que contraiga, sin que en caso de existir esa duda deba admitirse la proposición, aunque el licitador manifieste que está conforme con que se entienda redactada con estricta sujeción al modelo* (parece que la voluntad que denota esta redacción no dista tanto de la de nuestro actual RGLCAP, a recordar: *el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición*). Como en nuestros días, la jurisprudencia

contribuyó a crear criterios en la misma línea de desechar sólo aquellas proposiciones cuyas diferencias con el modelo fueran esenciales; así, la R.D.S. de 30 de mayo de 1880 consideró que no era vicio esencial determinante de nulidad del remate la circunstancia de expresar en guarismos y no en letra la cantidad que se ofrecía en la proposición, la de 20 de diciembre de 1882 tampoco encontró motivo suficiente para el rechazo de la proposición en la que su autor suprimió el tratamiento de *Don* delante de su nombre, y escribió *vecino de...* en lugar de *que vive en...* (sorprende, desde luego, hasta qué punto se pretendía llevar el formalismo), y la S.T.C. de 30 de octubre de 1893 declaró inadmisibles una proposición que contenía raspadura o enmienda, que había sido salvada, por estar prohibido por el pliego de condiciones.

Destacaremos también que se detallan los extremos que debía reflejar el acta levantada por el Secretario o Notario: el número total de proposiciones presentadas con los precios y nombres de los licitadores, y con expresión de las admitidas y desechadas, las causas por que hayan sido desechadas éstas, expresando qué licitadores se han conformado con la declaración recogiendo sus proposiciones y resguardos, las protestas o reclamaciones de cualquiera clase que se hubieren hecho, y la declaración del Presidente respecto a adjudicación provisional. Actualmente el art. 87.3 RGLCAP no cae en ese detallismo, al exigir que "*concluido el acto, se levantará acta que refleje fielmente lo sucedido y que será firmada por el Presidente y Secretario de la mesa de contratación y por los que hubiesen hecho presentes sus reclamaciones o reservas*"; no obstante, hemos de decir que la correcta redacción del acta de una licitación debe también en la actualidad reflejar todas las circunstancias que en 1883 se enumeraban expresamente. En aquellas fechas, y según el mismo art. 16, el acta debía extenderse sin levantar la sesión y ser leída en voz alta por el actuario; a continuación se adicionaban las protestas o

reclamaciones que pudieran haber sobre su contenido, y era firmada por los integrantes de la mesa y por los reclamantes, en su caso.

El art. 17, tal como apuntábamos anteriormente, regula un procedimiento más sencillo para aquellos contratos que no excedían de 15.000 pesetas. Hemos de resaltar como principal diferencia con el procedimiento general, el hecho de que la licitación se desarrollaba durante el plazo de una hora (y no media, como en el otro caso), pero sobre todo, que tenía lugar mediante proposiciones verbales y pujas a la llana: *"haciendo los licitadores en voz alta sus proposiciones ajustadas al modelo, cuya lectura podrán pedir al hacerlo"*. El acto debía tener una gran viveza, pues la norma exigía también que *"cada proposición que se haga por los licitadores cuyos pliegos se admitan o estén ya declarados admitidos, se repetirá en voz alta por el Presidente, diciendo el nombre y apellido del licitador, y el precio o la rebaja ofrecida por éste"*. Finalizado (*espirado*, se decía literalmente) el plazo de una hora, el Presidente declaraba cerrada la licitación, leía en voz alta la lista de las proposiciones admitidas, y adjudicaba provisionalmente el remate al autor de la más ventajosa. Nada se simplificaba, sin embargo, respecto a lo expuesto con relación al acta de la subasta.

Con carácter general para todas las subastas se otorgaba un plazo de cinco días dentro de los cuales los licitadores admitidos podían acudir por escrito ante la Corporación, exponiendo lo que tuviesen por conveniente respecto del acto de la subasta, sobre la capacidad jurídica de los demás licitadores y sobre lo que creyesen que debía resolverse respecto a la adjudicación definitiva. Contra la resolución que dictase la Corporación no cabía recurso alguno; y la misma, si declaraba válido el acto de la subasta, había de incorporar la adjudicación definitiva. Esta adjudicación definitiva tenía carácter ejecutivo (se trata de una excepción al sistema general que exigía aprobación superior del remate, como hemos visto), pero los

licitadores que se creyeran perjudicados disponían de un plazo de ocho días desde la resolución municipal para interponer recurso ante los tribunales, que debían acordar la indemnización sólo cuando se concluyera que la adjudicación se había dictado de mala fe. Y atención aquí a la contundencia de las consecuencias: en estos casos el tribunal debía condenar solidariamente a los Diputados provinciales o Concejales que hubiesen votado el acuerdo de adjudicación a indemnizar al demandante y abonar a la Corporación la diferencia que resultara entre la proposición a favor de la cual se hubiera dictado la adjudicación, y la del demandante.

El art. 23 refleja taxativamente las consecuencias para el rematante por no formalizar el contrato:

- 1º.- El pago de todos los gastos que hubiere ocasionado la subasta.
- 2º.- Que se celebre nuevo remate bajo iguales condiciones, pagando el primer rematante la diferencia entre el primero y el segundo, si éste fuese menos beneficioso para la Corporación interesada.
- 3º.- Que satisfaga también aquél todos los perjuicios que hubiese recibido la Corporación por la demora.
- 4º.- Que en el caso de no presentarse licitadores y haber de hacerse la obra o servicio por Administración, sea de cuenta del primer rematante el perjuicio que de esto resulte, el cual se regulará y fijará en expediente en que aquél sea oído.

Otra semejanza importante con nuestro régimen actual la encontramos en el art. 24, en el cual se reconoce la posibilidad de ceder y traspasar válidamente los derechos que nazcan del remate (salvo prohibición expresa de la ley o los pliegos de condiciones); pues bien, son tres los requisitos que exige dicho precepto para la cesión, y

que son casi exactamente los mismos que hoy debemos observar: *“que el nuevo contratista reúna las condiciones y preste las garantías exigidas al rematante, y que la Corporación interesada asienta a la cesión o transferencia, haciéndolo así constar por acuerdo que se consigne en el expediente de subasta”*; el siguiente artículo, el 25, establece que si la cesión se efectúa tras la formalización, deberá hacerse mediante escritura pública. Eso era en 1883; en nuestros días, el artículo 209 LCSP exige que el órgano de contratación autorice expresa y previamente la cesión, que el cedente tenga ejecutado al menos un veinte por ciento del importe del contrato o realizada la explotación del servicio público durante al menos una quinta parte del tiempo previsto, que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia o clasificación que hubiesen sido exigidas al cedente, y que la cesión se formalice en escritura pública. Por su parte, el artículo 90.4 LCSP expresa que en los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que no se halle formalmente constituida la del cesionario.

Y también podemos ver formulados otros principios que a pesar del tiempo transcurrido se han mantenido en nuestra normativa sobre contratos públicos. El art. 27 del Real Decreto de 1883 reza así: *“El hecho de presentar o formular una proposición en el acto de la subasta constituye al licitador en la obligación de cumplir el contrato, si le fuera definitivamente adjudicado el remate; pero no le da más derecho, aunque le haya sido provisionalmente adjudicado, que el consignado en el art. 20”* (con relación a los recursos que hemos comentado). Se trata, a nuestro juicio, de una temprana formulación del principio de aceptación incondicionada de las obligaciones que dimanaban del pliego que hoy, en otros términos, establece el artículo 129.1 LCSP. Y el segundo párrafo de aquél precepto de 1883 dispone que *“la Corporación contratante sólo queda obligada por la adjudicación definitiva”*, lo que concuerda con el

principio según el cual sólo la adjudicación formal del contrato genera derechos a favor del licitador seleccionado.

Prácticamente como norma de cierre, el art. 38 del Real Decreto de 1883 declara que resultaban aplicables con carácter supletorio a las subastas y contratos que celebrasen las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos las disposiciones que regían los de la Administración General del Estado, en cuanto no se opusieran a aquél.

1.3.6.- LA LEY GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS DE 13 DE ABRIL DE 1877.

Debemos hacer una especial referencia al régimen de ejecución de obras que introdujo la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877⁴², pues admitió también la posibilidad de adjudicar las mismas sin subasta pública; con relación a dicha norma y a la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, DELGADO y DE ARRIAGA advirtieron del posible abuso en el otorgamiento de privilegios onerosos para el Estado a los particulares; dado que tales adjudicaciones eran *"abiertamente contrarias a los principios de publicidad y solemnidad en que se informa la contratación administrativa en general, y en tal sentido peligrosas para los intereses públicos"*⁴³. La Ley establecía una serie de supuestos para los cuales definía un régimen jurídico. Así, podemos encontrar la siguiente tipología de supuestos: concesiones de obra pública sin subvención ni ocupación del dominio público: en estos casos, el otorgamiento se hacía mediante Ley, o el Gobierno o las Diputaciones provinciales o Ayuntamientos que fueran titulares del servicio, según diversos supuestos. La duración de la concesión era de 99 años, y la adjudicación tenía lugar por el sistema de proyectos en

⁴² Para un estudio más detallado del sistema contenido en esta Ley de Obras Públicas podemos acudir a FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *Contratos administrativos...*, op. cit., págs. 223 y ss., y JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J.: *Obras públicas...*, op. cit., págs. 75 y ss.

⁴³ DELGADO y DE ARRIAGA: *Contratos administrativos*, op. cit., pág. 61.

competencia o mediante subasta pública cuando de la información pública se desprendiese la existencia de otras peticiones en igualdad de condiciones o con interés para la Administración. Un segundo supuesto era el de concesión de obra pública con subvención y sin ocupación del dominio público: en el ámbito del Estado, la concesión se otorgaba mediante Ley, tras un procedimiento en el cual los particulares presentaban el proyecto y tras una serie de trámites administrativos, se celebraba una subasta pública; en caso de que el proponente del proyecto e inicial peticionario de la concesión no resultara adjudicatario, disponía de un derecho de tanteo, y si este derecho no era ejercitado el adjudicatario estaba obligado a abonar al peticionario la cantidad a que ascendiera el proyecto y sus correspondientes estudios (estas cantidades se fijaban mediante una tasación pericial). Un tercer supuesto lo constituían las obras públicas con ocupación del dominio público, destinadas al uso general. Éstas podían disponer o no de subvención pública (si carecían de ellas se regían por las normas del primer supuesto descrito y si contaban con ellas, por las normas del segundo), y su especialidad venía dada por la ocupación del dominio público. Como regla general, su adjudicación se efectuaba mediante el sistema de proyectos en competencia, aunque la Administración podía optar por celebrar una licitación pública. Por último, cabe distinguir el supuesto de las obras de interés privado con ocupación del dominio público. En estos casos las obras sólo beneficiaban a los particulares, con lo cual no se celebraba un contrato administrativo; no obstante la Ley los reguló para implantar un sistema en el cual al proyecto presentado por los particulares se le daba información pública para ponderar las propuestas alternativas que se pudieran presentar y posteriormente otorgar una autorización administrativa que habilitaba la ocupación del dominio público.

1.3.7.- EL REAL DECRETO DE 26 DE ABRIL DE 1900: LA INSTRUCCIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS PROVINCIALES Y MUNICIPALES.

1.3.7.1.- Antecedentes.

Como precedentes de este Real Decreto hemos de citar el proyecto de Ley de Administración y Contabilidad que en 1893 presentó el Ministro de Hacienda, Gamazo, y que incorporaba un capítulo titulado *De la Contratación de Servicios y Obras Públicas*; ese Capítulo pretendía actualizar el Real Decreto de Bravo Murillo, manteniendo su principio general de la pública licitación *sin perjuicio de adoptar el sistema de concurso o contratación directa, cuando se trate de servicios cuya importancia o naturaleza impongan el cambio de procedimiento*. Ese proyecto no prosperó, ni el presentado el año siguiente, 1894, por el nuevo Ministro de Hacienda, Amos Salvador, que era casi una reproducción del anterior.

Debemos hacer también referencia al proyecto de Ley presentado el 20 de noviembre de 1900 por el Presidente del Consejo de Ministros, D. Marcelo Azcárraga, *reformando la legislación administrativa para la contratación de obras y servicios públicos, establecida por Real Decreto de 27 de febrero de 1852*. Lamentablemente, también acabó siendo una norma *non nata*, a pesar de que su calidad jurídica era muy superior a la de normas que fueron promulgadas posteriormente⁴⁴ (singularmente, la Ley de Administración y Contabilidad de 1911 que más tarde trataremos).

⁴⁴ Así lo puso de manifiesto BASSOLS COMA, M.: "Evolución de la legislación sobre contratación administrativa", dentro de la obra *Derecho de los contratos públicos*, coordinada por Benigno Pendás García. Ed. Praxis, SA. Barcelona, 1995. Pág. 47.

1.3.7.2.- La subasta en el Real Decreto de 26 de abril de 1900: supuestos de utilización y excepciones; desarrollo procedimental, publicidad e introducción de consideraciones sociales y laborales en la contratación.

Este Real Decreto de 26 de abril de 1900, de quien fuera Ministro de la Gobernación por aquellas fechas, Eduardo Dato, aprobó la Instrucción para la contratación de los servicios provinciales y municipales. Pretendía la norma, y así lo expresaba su Exposición de Motivos, superar el Real Decreto de 1883, dado el tiempo transcurrido, y *“otorgar mayor libertad de acción a las Diputaciones provinciales y a los Ayuntamientos, relevándoles de la tutela del Estado en todo aquello que exclusivamente atañe a los intereses peculiares de provincias y pueblos, con lo cual se les facilitan los medios de desarrollar su vida propia”*. No obstante esa pretendida superación, también era declarado propósito que la reforma mantuviese intactos el principio y muchas de las reglas de su antecedente de 1883 (por lo cual omitiremos muchos detalles para no caer en cansinas reiteraciones), introduciendo algunas novedades, entre las que se contaba, por ejemplo, la introducción de los concursos en aquellos casos en que por la naturaleza del objeto contractual o por la finalidad del mismo, la subasta no pudiese satisfacer la necesidad de la Administración; según la propia Exposición de Motivos, la práctica había empleado los concursos en las Corporaciones locales, aunque fuera por la vía de excepcionar la aplicación de las subastas que imponía el Real Decreto de 1883.

El art. 1º de la Instrucción sentaba con la misma rotundidad la regla general de la utilización de la subasta: *“Los contratos que celebren las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos para toda clase de servicios, obras, ventas y arrendamientos, y en general, todos aquellos que hayan de producir gasto o ingreso en fondos provinciales o municipales, se celebrarán por remate, previa subasta*

pública, verificándose siempre las licitaciones por medio de pliegos cerrados, y sujetándose las proposiciones que en ellos se hagan, al modelo prescrito para cada caso”.

Estaban exceptuados de la subasta, y debían celebrarse por concurso, por una parte, los contratos que celebrasen las Diputaciones y los Ayuntamientos referentes al arrendamiento y adquisición de inmuebles (salvo que el vendedor disfrutase de privilegio de invención o introducción, o que sólo existiera un poseedor), y las adquisiciones y alquileres de bienes muebles (arts. 39 y 40). La previsión de contratación mediante concurso es una de las grandes novedades de esta norma, justificada por la propia Exposición de Motivos: *“Notoria es la necesidad de establecer concursos para aquellos casos en que la subasta no pueda realizarse, bien por la naturaleza de lo que ha de ser objeto del contrato, bien por el fin que con el contrato se intenta realizar, como por ejemplo, cuando se trata de mobiliario, o cuando se pretenda adquirir un inmueble indeterminado que haya de reunir condiciones especiales para una determinada aplicación; en ambos casos, si no se hace imposible la subasta, propiamente dicha, se dificulta, y sólo el concurso facilitará la realización del servicio que se piense contratar. No trata de los concursos el Real decreto de 4 de Enero de 1883, y de aquí que para el cumplimiento de sus preceptos haya sido necesario, en la práctica, arbitrar aquéllos, y luego de elegido el objeto por la Corporación, solicitar la excepción de subasta”.*

El art. 2º impone la formación de proyectos, pliegos de condiciones facultativas y económicos, así como presupuestos, con el mayor rigor posible para evitar posteriores conflictos, y la obligación de hacerlo en consonancia con las autoridades militares si pudieran afectar al plan general de defensa. Nos interesa su último párrafo, que trataba de erradicar la picaresca de fraccionar el objeto de los contratos para eludir la aplicación de la normativa y que al parecer se

había extendido: *"Por ningún concepto las Corporaciones podrán dividir la materia de contratación en partes o grupos, con el fin de que la cuantía no llegue a la precisa para la celebración de subasta o concurso, cuando se trate de objetos de una misma clase y de obras para un mismo servicios"* (la prevención se ha mantenido hasta nuestros días, en que el artículo 74.2 LCSP, que dispone que *"no podrá fraccionarse un contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda"*.

Se exigía también que con carácter previo al anuncio de la subasta debiera existir en el presupuesto ordinario el crédito suficiente para atender las obligaciones del contrato, o se hubiese formado y aprobado el presupuesto extraordinario (art. 3º).

Respecto a las subastas simultáneas, el art. 7º exigía su celebración cuando el contrato excediera de 250.000 pesetas, de modo que una tendría lugar donde residiera la Corporación interesada, y la otra en Madrid, en la Dirección General de Administración. Y el art. 8º enumera con gran detalle el contenido que deben presentar los pliegos de condiciones (baste un ejemplo que prueba su minuciosidad: la exigencia de que se consignara expresamente *"el nombre del letrado o letrados designados por la Corporación contratante para el bastanteo de poderes..."*). Ello da muestra de la importancia que se otorgaba a la correcta preparación del expediente de contratación, y singularmente a los pliegos de condiciones, en evitación de posteriores conflictos con los contratistas, los cuales aún hoy siguen procediendo en buena medida de su apresurada elaboración. Los pliegos debían publicarse, además del anuncio, si el contrato excedía de 50.000 pesetas (art. 9º); la no exigencia de publicación por debajo de esa cuantía responde a la intención de no elevar los gastos a que debían hacer frente los rematantes, que según la propia Instrucción debían pagar *"los*

anuncios, honorarios devengados y suplementos adelantados por el notario o notarios que autoricen la subasta, escrituras, y en general, toda clase de gastos que ocasione la subasta y formalización del contrato” (art. 8º.8º); la carga del pago de los anuncios había sido expresamente impuesta por la Real orden de 20 de septiembre de 1875, al ordenar “que todas las dependencias del Estado, así como las corporaciones provinciales y municipales, que remitan anuncios de subastas para su inserción en la Gaceta de Madrid consignen en los pliegos de condiciones de dichas subastas la obligación a que quedan afectos los contratistas de satisfacer el importe de la inserción de aquellos documentos y les exijan el justificante del pago en el acto de entregar las copias de la escritura que deben formalizar para el cumplimiento del contrato”. Ciertamente esa obligación de pagar los gastos de la elevación a escritura pública de los contratos administrativos ya venía de antiguo, al igual que la preocupación por poner límite a los gastos a sufragar por los adjudicatarios para que no resultaran excesivamente elevados o incluso abusivos; de este modo, en auxilio del bolsillo del contratista se había dictado una Orden de 16 de marzo de 1869 que establecía reglas para el otorgamiento de las escrituras de subastas de contratos públicos, y que disponía que “en los pliegos de condiciones que en lo sucesivo se redacten para la subasta de servicios públicos se exija, como hasta aquí, a los contratistas o rematantes el otorgamiento por su cuenta de la correspondiente escritura, y también la saca de su primera copia, pero no la obligación de facilitar ninguna otra; que por las Direcciones u oficinas en que ésta se presente se expidan convenientemente autorizadas las demás que de ella misma puedan necesitarse en otras dependencias, y que a los Notarios nombrados para intervenir en el otorgamiento de las escrituras sobre servicios públicos se les recomiende la conveniencia de que entre los renglones y palabras medie sólo una prudente y racional distancia”. En la actualidad ambas pautas siguen vigentes: la de cargar los gastos de publicidad al adjudicatario, pero también la de poner límite a esos

gastos; así, el art. 75 RGLCAP dispone que con independencia de los supuestos en que la publicidad resulte gratuita por disposición expresa, y *“salvo que otra cosa se indique en el pliego de cláusulas administrativas particulares, únicamente será de cuenta del adjudicatario del contrato la publicación, por una sola vez, de los anuncios de contratos en el “Boletín Oficial del Estado” o en los respectivos diarios o boletines oficiales en los supuestos a que se refiere el artículo 78 de la Ley”*. Con ese ánimo de acotar la carga económica de los adjudicatarios, y anticipándose a posibles aplicaciones contrarias a dicho ánimo, el propio precepto reglamentario previene que *“cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación”* (es justo que cada uno sufrague el coste de sus propios errores).

Este precepto (el del Real Decreto de 1900) fue modificado por Real Decreto de 20 de junio de 1902, de Sagasta, que introdujo una serie de medidas sociales en la Instrucción, de manera que los pliegos de condiciones debían de consignar necesariamente la obligación del rematante *“...de realizar un contrato con los obreros que hayan de ocuparse en la obra; en este contrato habrá de quedar precisamente estipulado la duración del mismo, los requisitos para su denuncia o suspensión, el número de horas del trabajo y el precio del jornal. Para prevenir el incumplimiento de este precepto por parte de las Diputaciones y de los Ayuntamientos, dichas Corporaciones remitirán, siempre que se trate de realización de obras públicas, al Gobernador de la provincia respectiva, los pliegos de condiciones...El Gobernador los aprobará, siempre que conste en los mismos la obligación que queda expresada; si se hubiere omitido, negará la aprobación, sin la que no podrán anunciarse ni celebrarse las subastas. En caso de que las Corporaciones referidas omitan remitir al Gobernador los pliegos expresados y anunciasen y celebrasen alguna subasta de las de referencia, sin la aprobación de aquella Autoridad, ésta usará de los medios legales a su alcance, para exigir las debidas*

responsabilidades". Similar prevención se introdujo respecto de aquellos contratos de ejecución de obras públicas que se desarrollaran por administración.

Es natural que en esta época, la normativa de contratación administrativa fuese un vehículo ideal para tratar de implantar medidas de mejora de las condiciones laborales, sociales; otro ejemplo podemos encontrarlo en el caso del Real Decreto de 11 de junio de 1886, que aprobó el pliego general de condiciones para la contratación de las obras públicas; no podemos dejar de reconocer el interés que presentan las reflexiones de su exposición de motivos acerca de los sistemas de valoración de las obras, así como la introducción de una medida que se presenta como importante novedad de carácter social y cuya omisión hoy nos resultaría intolerable: el seguro de vida de los obreros que por cuenta del contratista hayan de trabajar en la obra subastada. No resistimos la tentación de incorporar la justificación de exigir tal seguro: *"esta novedad, ya conocida y planteada en algunas de las naciones más adelantadas del mundo, la exigen trascendentales consideraciones de carácter social, hoy más que nunca dignas de ser atendidas por todo Gobierno previsor, y la imponen asimismo los deberes que a la Administración incumben de dispensar a las clases menos ilustradas una prudente protección que, sin lesionar el derecho de los demás, las ampare coadyuvando a la eficacia del derecho que también individualmente asiste a los que a ellas pertenecen"*.

En materia de fianzas, la novedad principal fue que la nueva Instrucción sólo admitió las constituidas en metálicos o valores, pero no mediante fiadores personales, dado que la fórmula al parecer no había dado buen resultado.

Volviendo al tema principal que nos ocupa, respecto al desarrollo del acto público de la subasta hay que destacar dos

diferencias con relación a la regulación de 1883: por un lado, se suprime la distinción entre un sistema general y otro simplificado (recordemos que este procedía por debajo de 15.000 pesetas), supresión que se fundaba en que la celebración del sistema ordinario con todas las formalidades y garantías no aumentaba los costes ni para la Administración ni para el rematante, con lo cual era preferible mantener un único y más completo sistema; por otro lado, la posibilidad de desechar las proposiciones por no ajustarse al modelo, se adecua a la línea jurisprudencial de la que hemos hablado anteriormente, disponiendo el art. 17 que serían desechadas las que no fueran acompañadas del resguardo de depósito y de la cédula de vecindad, y las que no se ajustaren al modelo, *"siempre que las diferencias puedan producir, a su juicio, duda racional sobre la persona del licitador, sobre el precio o sobre el compromiso que contraiga, sin que, en caso de existir esa duda, deba admitirse la proposición, aunque el licitador manifieste que está conforme con que se entienda redactada con estricta sujeción al modelo"*.

Gran importancia tiene también la solución para el caso en que en una subasta doble y simultánea resultaran igualmente ventajosas las proposiciones de dos rematantes provisionales; pues bien, el art. 18 de la nueva Instrucción determina que en tal supuesto la adjudicación recaería en el autor de la proposición presentada en el Ayuntamiento o Diputación provincial interesada, para beneficiar preferentemente a los intereses provinciales o municipales.

Otra importante innovación de la Instrucción de 1900 fue la obligación de dar publicidad a los acuerdos para celebrar subastas, así como a sus condiciones, y que debería efectuarse en el Boletín oficial de la provincia y por medio de edictos, y además potestativamente en periódicos, abriendo un plazo de diez días (en subastas sencillas) o veinte (en dobles y simultáneas) durante los cuales podrían presentar los particulares las reclamaciones que entendieran oportunas (art.

29). Las reclamaciones serían resueltas por la propia Corporación, y contra esas resoluciones cabía recurso de alzada ante el Gobierno de la Provincia, o ante el Ministro de la Gobernación (según se tratase de un Ayuntamiento o una Diputación provincial, respectivamente). GONZÁLEZ DE JUNGUITU⁴⁵ aplaudió la medida porque *“llevaba al ánimo de todo aquél que trate de tomar parte en una subasta, la seguridad de que no ha de ser atacada su validez por nadie por defectos en la redacción del anuncio, pliegos de condiciones u otros anteriores a la publicación de la convocatoria...se dirá que tal innovación produce un retraso en el anuncio de la subasta; pero aparte de que la demora que sufre su publicación no es de gran entidad y no puede producir perturbaciones en la marcha administrativa de las Diputaciones o Ayuntamientos, es preferible tal retraso, a que después de adjudicado el remate se declare nulo el acto, por defectos que pudieron fácilmente corregirse, y se corrijen por el procedimiento señalado en este artículo”*.

1.3.7.3.- El concurso.

Como habíamos avanzado, la Instrucción de 1900 contempla la celebración de concurso para los arrendamientos y adquisiciones de bienes muebles e inmuebles. Para tales concursos, la norma establecía muy pocos detalles, de forma que únicamente prescribía en su art. 39 que *“las Corporaciones provinciales y municipales redactarán los pliegos de condiciones, especificando todas las que ha de reunir la cosa objeto del concurso, así como las necesidades que haya de satisfacer, y fijarán el plazo, que no podrá ser menor de treinta días, durante el cual puedan presentarse proposiciones*.

⁴⁵ GONZÁLEZ DE JUNGUITU Y VILARDELL, L.: *Contratos Administrativos...*, op. cit. págs. 143 y 144.

El pliego de condiciones, con el anuncio del concurso, se publicará necesariamente en el Boletín Oficial de la provincia respectiva y en la Gaceta de Madrid, pudiendo también hacerlo en otros periódicos no oficiales.

Celebrado el concurso, la Corporación contratante acordará respecto a las proposiciones presentadas, eligiendo la más conveniente, con arreglo a las condiciones establecidas.

Quedan exceptuados los concursos de la simultaneidad, exigida para las subastas que excedan de 250.000 pesetas”.

Puede observarse que la regulación del concurso era bastante escueta, acorde con que la figura no estaba muy elaborada aún en aquellas fechas, en las que la esencia que lo caracterizaba era la absoluta discrecionalidad de la Administración. GONZÁLEZ DE JUNGUITU expuso en aquellos momentos las diferencias existentes entre la subasta y el concurso: la primera daba lugar a la adjudicación a la oferta más ventajosa, mientras el concurso adjudicaba el contrato de la proposición más conveniente, lo que implicaba un alto grado de libertad para la Administración; la subasta era un acto público y solemne, mientras que *“en el concurso la Corporación adopta el acuerdo, que juzga pertinente, en vista de las proposiciones presentadas, sin que tal acuerdo haya de amoldarse a un procedimiento especial”*; en las subastas era precisa la consignación de un depósito previo para participar, y tal requisito no se exigía en el concurso (el tiempo ha extendido esta exigencia también al concurso); y por último, en las subastas, las proposiciones se presentaban en el mismo momento de su celebración, mientras que en los concursos se formulaban durante el plazo en que estaban convocados (en este caso, el tiempo ha extendido la fórmula en dirección contraria, es decir, también a la subasta).

Exponen DELGADO y DE ARRIAGA que el concurso se empleaba generalmente para aquellos contratos que por su importancia no podía celebrar el Gobierno por sí y requería una ley especial conforme al art. 6º de la Ley de Contabilidad de 25 de junio de 1870 (se trataba de adjudicar contratos cuyas prestaciones eran muy sensibles: arrendamiento de rentas públicas, recaudación de contribuciones, arrendamiento de tabacos, etc.). Pero la especialidad no era únicamente objetiva, sino también aludía a las cualidades del contratista, pues en palabras del mismo autor, *“esta clase de contratos, por su misma importancia y naturaleza especial de los servicios que constituyen su objeto, no pueden estimarse suficientemente asegurados en su ejecución y cumplimiento con la sola garantía material que la fianza ofrece, sino que es preciso procurar otras de carácter moral en la persona o entidad que ha de subrogarse a virtud del contrato en las facultades y derechos peculiares y privativos de la Administración, y de cuyo abuso pueden resultar conflictos y perjuicios, tanto para la Administración misma como para los administrados, por lo cual es preciso otorgar al Gobierno la más amplia facultad de apreciar en cada caso y con relación a cada persona aquellas circunstancias puramente subjetivas que garanticen el más fiel cumplimiento del contrato”*⁴⁶.

Puede intuirse que también el concurso se dibujó en el siglo XIX de forma muy similar a como hoy lo conocemos. Y si en nuestro tiempo la discrecionalidad es el aspecto más controvertido de la figura, en sus orígenes era enormemente valorada. DELGADO y DE ARRIAGA ofrecen una definición del concurso, al que conceptúan como *“el acto público y solemne, al cual concurren o pueden concurrir todos los que deseen interesarse en la ejecución de un servicio u obra pública, formulando las proposiciones que estimen convenientes, las cuales se reserva la Administración aceptar o rechazar libremente”*.

⁴⁶ DELGADO y DE ARRIAGA: *Contratos administrativos*. Op. cit., pág. 48.

Es decir, se ponía el acento en la discrecionalidad de la Administración, pues la aceptación o rechazo podía hacerse libremente; para el citado autor *en “el concurso la Administración, en uso de sus facultades discrecionales amplísimas, puede aceptar la proposición que estime más conveniente a los intereses públicos, aunque no resulte la más ventajosa en cuanto al precio ofrecido, y hasta rechazarlas todas”*. En apoyo de sus ideas, cita un auto del Tribunal contencioso-administrativo de 7 de octubre de 1892, según el cual *“en todos los concursos es enteramente libre y discrecional la facultad de la Administración, por ser un derecho inmanente y esencial de la misma, que no puede considerarse renunciado por circunstancia alguna, el de adjudicar la obra o servicio de que se trate a cualquiera que haya presentado proyecto o proposición, siempre y cuando haya llenado por su parte las condiciones previamente fijadas, siendo ésta la única limitación impuesta a aquella facultad, por lo cual la real orden adjudicando una obra por concurso no puede ser materia de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa”*.

DELGADO y DE ARRIAGA elogiaron el concurso y dijeron que es preferible a la subasta; admite que entraña riesgos si se hace un mal uso del mismo, pero esto conllevaría una desventaja práctica para la Administración, y expone la garantía que supone el hecho de que normalmente la ley que autorizaba el concurso establecía la participación en la contratación de *“cierto número de senadores, diputados o personas de reconocida respetabilidad y competencia, cuya intervención constituye una mayor garantía de acierto e imparcialidad”*. Por todo ello, entendían ellos que los inconvenientes que pudiera presentar el concurso se atenuaban *“ante los mayores riesgos y peligros que pudiera traer consigo el subordinarlo todo al exclusivo criterio de una utilidad o ganancia material, codiciosa y mal entendida”* (se referían, pensamos, a la utilización de la subasta pretendiendo únicamente un precio interesante para la

Administración). DELGADO y DE ARRIAGA sostienen que el concurso ha demostrado excelentes resultados en la práctica de particulares y empresas *"más celosas de sus propios intereses que el Estado mismo, y que la clave de su éxito estaba asegurado (no podía ser de otro modo) siempre que presida en ellos la buena fe, rectitud e imparcialidad que son indispensables al mejor cumplimiento de todo contrato"*.

Por su parte, el art. 40 también contempla una serie de supuestos excepcionales, eximidos de la celebración de subasta y de concurso, muy parecidos a los que ya contempló el Real Decreto de 1883, si bien la previsión de exención por razón de la cuantía fue objeto de reforma por el Real Decreto de 12 de julio de 1902, que introdujo una modulación en función de la mayor o menor población de los Ayuntamientos. En estos casos exceptuados de las formalidades, debía preceder la declaración expresa del Gobernador de la provincia para el caso de los Ayuntamientos, o del Ministro de la Gobernación, para el caso de las Diputaciones provinciales. Sin dicha declaración, el contrato sería inválido, *"siendo personalmente responsables de los perjuicios que se irroguen, los Concejales o los Diputados provinciales, que acuerden la celebración del contrato o lo aprueben"* (art. 41).

Finalizaremos el análisis de la Instrucción de 1900 aludiendo a que la misma establece un tratamiento reforzado de las garantías que la Administración ostentaba para la asegurar la ejecución de los contratos para el alumbrado y limpieza públicos. La especialidad respecto al contrato de alumbrado venía justificada, según la propia Exposición de motivos del Real Decreto, *"no solo de las ventajas que al ornato público reporta y de las comodidades que proporciona a los habitantes de un pueblo, sino también de causas relacionadas íntima y directamente con el interés general público; poblaciones sin luz, aparte del bajo grado de cultura que su carencia denuncia, aparte de*

las molestias que al vecindario origina ésta, son centros a donde el malhechor acude para, guarecido en la sombra, buscar la impunidad del delito; y respecto del contrato de limpieza, porque la aconsejan la cultura, el ornato y, sobre todo, la higiene pública...puesto que de no practicarse debidamente, pueden originarse focos de infección que afecten a la salud pública, no solo de la población donde exista la falta de limpieza, sino que también a la de otras más o menos cercanas, por el peligro del desarrollo de una epidemia”.

La Instrucción de abril de 1900 fue modificada mediante Real Decreto de julio de 1902, como hemos apuntado al hablar de su artículo octavo, pero tal reforma, fuera de lo expuesto, no supuso mayor cambio en sus criterios que deban ser objeto de atención especial.

1.3.7.4.- Algunas otras normas sobre la materia.

El siglo XIX concluyó sin que se dictase ninguna otra norma de relieve en materia de contratación administrativa; tal como avanzamos al principio, nos hemos centrado en las normas de más calado, pues en esta época (aunque también en la que sigue) existía una gran dispersión en la regulación de la materia. A modo de conclusión del repaso del siglo diecinueve, sólo expondremos algunos ejemplos de normas que exceptuaron la gran regla general de utilización de la subasta pública. Así, el Decreto de 14 de abril de 1873, relativo a la celebración de contratos para los servicios de las minas del Estado, estableció excepciones por razón de la cuantía, la urgencia y para aquellos contratos que tenían por objeto *“la adquisición de máquinas, instrumentos y aparatos que por su especialidad o condiciones singulares haya precisión de mandar construir y comprar en las fábricas por medio de personas peritas”*. También lo hizo el Real Decreto de 2 de mayo de 1876 que dispuso la utilización del concurso para la celebración de contratos de arriendo

de edificios con destino al servicio público, mediante la fijación de anuncios invitando a los dueños de locales para que presentaran proposiciones durante un plazo de tres meses. Se exceptuaron también de la subasta, gracias al Real Decreto de 12 de febrero de 1878, los contratos para adquisiciones destinadas a las Casas de Moneda y minas, los de compra y recomposición del mobiliario de todas las dependencias del Ministerio de Hacienda, las obras de reparación en edificios del Estado, y los servicios que debieran ejecutarse en oficinas donde se custodiaban caudales o efectos de valor. Y el Real Decreto de 16 de febrero de 1877 reflejó una excepción muy amplia para contratos del servicio de correos, a los que dispensó de las formalidades de subasta, concurso y escritura en los siguientes supuestos:

- 1º.- Los que tengan por objeto la construcción, reparación, entretenimiento, alumbrado y calefacción de los vagones correos propios del Estado y la adquisición y renovación de los casilleros, estantería, mobiliario y utensilios de los departamentos ocupados por las oficinas ambulantes del ramo en los pertenecientes a las Compañías.
- 2º.- Todo gasto de material, obras o mobiliario, de cualquier clase y naturaleza, cuyo importe no exceda de 1.250 pesetas.
- 3º.- Todo servicio de naturaleza evidentemente transitoria o provisional, cuya duración no exceda de tres meses, y en general todos aquellos cuya extrema urgencia sea incompatible con la solemnidad y lentos trámites de la subasta.
- 4º.- Los gastos que ocasione el transporte de las valijas, paquetes y sacas de correspondencia desde los vagones correos a los andenes exteriores de las estaciones donde se hallen los funcionarios encargados de recibirlas y viceversa, siempre que su excesivo número y peso exija el empleo de

brazos ajenos a la Administración, tanto dentro de dichas estaciones como en cualquier otro punto de las líneas donde sea preciso hacer aquel trasbordo.

5º.- La remuneración que con posterioridad al servicio prestado haya de satisfacerse a los barqueros, empresas de carruajes o cualesquiera otras agencias de transporte en los casos de interceptación de carreteras, vía o puente que detenga el curso de la expedición.

1.4.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE NUESTROS ACTUALES SISTEMAS EN EL SIGLO XX.

1.4.1.- LA LEY DE ADMINISTRACIÓN Y CONTABILIDAD DE 1 DE JULIO DE 1911: SUBASTA, CONCURSO Y CONCIERTO DIRECTO.

El 1 de octubre de 1910, el Ministro de Hacienda Cobián presentó su proyecto de Ley sobre Administración y Contabilidad que, esta vez sí, cristalizaría en la Ley de 1911 que vamos a tratar. Hay que resaltar que el texto fue casi una reproducción de aquel otro proyecto de Gamazo que hemos citado anteriormente⁴⁷.

Esta Ley de Administración y Contabilidad fue el primer hito en cuanto a la regulación de los sistemas de adjudicación de obras y servicios en el siglo veinte; ciertamente, el principio general del que partió la norma era el mismo que venía marcando la normativa sobre contratación pública desde sus orígenes, y así su art. 47 declaraba que *" todos los contratos de obras o servicios por cuenta del Estado, se*

⁴⁷ Así lo reconoció su preámbulo al decir que se aceptaba la idea de traer las materias de contratación de servicios y obras públicas a la Ley de Contabilidad, *como se hizo en el proyecto de 10 de mayo de 1893 y siendo quien fue su ilustre autor, maestro en las ciencias y en la práctica del Derecho, no hay para qué decir el exquisito cuidado que se ha puesto en conservar íntegra su labor jurídica.*

realizarán por subasta pública, excepto los determinados en esta ley”.

En el marco de esas posibles excepciones se contemplaba la utilización del concurso, cuya utilización podía ser dispuesta por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto, en una serie de supuestos tasados:

- 1º.- *Los que versen sobre compra de efectos que hayan de adquirirse necesariamente en el extranjero.*
- 2º.- *Los de adquisición de efectos respecto a los que no sea posible la fijación previa de precio.*
- 3º.- *Los que por su naturaleza especial exijan garantías o condiciones también especiales por parte de los contratistas.*
- 4º.- *Los que en la Administración se reserve la facultad de elegir entre los proyectos, modelos o diseños que presenten los establecimientos industriales o fabriles destinados a las construcciones de los efectos objeto del contrato, por no estimarse conveniente la fijación previa de un proyecto o diseño especial técnico, siempre previa audiencia del Consejo de Estado.*
- 5º.- *Los contratos sobre arrendamientos de locales con destino a oficinas del Estado o a dependencias de las mismas, en que también sea conveniente que la Administración se reserve el derecho de elegir el que resulte más a propósito de entre los que se le ofrezcan.*

Como tendremos ocasión de estudiar, el régimen de la aplicación del concurso es distinto en la actualidad, de modo que su aplicación no tiene el carácter excepcional que presentaba en las fechas que ahora analizamos; parece desde luego muy restrictiva la

acotación de supuestos para su utilización, y la exigencia de autorización mediante Real Decreto del Consejo de Ministros.

Advertida la diferencia en cuanto al régimen de utilización de la forma de adjudicación, los supuestos que se preveían en 1911 guardan alguna similitud con aspectos actuales.

Los supuestos segundo y cuarto que contempla el art. 52 de la Ley de 1911 es plenamente aplicable en la actualidad, pues el apartado a) del artículo 134.3 LCSP dispone que la utilización de más de un criterio (concurso, hasta ahora) procederá, en particular, en la adjudicación de los contratos *"cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores"* y según su apartado b), para aquellos contratos para los que *"el órgano de contratación considere que la definición de la prestación aprobada por la Administración es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución"*.

El tercer supuesto de aplicación del concurso en 1911 se refería a la exigencia de garantías o condiciones especiales a los contratistas; actualmente esa preocupación parece motivar la utilización una pluralidad de criterios únicamente en aquellos contratos para la realización de los cuales facilite la Administración materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija las mencionadas garantías especiales (art. 134.3.c) LCSP).

Y como tercer nivel, el más excepcional de los procedimientos de adjudicación, el art. 55 de la Ley de Administración y Contabilidad exceptuó de las solemnidades de la subasta o concurso, pudiendo ser *concertados directamente por la Administración*, los supuestos siguientes:

- 1º.- *Los que se refieran a operaciones de deuda flotante y a las negociaciones de efectos públicos, descuentos y traslación material de fondos.*
- 2º.- *Los en que, por versar sobre efectos o materias cuyo producto disfrute privilegio industrial, o sobre cosas de que haya un solo productor o poseedor, debidamente justificado en el expediente, no sea posible promover concurrencia en la oferta.*
- 3º.- *Los contratos de reconocida urgencia que por circunstancias imprevistas demandaren un pronto servicio que no dé lugar a los trámites de la subasta.*
- 4º.- *Los en que la seguridad del Estado exija garantías especiales o gran reserva por parte de la Administración.*

Para la celebración de contratos acogiéndose a las excepciones 2ª a 4ª era preciso un previo Real Decreto de autorización, y para la 2ª y 3ª, además, el dictamen del Consejo de Estado.

Además de las posibilidades expuestas hasta aquí, se admitía una serie de supuestos en que se exceptuaban la subasta y el concurso, pudiéndose ejecutar por la Administración (art. 56):

- 1º.- *Los que no excedan de 25.000 pesetas en su total importe, o de 5.000 las entregas que deban hacerse anualmente, siempre que éstas no excedan de 10.*
- 2º.- *Los que después de dos subastas consecutivas sin haber licitadores se realicen dentro de los precios y condiciones que sirviesen de tipo para la subasta.*
- 3º.- *Los que hubiesen sido anunciados a concurso que resultare desierto, bien por no haberse presentado proposiciones o porque las presentadas hayan sido declaradas inadmisibles.*

En tal caso el servicio se realizará en las mismas condiciones fijadas para el concurso.

4º.- Los transportes de personas o efectos pertenecientes a los ramos de Guerra y Marina, cuando se hayan de ejecutar en ferrocarriles o por Empresas de transportes marítimos que se rijan por tarifas aprobadas por el Gobierno.

5º.- Los de compra de ganado caballar y mular para el Ejército.

6º.- Los de ejecución de obras y servicios que se realicen en los parques, arsenales y, en general, en los establecimientos industriales o fabriles del Estado; pero no la adquisición de primeras materias para dichas obras.

El art. 66 contemplaba una excepción generalizada para supuestos extremos, que hoy casi pudieran asimilarse a los que avalan la utilización de la tramitación de emergencia: *"En casos de guerra, epidemia oficialmente declarada o revolución, podrá suspenderse por Real decreto acordado en Consejo de Ministros, con audiencia del de Estado, y dando después cuenta a las Cortes, la observancia de las disposiciones contenidas en este capítulo para la contratación de servicios perentorios y urgentes del Ejército y de la Marina, cuando no sea posible cumplirlas sino imposibilitando o entorpeciendo su movimiento".*

Ciertamente, la Ley de 1911 dedica su mayor atención a estas reglas de selección de contratistas, pues mucho menos lo hace en relación a descripción de trámites administrativos; posiblemente porque a estas alturas en la normativa de contratación pública se han depurado ya mucho los pasos a dar en la tramitación de los expedientes de contratación. No obstante, repasaremos a continuación las contadas reglas que la norma impone.

El art. 48 exige que las subastas se anuncien con veinte días, al menos, de anticipación, en la Gaceta de Madrid, en el Diario oficial de Avisos de las poblaciones directamente interesadas, y en los Boletines oficiales de la provincia. También podría reducirse el plazo en casos de urgencia, sin que aquél bajase de diez. Se detalla el contenido del anuncio, en el sentido de que debía indicar el lugar, día y hora en que se celebraría la subasta, la autoridad ante la cual se verificaría el acto, la forma en que tendría lugar, el modelo de proposiciones y las condiciones y garantías exigibles a los licitadores tanto para tomar parte en la subasta como para cumplir el servicio licitado (en particular, la Ley exigía expresamente que constara en los pliegos de subasta o concurso la limitación de que sólo se admitirían las proposiciones de aquellos que acreditasen disponer de una determinada cantidad del género demandado o poseer los elementos necesarios para una fabricación determinada, cuando ello fuera condición esencial de la licitación; así mismo debían constar las penalizaciones contempladas para los posibles incumplimientos del contratista). *“Queremos resaltar que el art. 60 disponía que se entenderá implícita siempre, en todo contrato, la condición de que las cuestiones a las cuales de origen, que no se puedan resolver por las disposiciones especiales sobre contratación administrativa, se resolverán por las reglas del derecho común”*; lo resaltamos por cuanto parece que comienza a esbozarse un régimen jurídico de los contratos administrativos cercano al que hoy conocemos.

Las proposiciones habían de presentarse necesariamente por escrito en pliego cerrado, y junto al anuncio debían publicarse los pliegos de condiciones o si alguna causa lo impedía, designar el sitio en que estuvieran de manifiesto con las relaciones, memorias, planos, modelos, muestras y *demás que sea necesario conocer para su mejor inteligencia*. El pliego debía contener el tipo o precio del servicio a contratar (con lo cual obligatoriamente sería objeto de publicidad), salvo en los supuestos en que las leyes establecieran reserva del

mismo o circunstancias especiales así lo exigieran a juicio del Gobierno; en estos casos el precio se consignaba, como venía siendo norma, en un pliego cerrado que el Ministro remitía a la autoridad o funcionario que presidía la subasta, para que después de leídos los de las proposiciones de los particulares procediera a su apertura y a la adjudicación del servicio *si las propuestas estuviesen arregladas a las condiciones prescritas*.

Como venía siendo habitual en la normativa sobre subastas, se prevé la solución para el caso en que se produjera un empate entre proposiciones: en tales casos el propio anuncio debía prevenir que en mismo acto se verificaría una licitación mediante pujas a la llana durante un plazo de quince minutos entre los autores de las proposiciones iguales. En caso de persistir la igualdad, el empate se dirimiría mediante sorteo.

Es importante también tener en cuenta que en esta Ley no se habla con el mismo rigor de aprobación superior de la adjudicación; se expresa que la adjudicación provisional se dictaría a favor de quien presentase la proposición más ventajosa y ajustada a las condiciones de la subasta, y que los contratos celebrados con arreglo a las prescripciones de la propia Ley no podrían ser anulados sin audiencia del Consejo de Estado (art. 50), y que para los contratos celebrados mediante subasta o concurso de importe superior a 250.000 pesetas (cantidad elevada a 500.000 pesetas mediante Real Decreto de 27 de marzo de 1925) haría falta informe del Consejo de Estado acompañando los pliegos de condiciones (art. 57). FERNÁNDEZ DE VELASCO justifica la aprobación superior de los contratos en la importancia económica de los mismos y en la necesidad de atender a aquellos intereses que el Estado debe vigilar atentamente. Sintetizó la cuestión, aclarando que el requisito de la aprobación superior se centra fundamentalmente en las Corporaciones Locales. Para la Administración central rige el informe que acabamos de exponer, y se

exigía además acuerdo del Consejo de Ministros y previo informe del Consejo de Obras públicas para que el Gobierno pudiera realizar obras de reparación o urgentes de nueva construcción; para otra serie de organismos se exigía a veces la autorización y otras la aprobación (Juntas de Obras de puertos y Juntas de Canales de riego y pantanos, por ejemplo). En definitiva, lo importante respecto de esta cuestión es saber que la eficacia del contrato quedaba pendiente del cumplimiento del requisito: la autorización tenía carácter previo de modo que si no se obtenía, la autoridad no podía contratar válidamente, y la aprobación actuaba como una condición suspensiva, de manera que mientras no se dictara, el contrato no se perfeccionaba⁴⁸.

En la línea ya cuajada por la normativa anterior, se establece la penalización de los rematantes que no cumpliesen las condiciones para formalizar el contrato o no lo hiciesen en plazo; en esos casos se anularía el remate, con los siguientes efectos:

- 1º.- La pérdida de la garantía o depósito a favor del Estado como indemnización del perjuicio ocasionado por la demora en el servicio.
- 2º.- La celebración de un nuevo remate bajo las mismas condiciones, pagando el primer rematante la diferencia respecto del segundo.
- 3º.- Si al nuevo remate no acudiera ninguna proposición admisible, el servicio sería ejecutado por la propia Administración o se adjudicaría por contratación directa, respondiendo el rematante del mayor gasto que pudiera originarse respecto de su proposición.

⁴⁸ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *Los contratos administrativos*. Op. cit., págs. 114 y 115.

Respecto a los concursos, se estableció una semejanza de trámites, de modo que habían de anunciarse con la misma anticipación, en los mismos medios, y con el mismo contenido que las subastas. No obstante, y atención a las especiales características, se previene que si el concurso se refería a efectos que hubieran de adquirirse en el extranjero, se anunciaría con sesenta días de anticipación en los mismos periódicos oficiales y además en uno o varios de los de más circulación de la nación respectiva (art. 53).

Finalmente, hemos de indicar que las actas de las subastas y concursos habían de ser autorizadas por notario, e incluso en los casos de contratación directa, los pactos previos debían formalizarse en escritura pública (art. 63).

Nos interesa destacar, sobre todo, de la Ley de Contabilidad y Hacienda de 1911, el hecho de la expresa previsión del concurso como forma de contratación, de modo que se distinguen en la norma los perfiles propios de los tres sistemas que hoy conocemos: subasta, concurso y adjudicación directa (hoy procedimiento negociado). FERNÁNDEZ DE VELASCO sistematizó las tres vías (más la ejecución por administración), a las que caracterizaba como el segundo momento de la contratación (en el primero se había producido la oferta de la Administración al hacer público un pliego de condiciones, y en este segundo confluía la aceptación del particular); para él, *"cuando la aceptación es automática, en el sentido de que la preferencia tiene que establecerse en relación con el mejor postor, se produce la subasta; si la Administración se reserva el derecho de aceptar libremente alguna proposición, o de rechazarlas todas, se trata del concurso; si en el contrato, prescindiéndose de esas formalidades, se encomienda a un contratista el servicio o la obra, tenemos la contratación libre; si el servicio o la obra se realiza directamente por*

*la Administración, se dice que se trata de servicios u obras por administración*⁴⁹.

1.4.2.- EL ESTATUTO MUNICIPAL DE 8 DE MARZO DE 1924, EL PROVINCIAL DE 20 DE MARZO DE 1925 Y EL REAL DECRETO DE 2 DE JULIO DE 1924, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PARA LA CONTRATACIÓN DE LAS OBRAS Y SERVICIOS A CARGO DE LAS ENTIDADES MUNICIPALES.

El Estatuto Municipal de 1924 siguió el mismo esquema planteado por la Instrucción de 1900 y la Ley de 1911, de manera que su art. 161 dispuso que los contratos de obras y servicios municipales se verificarían por regla general mediante subasta, y en los casos expresamente previstos, por concurso, gestión o contrato directo. El propio precepto expresa que la subasta debía tener lugar en el Ayuntamiento.

La subasta había de anunciarse con una antelación mínima de veinte días (que debían considerarse hábiles en aplicación del art. 3º del Reglamento de Procedimiento Municipal de 23 de agosto de 1924) en la Gaceta y Boletín Oficial, o sólo en este último si la cuantía del contrato no excedía de 100.000 pesetas. Respecto del contenido del anuncio, las exigencias eran idénticas a las establecidas por la Ley de 1911.

También el modo de resolver los empates era igual al que venía rigiendo: pujas a la llana durante quince minutos, y sorteo si la igualdad persistía.

Un pequeño matiz diferente se estableció respecto de la intervención de notario, ya que según el Estatuto Municipal sólo sería precisa en las subastas cuya cuantía excediera de 50.000 pesetas.

⁴⁹ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *Los contratos administrativos*. Op. cit., pág. 109.

Realmente, el Estatuto Municipal efectúa una aproximación al régimen de contratación establecido por la Ley de Administración y Contabilidad, y eso puede apreciarse claramente en los aspectos que hemos expuesto. Pero también efectúa alguna remisión expresa, como hace para los supuestos de aplicación del concurso; éste se admitía en los casos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 52 de aquella Ley de 1911. Respecto a las condiciones del anuncio, también se prescribe la asimilación plena a la subasta.

Por último, el art. 164 del Estatuto Municipal establece una serie de supuestos exceptuados de la subasta y el concurso, y que podrían ser concertados directamente por el Ayuntamiento o ejecutados por administración:

1º.- Los contratos que no excedan de 15.000 pesetas en su total importe, o de 1.500 pesetas las entregas que deban hacerse anualmente, siempre que no sean más de diez, en los Municipios mayores de 100.000 habitantes; de 10.000 pesetas en los mayores de 25.000 y menores de 100.000; de 5.000 pesetas en los mayores de 10.000 y menores de 25.000, y de 2.500 pesetas en los restantes, siendo aplicable a esta escala la misma proporción de anualidades indicada en primer término.

Es muy interesante esta previsión de contratación directa por razón de la cuantía, en tanto que distingue posibilidades en función de la población de la Entidad Local; es bien sabido que la generalización del régimen jurídico es muy problemática en los entes locales, pues la gestión es bien distinta en función de la capacidad de cada Ayuntamiento. El establecimiento de una escala como la reproducida puede ser más o menos acertada, pero nos interesa

destacar que responde a la sensibilidad de esa diferente capacidad de los municipios.

- 2º.- *Las contratas que se refieran a operaciones de Deuda, negociación de efectos o traslación material de fondos.*
- 3º.- *Las contratas en que no sea posible la concurrencia por versar sobre efectos o materias objeto de propiedad industrial y sobre cosas de que haya un solo productor o poseedor.*
- 4º.- *Las contratas de reconocida urgencia que, por causas imprevistas, demanden un pronto servicio que no diere lugar a los trámites de la subasta.*
- 5º.- *Las contratas que, después de dos subastas consecutivas sin haber licitadores, se realicen dentro de los plazos y condiciones que sirviesen de tipo para la subasta, o que después de un concurso que resultare desierto, se realicen en las mismas condiciones fijadas para éste.*

También para la utilización de estas excepciones se establecía un régimen especial de garantías, no basada en autorizaciones externas, sino que para todos los supuestos menos el primero debía sustanciarse un expediente sumario con informe de los técnicos o funcionarios municipales, y acordarse por los votos favorables de dos terceras partes del Pleno municipal; en el supuesto cuarto bastaba la aprobación por las dos terceras partes de la Comisión municipal permanente. Debemos observar que la estructura de este régimen se asemeja a la actual: justificación previa en el expediente mediante informes, y aprobación por un órgano municipal (en la actualidad, también el recurso al procedimiento negociado ha de articularse previa justificación en el expediente, habitualmente mediante informes técnicos, y aprobación del órgano de contratación). El Reglamento de 1924 que más adelante estudiaremos con detalle avanzó aún más en las garantías de procedimiento al exigir que los

informes que acreditaran la exención de subasta o concurso *deberán exponerse en forma clara, precisa y concreta, a fin de que el acuerdo que recaiga sea adoptado con exacto conocimiento de causa* (art. 37). ALBI⁵⁰ entendía que no era suficiente en todos los casos con el informe; para el citado autor, en los casos en que legalmente era precisa la justificación documental, ésta debía aportarse al expediente y completarse con el informe; y en los casos discrecionales bastaría con el informe. No obstante, ALBI recoge las siguientes palabras de la STS de 8-11-1927: *“el trámite del expediente sumario puede estimarse cumplido con el informe del técnico municipal encargado de la Dirección del Hospital, el cual, después de una minuciosa investigación en busca de la opinión de personas de gran prestigio científico y autoridad en la materia, termina por afirmar que la casa...de Berlín fabrica un tipo de instalación de Rayos X que, por su rendimiento y coste, llena por completo las necesidades que se buscan, con lo cual implícitamente manifiesta que se refiere concretamente a esta casa, o sea a cosas en que hay un solo productor o proveedor”*.

El sistema de contratación administrativa del Estatuto Provincial siguió fielmente el expuesto para los municipios, pues su art. 119 remite a los arts. 161 a 165 del Estatuto Municipal y al Reglamento que analizamos a continuación, sin otra modificación que eximir de la necesidad de subasta o concurso los inferiores a 25.000 pesetas en su total importe o a 2.500 pesetas en cada una de las entregas que deban hacerse anualmente, siempre que no sean más de diez.

⁵⁰ ALBI, F.: *Los contratos municipales*. Op. cit., pág. 126.

1.4.2.1.- El Reglamento para la contratación de las obras y servicios de las Entidades municipales.

Pero es el Reglamento para la contratación de las obras y servicios de las Entidades municipales, aprobado por Real Decreto de 2 de julio de 1924, el que presenta un mayor interés por dos razones fundamentalmente: por la generosidad de detalle con la que regula la contratación municipal, y porque su Exposición de Motivos expresa lo que veníamos apuntando, esto es, la voluntad de continuar en lo esencial con el sistema contractual vigente, incorporando únicamente algunas medidas encaminadas a lograr agilidad administrativa y lucha contra el fraude. Así, como no aspiramos a mejorar las palabras de la Exposición, transcribiremos las originales: *"Respetando los principios fundamentales, comunes a toda licitación, que figuraban en la legislación anterior, ha habido, sin embargo, que introducir importantes variaciones en el procedimiento, encaminadas unas a dar mayores facilidades a los Ayuntamientos de más de 100.000 almas para la contratación por gestión directa; conducentes otras a impedir, o al menos a dificultar, la confabulación inmoral de los llamados "primistas", a cuyo efecto se rebaja a 10.000 pesetas el tipo de las subastas que han de celebrarse por el sistema de presentación de pliegos durante la media hora siguiente a la señalada para la licitación, e inspiradas todas en el criterio de autonomía, base primordial del Estatuto"*.

1.4.2.1.1.- Aspectos procedimentales: publicidad, fraccionamiento del objeto, celebración del acto público, pliegos, modalidad ordinaria y modalidad simplificada, secreto de las proposiciones y forma de presentación.

En materia de publicidad de las subastas y concursos, el Reglamento amplió la prevista por el Estatuto, disponiendo la obligación adicional de publicar un sucinto extracto en dos periódicos

no oficiales de la localidad si los hubiere (si no los hubiere y el contrato excediese de 15.000 pesetas, debía anunciarse en los de la capital de la provincia), y en los lugares que la Corporación tuviera ordinariamente destinados para fijación de edictos y anuncios, cuidando de renovarlos si fuere preciso (art. 2º). Si en el anuncio oficial no se publicaba el pliego, debía ofrecerse un extracto, pero atención, el Reglamento detalla también cuál debía ser el contenido del extracto, y no pensemos que es escueto. Según el art. 7º, dicho extracto debía expresar: *“ el objeto de la subasta, el lugar, el día y la hora en que haya de celebrarse, la autoridad o funcionario que haya de presidir el acto⁵¹, el tipo de la subasta, el modelo a que haya de ajustarse la proposición, el plazo y lugar en que hayan de presentarse los pliegos, así como las condiciones y depósito provisional que se exija a los licitadores, señalando la cantidad líquida a que este último ascienda, la fianza definitiva que haya de prestar el rematante, la duración del contrato y la época o plazos en que hayan de verificarse los pagos o haya de prestarse el servicio o realizarse las obras, el nombre del letrado o letrados que hayan sido designados para el bastanteo de poderes, y la oficina o dependencia de la Corporación en donde se hallen de manifiesto los pliegos de condiciones y demás a que se refiere el artículo 8º de este Reglamento”*. En cualquier caso, y como ya era un principio consolidado en la materia desde 1852, los pliegos de condiciones y documentos originales debían estar siempre de manifiesto en poder de la entidad municipal contratante.

Los gastos de publicidad corrían a cargo del adjudicatario, aunque el pago lo efectuaba inicialmente la Administración para

⁵¹ La previsión sobre la autoridad o funcionario que presidiera el acto carecía de cualquier virtualidad y era una expresión más bien retórica: nunca debía presidir un funcionario porque el propio art. 5 del Reglamento establecía quién debía hacerlo, y se refería al Alcalde, Teniente de Alcalde, Presidentes de la Junta de la Mancomunidad o Entidad local menor, o vocales en quienes éstos delegasen.

evitar mayor dilación, y lo repercutía posteriormente al empresario; ALBI hizo una enumeración detallada de los gastos que recaían en el rematante hacia 1944, cuyos conceptos no se quedaban únicamente en la publicidad, y que eran los siguientes: timbres del Estado (timbre de tres pesetas para el recibo de presentación de proposiciones, de cuatro pesetas y media para las propias proposiciones, de una peseta y media para las actas de la subasta, diverso para el primer pliego de las copias de las escrituras públicas), impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, contribución industrial y de comercio, contribución sobre las utilidades de la riqueza mobiliaria, contribución sobre la renta, honorarios notariales, y los propios anuncios.

Pone un importante énfasis el art. 3º en la preparación del expediente de contratación, ordenando la formación de proyectos, pliegos, presupuestos y precios, lo cual debía hacerse con especial cuidado cuando se tratase de obras que afectaran a las zonas marítima y militar de costas y fronteras; en estos casos, al proyecto debía acompañar el documento fehaciente en que la Autoridad superior militar de la provincia hiciera constar que las obras no dificultaban el plan general de defensa.

Y también se advierte de que bajo ningún concepto podrían las entidades municipales dividir la materia de contratación para que la cuantía permitiese eludir la celebración de subasta o concurso, si se trataba de objetos de una misma clase o de obras para un mismo servicio. Realmente estas dos últimas cuestiones no son nuevas, pues ya vimos que habían sido contempladas por la Instrucción de 1900, pero es que el Reglamento de 1924, dando por buenas, como hemos dicho, la mayoría de las normas vigentes en materia de contratación administrativa, hace una importante labor de compilación de manera que el resultado fue una completísima norma para la contratación municipal. Otra buena prueba de ello, y que ya venía siendo usual en todas las normas sobre la materia es la prohibición de celebrar

subasta o concurso si no existiera en el presupuesto ordinario el crédito suficiente para afrontar las obligaciones económicas, o sin que se hubiera formado el presupuesto extraordinario preciso (art. 4º)⁵².

Las subastas debían celebrarse en la capital del Municipio y ser presididas por el Alcalde o Teniente en quien aquél delegase, con la asistencia siempre de otro miembro de la Comisión municipal permanente designado por la misma; pero el Reglamento apura los detalles, y establece que si quien contrata es una Mancomunidad, la celebración tendrá lugar en la capital de la misma y será presidida por el Presidente o Vocal en quien delegue, asistido siempre de otro miembro de la Junta. Y otra posibilidad más: si quien contrata es una Entidad local menor, la subasta se celebrará en la Casa Consistorial, bajo la presidencia de quien lo sea de la Junta vecinal o del Vocal en quien delegue, y asistido de otro miembro de la Junta.

De los contratos que excedieran de 50.000 pesetas debía dar fe un notario, y en los de cuantía inferior la fe correspondería al Secretario de la Corporación, salvo que ésta acordara la asistencia de notario; en caso de que el fedatario correspondiente no acudiese sin causa justificada, la subasta se verificaría en el mismo local a las

⁵² Además, y según el art. 6º, *si la subasta fuera para contrato de duración mayor de un año, o exigiese recursos que carezcan del crédito correspondiente en el presupuesto anual en ejercicio, se consignará en el pliego de condiciones, con arreglo a lo expresado en el artículo 4º de este Reglamento, haberse acordado con el Ayuntamiento en pleno lo conveniente acerca del particular, de conformidad a lo dispuesto en el apartado 9º del artículo 153 del Estatuto, así como la distribución de la cuantía del contrato en el número de presupuestos anuales necesarios. Y como es lógico, el art. 26 obligaba a que cuando el contrato dure más de un año y, en su consecuencia, afecte a varios presupuestos ordinarios, será obligatoria con arreglo a lo expresado en el artículo 293 del Estatuto, la consignación en cada uno de ellos, mientras el contrato dure, de la cifra que según lo estipulado haya de pagarse anualmente.*

setenta y dos horas, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir el fedatario (art. 5º).

Es interesante también el contenido del art. 6º, por cuanto detalla el contenido obligatorio que debían tener los pliegos de condiciones (en la actualidad hemos vuelto a disponer de un listado detallado de este contenido en el art. 67 RGLCAP, y aunque estos preceptos puedan parecer demasiado minuciosos, tienen mucho valor a nuestro entender por su valor orientativo y facilitador del trabajo de los funcionarios públicos y por la seguridad jurídica que aportan a la relación jurídico-contractual). Obviaremos el comentario de la mayor parte de las prescripciones de ese artículo, pero queremos resaltar dos puntos de los que contiene: por un lado, si el pliego correspondía a obras debía obligatoriamente contener la obligación del rematante con relación a aquel Real Decreto de 20 de junio de 1902 (aquellas obligaciones laborales que en su momento comentamos); y por otro, si el contrato se refería a servicios de carácter permanente, y para evitar que hubiera algún lapso de tiempo en el que faltara la prestación del mismo, debía consignarse en el pliego *“ la obligación de que al término del contrato se entenderá éste prorrogado, hasta que realizadas dos subastas consecutivas dentro de los dos meses anteriores a la fecha en que finalice el contrato que esté vigente, al objeto de sustituirlo, se halle la Corporación municipal, si no lo hubiese conseguido, en las condiciones eximentes de subasta y concurso a que se refiere el apartado 5º del artículo 164 del Estatuto”*. Tales exigencias del art. 6º se referían a las subastas, sin que tuviesen aplicación al concurso, para el cual era el art. 36 el que marcaba el contenido obligatorio de sus pliegos (y no exigía, curiosamente, el tipo de la licitación, posibilidad que en la actualidad es excepcional, pero que en aquellas fechas se correspondía mejor con la elevada dosis de libertad que la Administración manejaba en los concursos; esta concepción venía reforzada por el art. 123 de la Ley Municipal, que admitía la posibilidad de licitaciones sin previa

fijación de precio y que habrían de llevarse a efecto necesariamente mediante concursos).

Establece también el Reglamento de 1924 una serie de supuestos que impedían contratar con la Administración municipal; no obstante no los reproduciremos por entender que no es este el lugar en que profundizar sobre la cuestión. Sólo diremos que los supuestos previstos guardan mucha cercanía a los que transcribimos al tratar el Real Decreto de 4 de enero de 1883.

En cuanto a las garantías para contratar, los artículos diez al doce del Reglamento sigue también el criterio de recopilar las prescripciones que desde el siglo diecinueve se habían ido detallando en diversas normas.

Como no podía ser de otro modo, vista la minuciosidad del Reglamento, se pormenorizó el desarrollo del acto público de la subasta, estableciendo dos sistemas: uno que podríamos llamar ordinario para los contratos de importe superior a 10.000 pesetas, y otro simplificado para los que no excedieran tal cuantía.

La primera gran diferencia entre ambos actos consistía en que las proposiciones del sistema simplificado se presentaban durante el plazo de media hora que a tal efecto abría el Presidente; por el contrario, en la tramitación que hemos denominado ordinaria el plazo para la presentación de los pliegos se contaba desde el día siguiente al en que se publicó el anuncio en el Boletín oficial de la provincia hasta el anterior al en que hubiera de celebrarse la licitación (para las subastas que sólo debían publicarse en el Boletín oficial según el Estatuto), o bien desde el día siguiente al en que se publicara el anuncio en la Gaceta de Madrid hasta el anterior al en que hubiera de verificarse la licitación (en aquellas subastas en que el anuncio

debiera insertarse en la Gaceta de Madrid, además de en el Boletín oficial de la provincia).

Otra diferencia formal entre ambos sistemas radica en que en el procedimiento simplificado el pliego con la proposición contenía también la cédula personal y la fianza, de manera que si en la apertura faltaba ésta última, el pliego era rechazado. En el procedimiento ordinario, sin embargo, el resguardo de la fianza debía presentarse por separado, de modo que si en el momento de la presentación no se aportaba tal fianza, el Reglamento prescribe que la proposición fuera rechazada en el propio acto de la entrega (art. 15).

Hemos visto hasta ahora la gran importancia que se otorga en la normativa sobre contratación administrativa al secreto de las proposiciones; se trata de un principio fundamental en la materia que en este Reglamento se apuntala con detalles de gran interés. Se dice en el mismo que los pliegos debían entregarse bajo sobre cerrado pero no de cualquier manera, sino *“a satisfacción del presentador, a cuyo efecto podrá lacrar, precintar o adoptar cuantas medidas de seguridad estime necesarias a su derecho en todos y cada uno de los sobres en que encierre su proposición, y en el anverso del que contenga y cierre todos los demás deberá hallarse escrito y firmado por el licitador...”* Es decir, de alguna manera se aconsejaba a los licitadores que cerraran sus sobres con lacre o como mejor pudiesen, y que la proposición fuera contenida por varios sobres. Pero las cautelas no acaban aquí, porque se dispone además que *“en el reverso, y cruzando las líneas del cierre, se hará constar por el presentador y por el funcionario que reciba el pliego, bajo la firma de ambos, que el pliego se entrega intacto, o las circunstancias que para su garantía juzgue conveniente consignar cada una de las citadas personas, pudiendo una y otra, además, hacer concurrir al acto de la*

entrega y recepción del pliego los testigos que tenga por conveniente”.

Tras la lectura de estas extremas medidas de seguridad nos asalta inevitablemente una pregunta: ¿se trata de un exceso de prevención del Reglamento, o realmente la corrupción de la Administración en este tipo de procedimiento era tan frecuente? Posiblemente era así, pues ALBI justificaba también las cautelas en el hecho de que en las subastas que excedían de 10.000 pesetas, los pliegos habían de estar varios días depositados en las oficinas municipales; él añadía, además, que los requisitos de seguridad expuestos constituían un mínimo que la Corporación podía aumentar libremente⁵³.

A la presentación de las proposiciones, el jefe o empleado de la oficina debía entregar obligatoriamente un recibo al licitador (la entrega de recibo está en la actualidad prevista por el art. 80.3 RGLCAP), previo pago de un timbre por parte de este último; el pago de dicho timbre era también requisito obligatorio para la admisión del pliego. Para mayor refuerzo de la seguridad se establecía que en la oficina municipal había de llevarse un libro-registro especial para los pliegos de proposiciones, y en él debía hacerse constar una serie de extremos entre los que veremos algunos de un enorme rigor: *“ el día y hora de la entrega...el número de sellos de lacre que contengan, con expresión de su color, y el nombre y domicilio del presentador...pudiendo consignarse, además, todas aquellas circunstancias que el presentador exija o el funcionario que efectúe*

⁵³ ALBI, F.: “Los contratos municipales”. Op. cit., pág. 188. En línea con tales ideas, ALBI reproduce parcialmente la Sentencia de 22 de junio de 1935: *ello no está en pugna con la facultad que la Municipalidad contratante tiene, ya que no se lo prohíbe el Reglamento, para establecer otras garantías a exigir, a los licitadores para tomar parte en la subasta que estimen procedentes y que pudiera ser en evitación de una confabulación o suplantación de pliegos...*

la recepción crea conveniente para la mejora identificación y seguridad del pliego”.

Y cuida el Reglamento de que los pliegos estén siempre bien custodiados, de modo que debían conservarse en la Caja de la Corporación, y al ser entregados por el funcionario del registro, el responsable de la Caja había de comprobar que recibía todos los que figuraban en los asientos correspondientes, y firmando un recibí al pie de cada asiento con una fórmula que también detalla la norma: *recibí para su custodia el pliego y resguardo a que se refiere este asiento.* Posteriormente, cualquier persona podía solicitar certificación de los pliegos presentados y de todas las circunstancias que constaran en el libro-registro, de modo que en caso de demora en la expedición del certificado, éste podía ser extendido por un notario a quien debían exhibirse los pliegos.

Por lo demás, el acto público de la subasta no presenta novedades que se aparten de las actuaciones que ya conocimos por las normas que precedieron a este reglamento de 1924. Tampoco se innova nada en relación a la adjudicación del remate (hemos de notar que hasta ahora se utilizaba muy poco el término de adjudicación), la formalización del contrato y los efectos de la falta de formalización por culpa del rematante.

Respecto del concurso, ya vimos que el Estatuto obligaba a efectuar la publicidad en iguales términos que en la subasta; por su parte, el art. 36 del Reglamento obligó a la redacción de pliegos de condiciones con especificación de las que debiera reunir la cosa objeto del concurso, y las necesidades que hubiera de satisfacer. También se establecía la obligación de expedir el oportuno recibo a la presentación de proposiciones, y sobre todo, se exponía la forma en que se adjudicaban los concursos de manera que se detecta la gran discrecionalidad de la Administración a la que antes nos hemos

referido: "*celebrado el concurso, la Corporación contratante acordará respecto a las proposiciones presentadas, eligiendo, previos los informes que considere oportunos, la que estime más conveniente con arreglo a las condiciones estipuladas*". La importancia de la discrecionalidad era puesta de manifiesto por la doctrina contemporánea, y así lo hizo ALBI, quien reflejaba que la discrecionalidad en el concurso era una concepción que corría pareja en la norma y en la doctrina jurisprudencial⁵⁴.

1.4.3.- LEY DE BASES DE 10 DE JULIO DE 1935, CÓDIGO DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN LOCAL DE 1941, Y LEY DE BASES DE RÉGIMEN LOCAL DE 17 DE JULIO DE 1945.

Por su parte, la Ley de Bases de 10 de julio de 1935 no aportaba ninguna novedad digna de mención al sistema de contratación que había establecido el Estatuto Municipal y su reglamento de desarrollo.

Y muy pocas novedades presenta también el Código de Gobierno y Administración Local de 1941, de manera que sólo tres cuestiones debemos reseñar. Por una parte, tras la adjudicación provisional del contrato se admitía la posibilidad de mejorar el tipo de adjudicación en una sexta parte de su importe dentro del plazo de tres días siguientes al de la adjudicación provisional; en estos casos se celebraba una nueva subasta por pujas a la llana (art. 795). Por otro lado, parece que va tomando cuerpo la autorización de las actas por

⁵⁴ Citaba para ello la STS de 19-12-1930 y el Auto de 7-10-1892 (citado ya por DELGADO y DE ARRIAGA, como sabemos); la primera de ambas resoluciones se refería expresamente al Reglamento de 1924, al decir que *pertenece a la potestad discrecional de los Ayuntamientos el aceptar o rechazar, en los concursos que celebren, las proposiciones presentadas por los concursantes que acudan dentro de las condiciones de la convocatoria, como lo reconoce el art. 36 del Reglamento para la contratación municipal...* ALBI, F.: "Los contratos municipales". Op. cit., pág. 106.

el Secretario de la Corporación; el art. 803 establece que *“las actas de subasta o concurso serán autorizadas por el Secretario de la Corporación, a condición de que pertenezca a las dos primeras categorías del Cuerpo de Secretarios y posea el título de Licenciado en Derecho. Cuando no concurren estas circunstancias, solamente deberán autorizarse por el Secretario de la Corporación las actas de subasta o concurso si su cuantía no excede de 50.000 pesetas, siendo necesaria la intervención de Notario en subastas o concursos de cuantía superior. La intervención del Secretario, a efectos de este artículo, es personal e indelegable”*. Como tercera cuestión, en esta norma vemos aparecer requisitos de solvencia exigidos a los licitadores (bien que formulados en unos términos que dejan traslucir algunos rasgos propios del legislador de la época): en los contratos celebrados por concurso o subasta de cuantía superior a 200.000 pesetas, las Corporaciones podían exigir antecedentes de solvencia, *“obligándoles a presentar, con expresión concreta en el pliego de condiciones, un pliego de referencias en el que se detallen las obras efectuadas con anterioridad, importancia de la empresa, medios de trabajo con que cuenta, incidencias de contratos anteriores y otros datos que contribuyan a formar conocimiento sobre su solvencia moral, técnica y económica”* (art. 800).

La Ley de Bases de 1945 generalizó la actuación del Secretario de la Corporación, sin aludir ya a la figura del notario, e introdujo la posibilidad de adjudicar contratos, como excepción a la subasta, mediante concurso o subasta-concurso.

Posteriormente, el Texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, plasmó los principios precedentes, de manera que si no innovó nada destacable en cuanto a supuestos excluidos de la subasta y el concurso, ni en cuanto a tramitación de los mismos, sí perfiló un poco más los

conceptos de subasta, concurso, y concurso-subasta. A la subasta aludía el art. 308 así: *"en las subastas se referirá la licitación únicamente al precio que ha de percibir la Entidad contratante o que haya de abonar ésta al arrendatario o concesionario. Del concurso se decía que en él podrán los concursantes proponer condiciones para la mejor realización de la obra o servicio, sin menoscabo de la aceptación de las condiciones obligatorias fijadas por la Corporación. Esta aceptará o rechazará las condiciones de libre iniciativa de los concursantes"*. Y el concurso-subasta, figura mixta que arrancaba su existencia en estos años⁵⁵, se concebía como aquel procedimiento que permitía *"tomar en consideración, además del precio, otras modalidades o garantías que, sin perjuicio de cumplir las condiciones del pliego, propongan u ofrezcan determinados concursantes"*. El concurso-subasta se presentaba como una variante del concurso (de hecho se regulaba incluso en el mismo precepto, el 307) y cabía para los mismos supuestos del concurso, si así lo acordaba la Corporación.

Otra cuestión de interés planteaba el Texto articulado, pues obligaba a exponer públicamente los pliegos de condiciones durante un plazo de ocho días en el Boletín Oficial de la Provincia, tras la aprobación por el pleno de la Corporación. Durante ese plazo podían presentarse reclamaciones que habían de ser resueltas por la misma Corporación (art. 312); la publicidad de los pliegos ha sido mantenida hasta el Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), y posteriormente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entendió que el art. 122 TRRL debía entenderse tácitamente derogado (informe 13/00, de 6 de julio); no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencia de casación de 22 de

⁵⁵ La figura del concurso-subasta aparece, según García de Enterría, en el art. 61 del Reglamento de 8 de septiembre de 1939, dictado en ejecución de la Ley de 19 de abril de 1939, sobre viviendas protegidas. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Dos regulaciones orgánicas...* Op. cit., pág.254.

junio de 2004, afirmó justo lo contrario, acogiendo el argumento de la sentencia de instancia en el sentido de que *“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...”*⁵⁶. Incluso el propio Tribunal Supremo sostuvo el criterio contrario a esta sentencia en otra de 20 de noviembre de 2006. Pues bien, en el Capítulo correspondiente a la actualidad, veremos cómo la cuestión ha quedado definitivamente zanjada merced a la derogación expresa que del artículo 122 ha efectuado la LCSP.

1.4.4.- LA LEY DE 20 DE DICIEMBRE DE 1952 Y EL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN DE LAS CORPORACIONES LOCALES, DE 9 DE ENERO DE 1953.

Las dos normas enunciadas constituyen sendos hitos en la regulación de la contratación administrativa española del siglo XX. Por ello hemos preferido por hacer un análisis de ambas normas en el mismo apartado; por ello y por el diferente tratamiento de muchas cuestiones que como veremos hacen ambas, a pesar de su cercanía en el tiempo.

En efecto, la publicación de ambas normas no distó en el tiempo ni dos meses (la Ley fue publicada en BOE de 24 de diciembre de 1952, y el Reglamento en BOE de 13 de febrero de 1953) y con su vigencia se cubría el espacio de la contratación administrativa del

⁵⁶ Un comentario más extenso sobre esta cuestión puede encontrarse en: BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A.: “Los pliegos de cláusulas administrativas particulares se deben publicar. Régimen especial en las concesiones de servicios públicos”. *El Consultor* núm 21, 15 de noviembre de 2004. Págs. 3577 y ss.

Estado y de la Administración local. Parece que con la evolución histórica de los instrumentos que venimos analizando, todo apunta a que el régimen contractual de la selección de contratistas debería ser muy uniforme en todas las Administraciones españolas; sin embargo, el estudio de las dos normas puede provocar cierta perplejidad, al comprobar cómo ello no es así.

Un análisis muy detallado de estas cuestiones fue efectuado por GARCÍA DE ENTERRÍA en los primeros tiempos de vigencia de estos instrumentos normativos, y con razón escribía que *"la trascendencia del propósito legislativo y su carácter orgánico y total debería haber impuesto, por de pronto, una unidad de criterio en la regulación de la materia; luego, una madurez doctrinal con relación al problema; por último, una clara discriminación de las finalidades a lograr...En menos de un mes han salido de sus manos dos regulaciones orgánicas de una importancia extraordinaria sobre el mismo tema, y en tal ocasión lo ha hecho mediante criterios, no ya unificados, sino en muchos puntos positivamente contrarios...Aclaremos que en ningún caso estas discrepancias están justificadas en la peculiaridad de los distintos órdenes administrativos a que respectivamente una y otra regulación se destinan. Se trata de una contradicción pura y simple, sin lenitivos"*⁵⁷.

1.4.4.1.- La Ley de 20 de diciembre de 1952.

La Ley de 20 de diciembre de 1952 fue dictada, como su título indicó, para sustituir la redacción del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, relativo a los contratos para la ejecución de obras y servicios públicos. Su propia Exposición de motivos narraba cómo la vigencia de aquellas normas de 1911 había sido suspendida mediante un Decreto-

⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Dos regulaciones orgánicas...* Op. cit., pág. 242.

ley de 22 de octubre de 1936, y resultaba más aconsejable una nueva regulación acorde con las nuevas circunstancias que el restablecimiento puro y simple de la ley original⁵⁸.

La Ley de 1952 siguió el esquema ya clásico en cuanto a los sistemas de adjudicación, si bien GARCÍA DE ENTERRÍA subrayó que la norma infligía una quiebra importante al principio del contratista interpuesto⁵⁹: para él, los supuestos en que la Administración podía ejecutar los contratos por sus propios medios pasaban de ser excepcionales a ofrecer un sistema alternativo al de la contratación con empresarios particulares. Ese era para GARCÍA DE ENTERRÍA el resultado práctico, pues aunque en el plano teórico la Ley parecía reducir los supuestos previstos para la ejecución por Administración, la enunciación prevista por la norma permitía el uso alternativo de ambos sistemas⁶⁰. Las circunstancias habilitantes requeridas por el art. 58 para la ejecución de obras o servicios por administración eran: que la Administración tuviera montados establecimientos técnicos o industriales suficientemente aptos para la ejecución total de la obra o servicio, o bien que poseyera elementos auxiliares que se pudieran

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA puso en cuestión que tal suspensión estuviera operativa invocando incluso la doctrina del Consejo de Estado, porque debía entenderse que la suspensión había perdido sentido al desaparecer las circunstancias excepcionales de la guerra civil. *Ibidem*, pág. 245.

⁵⁹ Tal principio fue formulado por el propio GARCÍA DE ENTERRÍA y ciertamente, como también ponía de manifiesto GARRIDO FALLA, se trata de un principio que dominaba, y sigue dominando amplios sectores de la actividad administrativa encaminada a realizar obras o servicios públicos. No es otro fenómeno sino el que poníamos de manifiesto al principio de este trabajo al exponer el recurso de las Administraciones públicas al sector privado para conseguir los fines materiales que persigue; sin que sea de nuestro interés avanzar más en la cuestión, no dejaremos de apuntar la reflexión de que el principio no sólo está vigente, sino que probablemente está en crecimiento si contemplamos el fenómeno de la externalización de servicios públicos que se produce en nuestro tiempo. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Op. cit., pág. 66.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 252.

emplear en ella, tan importantes que fuera de presumir, razonándolo adecuadamente, que mediante tal empleo se lograría una economía no inferior al veinte por ciento del importe del presupuesto de la obra o servicio o una mayor celeridad en su ejecución. Además, la Ley exigió como regla general la autorización del Consejo de Ministros, y que la adquisición de los materiales, materias primas y elementos en general necesarios para la ejecución de las obras y servicios por Administración, se verificara mediante subasta o concurso salvo en los casos en que cupiera la utilización del concierto directo (art. 58 bis).

El art. 49 de la Ley partía del citado clásico esquema: *“Los contratos para la ejecución de las obras o servicios públicos que se hayan de realizar por cuenta del Estado serán concertados mediante subasta pública, cualquiera que sea el origen y procedencia de los fondos con que haya de ser sufragado su coste, excepto en los casos específicamente relevados de esta forma de contratación por el presente capítulo”*.

Las subastas debían anunciarse en el BOE, en los Boletines Oficiales de las provincias donde hubieran de tener lugar y en los de aquellas a que afectasen las obras o servicios objeto de la contratación; tal anuncio se debía efectuar con un mínimo de veinte días hábiles de antelación a aquél en que debieran presentar la documentación y proposición los empresarios, y este plazo se podía reducir a la mitad en casos de urgencia y por Orden Ministerial, y era ampliado a cuarenta días naturales en caso de que la licitación versara sobre efectos a adquirir en el extranjero (en este último caso el anuncio debía hacerse en el BOE y en uno o dos periódicos de los de mayor circulación de la nación respectiva) La Ley no estableció, sin embargo, ningún plazo máximo para que la Administración dictara la adjudicación definitiva del contrato.

El art. 54 de la Ley concretó en ocho los supuestos en que cabía la utilización del concurso como excepción a la subasta⁶¹, manteniéndose la exigencia de autorización previa; esta autorización previa debía otorgarse en la mayoría de los casos mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, y en sólo dos supuestos mediante Orden Ministerial. También disponía expresamente el art. 55 que los preceptos aplicables a la subasta regían para los concursos en lo que no resultara de exclusiva aplicación a aquélla, y se proclamaba la discrecionalidad que presidía el concurso: *“La Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar la ejecución de la obra o servicio objeto del concurso o la de declararlo desierto. La adjudicación se hará apreciando de manera discrecional cuál sea la proposición que, atendido lo que establezca el pliego de condiciones y las ofertas hechas por los licitadores en uso del derecho que les otorga el párrafo anterior, se considere más conveniente, sin que consiguientemente sea preciso hacer la adjudicación a favor de la proposición que en razón del precio sea más ventajosa”*.

⁶¹ Tales supuestos eran los siguientes:

Primero.- Los que versen sobre compra de cosas o realización de obras o servicios que hayan de tener lugar necesariamente en el extranjero.

Segundo.- Aquellos en que no sea posible la fijación previa del precio.

Tercero.- Los que por su naturaleza exijan garantías o condiciones especiales por parte de los contratistas.

Cuarto.- Los que se refieran a proyectos, modelos o condiciones técnicas no establecidos previamente por la Administración y que hayan de presentar los licitadores.

Quinto.- Los relativos a la formación de los proyectos o anteproyectos de obras o servicios determinados, que hayan de servir de base en su día para realizarlos.

Sexto.- Aquellos para la realización de los cuales facilite la Administración medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.

Séptimo.- Los de arrendamiento de edificios, locales y terrenos para dependencias o servicios del Estado y los de útiles y elementos con igual destino.

Octavo.- Los que hayan de disfrutar de subvención del Estado, así como los de explotación y arrendamiento en régimen de monopolio.

Tanto los actos de subasta como los de concurso debían ser autorizados por el Secretario de la Junta ante la que se celebrase, con el visto bueno del Presidente (art. 64).

Y el concierto directo era contemplado por el art. 57, que establecía dieciocho supuestos (probablemente algo exagerado, como señaló el propio GARCÍA DE ENTERRÍA) en los que era admisible la utilización del procedimiento⁶².

⁶² Estos eran los supuestos, algunos de los cuales fueron muy criticados por GARCÍA DE ENTERRÍA en el artículo que venimos citando, "Dos regulaciones orgánicas...", págs. 258 y ss.:

Primero.- Los que se refieran a operaciones de Deuda y a las negociaciones de títulos, descuentos y traslación de material de fondos.

Segundo.- Aquellos respecto de los que no sea posible promover concurrencia en la oferta, por versar sobre productos amparados por patentes o que constituyan modelos de utilidad (referidos estos particulares a lo esencial del procedimiento, aparato o producto y no a los elementos accidentales o de detalle), o sobre cosas de que haya un solo productor o poseedor, circunstancias unas y otras que deberán justificarse en el expediente.

Tercero.- Aquellos en que por sus circunstancias excepcionales, que habrán de justificarse también en el expediente, no convenga promover concurrencia en la oferta.

Cuarto.- Los de reconocida urgencia, que por circunstancias imprevistas demandaren un pronto servicio que no de lugar a los trámites de la subasta o concurso.

Quinto.- Los en que la seguridad del Estado exija garantías especiales o gran reserva por parte de la Administración y no puedan realizarse directamente por ésta.

Sexto.- Los de transporte de personal, material y efectos para los servicios de cualquier ramo de la Administración pública, cuando aquéllos hayan de realizarse por empresas que tengan tarifas oficialmente aprobadas.

Séptimo.- Los de compra de artículos sometidos a tasa o distribución de consumo, respecto de los cuales no sea posible, por dichas circunstancias, promover licitación.

García de Enterría afirmó que esta exclusión de la licitación no estaba justificada, porque la existencia de tasa no presupone necesariamente que sólo hay una empresa que suministre el bien.

Octavo.- Los de ejecución o reparación de obras u objetos que, según dictamen de Organismo o Autoridad competente, sean declarados de notorio carácter artístico.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA este supuesto justificaría más bien la utilización del concurso, pero no del concierto directo.

Noveno.- Los de suministro de material o efectos cuando se haya declarado técnicamente necesaria la uniformidad de utilización de aquéllos por acuerdo del Consejo de Ministros, siempre que la adopción del tipo de material o efecto de que se trate se haya hecho previa e indispensablemente en virtud de subasta o concurso, según proceda, y de acuerdo con lo establecido en este capítulo.

Décimo.- Los de adquisición de efectos y productos comprendidos en algunos de los Monopolios del Estado.

Se trata aquí de una redundancia respecto del segundo supuesto, según Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA.

Undécimo.- Los de adquisición, obras y acondicionamiento de los edificios destinados a la instalación de Embajadas, Legaciones y Consulados de España en el extranjero, cuyas consignaciones figuren en los Presupuestos.

Duodécimo.- Los de adquisición de cosas y los de ejecución de obras o servicios que hayan de realizarse necesariamente en el extranjero.

Respecto a este supuesto, GARCÍA DE ENTERRÍA manifestó que ofrecía *la más clara y sorprendente de las contradicciones de la Ley, reflejo de aquella falta de técnica antes aludida*. Y ello porque se produce una repetición con relación al primer supuesto que el art. 54 contempla para la utilización del concurso; tal duplicidad debía resolverse a juicio del profesor, optando por el concurso, por ser la fórmula que contaba con precedentes legales.

Decimotercero.- Los de adquisiciones y los de ejecución de obras o servicios que no excedan en total de quinientas mil pesetas. Su contratación se acordará por los Jefes de las Dependencias hasta cien mil pesetas, y por Orden ministerial los de cuantía superior a esta cifra.

Decimocuarto.- Los relativos a obras, servicios, adquisiciones y suministros que, anunciados a subasta o concurso, no llegaren a adjudicarse por falta de licitadores; o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles; o porque, habiendo sido adjudicados, el rematante no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del contrato, siempre que se realicen con sujeción a los mismos precios y condiciones anunciados, a no ser que por la Administración se acuerde sacarlos nuevamente a licitación en las condiciones que en cada caso se establezcan.

La excepcionalidad que comportaba la utilización del concierto directo la corrobora también la exigencia de autorización por Orden Ministerial en unos casos, y por Decreto del Consejo de Ministros e incluso acompañada de audiencia del Consejo de Estado, en otros.

1.4.4.1.1.- La contratación por destajos.

Una de las principales novedades de la Ley fue la inclusión de la contratación por destajos (art. 59); aunque el sistema no era nuevo, pues ya había sido contemplado anteriormente e incluso había tenido una regulación especial en el Ministerio de Obras Públicas⁶³, si lo era

Este supuesto fue duramente criticado por GARCÍA DE ENTERRÍA, ya que la Ley suprimió las sanciones tradicionales para los licitadores que incumplían la obligación de formalizar el contrato. En tales casos, expone el profesor que resultaría facilísimo trastocar las licitaciones con ofertas ficticias para conducir hasta un concierto directo, incluso asumiendo el coste de la pérdida de la garantía provisional.

Decimoquinto.- Los de ejecución de obras y servicios que se realicen en los parques, arsenales, aeródromos y, en general, en los establecimientos industriales o fabriles del Estado, pero no la adquisición de primeras materias para dichas obras o servicios.

Decimosexto.- Los referentes a reparaciones menores u ordinarias que exijan los desperfectos o deterioros procedentes del uso natural de los elementos de aquellas obras y servicios públicos cuya prestación tenga carácter permanente o de continuidad y sean indispensables para su conservación.

Decimoséptimo.- Los que afecten a obras de instalación y montaje de los aparatos de faros y de todas las señales marítimas en general, así como a los servicios de embarcación y a los de abastecimiento de los mismos.

Decimoctavo.- Los que se celebren para continuar la ejecución de las obras o servicios que, habiendo sido concertados previa subasta o concurso, quede interrumpido su cumplimiento por resolución o rescisión, con el mismo requisito e igual salvedad expresados en el apartado catorce.

⁶³ Los antecedentes normativos del sistema de destajos son situados por Villar Palasí en la R.O. de 10 de mayo de 1811 y Ley de 27 de noviembre de 1903. La introducción efectiva tuvo lugar mediante el Decreto de 26 de febrero de 1932 e

su asimilación al concierto directo en lugar de a la ejecución de obras por la propia Administración. Esta asimilación fue duramente criticada por GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien ello era *francamente condenable y sin consistencia jurídica*⁶⁴. Ello no empece para que el propio profesor expusiera una serie de ventajas e inconvenientes del sistema de destajos; como ventajas debían anotarse la reducción de trámites de licitación, la posibilidad de adelantar rápidamente la conclusión de obras divisibles en tramos y una dirección más efectiva de la obra por los técnicos de la Administración, y como inconveniente, el que el destajista estaba excluido del riesgo y ventura en tanto que no se contrata una obra alzada, un resultado, sino una prestación de actividad, de manera que la responsabilidad última sobre la consecución del resultado recae en la Administración (la cuestión de la responsabilidad en la ejecución es quizás la de mayor relevancia en esta figura, pues como puso de manifiesto VILLAR PALASÍ, en la concepción del Decreto de febrero de 1932, el destajo suponía la partición de una obra para la mejor ejecución directa de la Administración, corriendo ella con el consecuente riesgo; en el planteamiento del RCCL y de la Ley de 1952, sin embargo, el destajo se ubicaba dentro de las posibilidades del concierto directo, con lo que cabría entender que era sólo un sistema de contratación, quedando el riesgo y ventura en la ejecución del destajo del lado del contratista, pues no habría mayores argumentos para excluir ese principio general de la contratación administrativa). La utilización del sistema de destajos estaba prevista cuando concurrían dos circunstancias: que las obras fueran susceptibles de división por tramos o trozos, permitiendo la actuación simultánea de los adjudicatarios en cada uno de ellos, y que existieran razones de interés público, social o de celeridad que aconsejaran su utilización.

Instrucción de 27 de febrero de 1932. VILLAR PALASÍ, J.L.: *Lecciones...* Op. cit., pág. 121.

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Dos regulaciones orgánicas...* Op. cit., pág. 265.

En todo caso, la utilización del sistema de destajos requería previo acuerdo del Consejo de Ministros.

1.4.4.2.- El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.

El RCCL gozó de una crítica positiva en términos generales, y así lo hizo el propio GARCÍA DE ENTERRÍA, quien ensalzó, entre otras cuestiones, la gran pulcritud y la técnica depurada con la que fue elaborado. Concretamente sobre el tema que nos ocupa, el de los sistemas de adjudicación de los contratos, afirmó que es donde se manifestaba *"la neta superioridad del Reglamento sobre la Ley de 20 de diciembre de 1952⁶⁵"*.

No obstante, fue también el insigne profesor quien advirtió de que el RCCL propiciaba el reavivamiento de las teorías que negaban la existencia de un contrato administrativo con esencia propia y distinta del contrato civil. Para él, *"el Reglamento abandona en su totalidad la teoría del contrato administrativo, tal como ha sido recibida en nuestro Derecho desde los orígenes mismos del régimen administrativo hasta la actualidad, para sustituirla por una concepción que hace rigurosamente de todo contrato de la Administración, sin discriminar entre ellos, un contrato puro y simplemente privado... El nuevo RCCL prescinde en absoluto de esta caracterización del contrato administrativo y no exige el principio material de que su objeto sea precisamente un servicio público...(la generalidad de los preceptos del Reglamento) han de aplicarse indiferenciadamente a todo contrato concertado por las Administraciones locales, sea cualesquiera su respectiva materia o contenido...La concepción que luce en el Reglamento es aquella elaborada según principios lógicos, según la cual "contrato" y "administrativo" son en rigor conceptos antagónicos, como no se*

reserve la expresión únicamente a los conciertos entre Administraciones". GARCÍA DE ENTERRÍA se muestra claramente contrario a esta posición, y tras una interesante argumentación (de la que anteriormente hemos reproducido el pasaje de la comparación con la "nivola" de Unamuno), expuso que el RCCL, "inspirado en la concepción contractualista privada de los contratos administrativos, no sólo no ha podido reducir esta realidad a los esquemas y moldes de la contratación civil, sino que, por el contrario, ha implicado nada menos que una extensión al supuesto tradicional de contratos puramente civiles de la Administración las reglas exorbitantes antes reducidas al supuesto de la contratación propiamente administrativa; es decir, se ha logrado efectivamente la unificación que los redactores han pretendido de modo abierto, pero esta unificación ha sido a costa del contrato civil y por el rasero irreductible que las reglas de contrato administrativo ofrecían" (para demostrar la solidez del argumento, empleó una serie de ejemplos basados en preceptos del RCCL, como los relativos al interés público como causa de los contratos de las Corporaciones Locales, las prerrogativas de interpretación de los contratos, ejecutividad de los acuerdos del órgano de contratación, las potestades de dirección, penalización, etc., para finalmente plantear si tales reglas entran de algún modo dentro de los esquemas comunes del contrato civil)⁶⁶.

1.4.4.2.1.- Las formas de contratación: la subasta como forma ordinaria.

El RCCL trataba en su Capítulo II de las formas de contratación, partiendo en su art. 13 del esquema que podemos considerar que se había consolidado a lo largo del tiempo: establecía tal precepto que *"los contratos en que intervengan las Corporaciones locales se celebrarán, por regla general, mediante subasta pública, cualquiera*

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 274.

⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Dos regulaciones orgánicas...". Op. cit., págs. 268-274.

que sea la naturaleza, origen o destino de los fondos que se hayan de abonar o percibir. Es decir, como venía siendo un principio general, la subasta era la forma ordinaria de adjudicación de los contratos, aunque se admitía que *en los casos de excepción de subasta, los contratos se celebrarán preferentemente por concurso-subasta, y si esta forma no resultare apropiada a las circunstancias por concurso*". Como excepción más extrema se contemplaba la posibilidad del concierto directo, aunque sólo para los supuestos tasados previstos por el propio Reglamento. Y tal vez como prueba adicional de la relevancia que se ha otorgado históricamente a las excepciones a la subasta, correspondía al Pleno de la Corporación con quórum especial, acordar las excepciones a la subasta, optando entre el concurso-subasta o el concurso⁶⁷.

Como disposiciones comunes a las licitaciones (subastas, concursos-subastas y concursos), el Reglamento prescribe que deberán observarse los fundamentales principios de publicidad en la licitación y secreto de las proposiciones (art. 18), y que en casos excepcionales podrán reducirse a la mitad los plazos de convocatoria para la licitación (art. 19).

Es interesante comprobar cómo la definición normativa de cada una de estas formas de adjudicación se va aproximando a la que actualmente rige, de modo que en la subasta, para el art. 14 RCCL, *"la licitación versará sobre un tipo expresado numéricamente, y el remate se adjudicará de modo automático a la oferta que,*

⁶⁷ Esto fue también criticado por parte de la doctrina, con varios argumentos, pero fundamentalmente por la escasa agilidad y eficacia que aportaba a los expedientes de contratación; así lo hizo Arce Monzón, quien opinaba que debían ser los propios órganos competentes para contratar quienes determinaran el sistema de contratación; como sabemos y veremos, así sería a la postre. ARCE MONZÓN, L.: *La contratación en las Corporaciones Locales*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1969. Pág. 56.

ajustándose al pliego de condiciones, represente mayor ventaja económica". Queremos aquí resaltar que el precepto expresa rotundamente el carácter automático de la adjudicación mediante subasta; automatismo que siempre ha sido expuesto como una de las grandes virtudes de esta forma de adjudicación, y que a juicio de algún autor no había sido suficientemente explicitado por la Ley de Régimen Local de 1955⁶⁸.

1.4.4.2.2.- Aspectos procedimentales: pliegos, publicidad, proposiciones, formas de presentación y celebración del acto público.

Como no podía ser de otro modo, se establecía que la licitación tendría como base *"un pliego en el que figurarán, con la suficiente especificación, las condiciones jurídicas, técnicas y económicas a que haya de acomodarse la preparación y desarrollo del contrato"* (art. 21), admitiendo el propio Reglamento la posibilidad de que el pliego fuese doble, *"cuando se separen las condiciones facultativas de las económico-administrativas"* (art. 22); como sabemos la posibilidad de que el pliego fuera doble ha evolucionado hacia la generalidad de tal duplicidad, de manera que en la actualidad son dos los pliegos que rigen: el de prescripciones técnicas y el de cláusulas administrativas particulares. También para esta fase preliminar de preparación del expediente se prohibía que en los pliegos se señalaran *"marcas de fábrica determinadas, pero sí las características genéricas necesarias para que los productos o artículos respondan al fin perseguido por el contrato"* (art. 21.4); pues bien, en parecidos términos se expresa el vigente artículo 101.8 LCSP⁶⁹. También se previó la posibilidad de que

⁶⁸ La demanda había sido formulada por ALBI, F.: "La contratación en la nueva Ley de Régimen Local". *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 55. Madrid, 1951. Pág. 75.

⁶⁹ El art. 101.8 LCSP reza así: *Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia*

las Corporaciones aprobasen pliegos tipo de condiciones (art. 22.3), y se mantuvo la obligatoria exposición pública de los pliegos durante un plazo de ocho días en el Boletín Oficial de la Provincia y en el tablero de edictos (art. 24).

Acorde con la naturaleza detallista de un reglamento, el de Contratación de las Corporaciones Locales enumeró en sus arts. 23 y 25 el contenido que debían tener el pliego de condiciones y el anuncio de licitación, respectivamente. Tal anuncio de licitación debía aparecer: en todo caso en el BOP y en el tablero o vitrina de la Casa sede de la Entidad contratante (este último anuncio debía permanecer expuesto durante todo el período previo de licitación), y además, en un diario no oficial, con dos inserciones discontinuas, y en una emisión radiofónica local⁷⁰ o de la capital de la provincia, si el precio tipo excediere de 250.000 pesetas; en el BOE, cuando dicho precio rebasare la cifra de 500.000 pesetas o fuere indeterminado; en un diario de la capital del Estado, con dos inserciones alternativas, y en una emisión de Radio Nacional de España, si el importe de la licitación

determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención "o equivalente".

⁷⁰ Esta publicidad radiofónica, dado su carácter oral, fue criticada por su falta de utilidad y dificultad de tramitación. ARCE MONZÓN, L.: *La contratación...* Op. cit., pág. 45. El autor proponía, además, una simplificación en el régimen de publicidad de los contratos locales en el sentido de que se publicase el anuncio íntegro en un solo boletín oficial: en el de la provincia cuando no fuese preceptiva la publicación en el del Estado, o en este último más un extracto en el provincial, si por el contrario la publicación en el boletín estatal resultaba preceptiva. También hubo quien se preguntó cuánto costarían esos anuncios; así lo hizo MARQUÉS CARBÓ, L.: "Impresiones sobre el nuevo Reglamento de Contratación". *Revista de Estudios de la Vida Local*. Septiembre-octubre 1953, núm. 71, pág. 687.

excediere del millón y medio de pesetas, y en un periódico de los de mayor circulación de la capital de la Nación respectiva, si se tratase de efectos que hayan de adquirirse en el extranjero. También como venía siendo habitual, se prevenía que los anuncios de prensa y radio eran más limitados en su contenido, de forma que consistieran en un sucinto extracto referido al objeto del contrato, plazo y lugar de presentación de proposiciones y diario oficial en que figurase el anuncio completo (art. 26). El plazo de presentación de proposiciones había de ser como mínimo de veinte días, o cuarenta si se trataba de adquisición de efectos en el extranjero; dicho plazo se computaba a partir del día siguiente al de la publicación del último anuncio en el BOP o BOE (art. 27), y el expediente debía estar disponible para consultar y copiar en la Secretaría de la Corporación (art. 28). También se concretó la competencia para bastantear los poderes de los licitadores en el Secretario de la Corporación, cuando fuese licenciado en Derecho y, en su defecto, por los letrados asesores de la misma o por cualquier letrado ejerciente en la población de que se tratara o en la capital de la provincia, si en aquélla no lo hubiere (art. 29).

Nos interesa indicar que el art. 30 fija cuál debe ser la documentación a presentar por los licitadores, exigiendo que a la proposición acompañe el documento que acredite la constitución de garantía provisional, y una declaración en la que el licitador afirme, bajo su responsabilidad, no hallarse comprendido en ninguno de los casos de incapacidad o incompatibilidad que contemplaba los artículos 4 y 5 del propio Reglamento (y que no es este el lugar adecuado para su estudio).

Respecto a la forma de presentación de las proposiciones también se mantiene la línea precedente: en términos resumidos, presentación en sobres cerrados (que podían ser lacrados y precintados), constancia en libro-registro, entrega de recibo (sólo a

los presentadores que lo demandaran), y entrega al Depositario de las plicas para su custodia. Merece una especial atención la posibilidad de presentar proposiciones por correo. Dicha posibilidad no estaba expresamente contemplada ni para el ámbito estatal ni para el local. BOQUERA entendió que cabía esa posibilidad, amparándose en el art. 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, ya que en nada contradecía este precepto a las normativas sobre contratación administrativa, sino que más bien suplían un aspecto no regulado por ellas. Le animaba también a esa interpretación el hecho de que el Reglamento de Contratación de Marina admitía la presentación de plicas en todas las dependencias del organismo, y aunque pudiera existir un problema con la exigencia de la presentación en Correos en sobre abierto, BOQUERA proponía que la solución pasaba por enviar la proposición en sobre doble: el primero abierto, y el documento principal que se sellaría sería el sobre cerrado que contendría y la proposición y los documentos de acompañamiento. El problema más importante podía ser el del plazo para presentar las proposiciones, puesto que la remisión postal tiene habitualmente el efecto de la fecha de presentación en la oficina de Correos, pero es preciso que llegue al órgano de contratación antes de la fecha de licitación; es decir, en aquellas fechas no existía previsión para el caso en que la proposición llegara fuera de plazo. Para evitar ese riesgo, BOQUERA proponía que el pliego fijase un plazo más corto aunque no menor de veinte días para la presentación de proposiciones por correo que el establecido para la presentación ordinaria. No obstante, esa propuesta sólo aportaba prudencia y evitaba contratiempos, pues la sentencia de 12 de marzo de 1958 ante un caso similar había entendido que aunque el pliego estableciera un plazo especial para las remisiones por correo, tal plazo no era de inexcusable cumplimiento, y se trataría de una condición que *“no priva de validez a las proposiciones que, aun depositadas en las oficinas de Correos después de iniciarse aquel plazo llegan al Tribunal*

*antes de iniciarse el acto público de la subasta*⁷¹. Dejamos aquí la cuestión, que posteriormente recuperaremos.

Tampoco la celebración del acto público presenta especiales novedades, y respecto de la posibilidad de empate entre proposiciones se previene la celebración de pujas a la llana durante quince minutos, y sorteo si el empate persiste. Si los empatados o sus representantes no estuvieran presentes, se les emplazaba para el cuarto día hábil siguiente, momento en que se verificaban las pujas, y si persistía se resolvía mediante insaculación. Debemos resaltar que esta ha sido la última vez que el desempate mediante pujas a la llana ha aparecido en nuestra normativa general de contratación administrativa. Las circunstancias del acto debían reflejarse en el acta que debía certificar el Secretario de la Corporación⁷².

⁷¹ BOQUERA OLIVER, J.M.: *La selección...* Op. cit., págs. 104-109.

⁷² El art. 35 RCCL detalló las circunstancias que debían reflejarse en el acta:

- a) *Lugar de celebración del acto.*
- b) *Día, mes y año.*
- c) *Hora en que comienza.*
- d) *Nombre y apellidos del Presidente.*
- e) *Relación ordinal de todas las proposiciones presentadas, con expresión del respectivo nombre y apellidos de cada licitador y del precio ofrecido.*
- f) *Referencia de las proposiciones admitidas y, en su caso, de las desechadas, así como de los motivos a que esta última declaración hubiese obedecido, y conformidad con la misma de los proponentes que las manifestaren, y a quienes se les entreguen sus resguardos.*
- g) *Observaciones y reclamaciones que se formularen.*
- h) *Adjudicación provisional que el Presidente proclame, e*
- i) *Hora en que se dé por terminada la subasta.*

2.- *El acta se extenderá antes de levantar la sesión, y será leída en voz alta por el Secretario, quien adicionará las observaciones que sobre su contenido hicieren los interesados, y la someterá a la firma del Presidente, de los licitadores y de los reclamantes que lo solicitaren.*

En una primitiva redacción del Reglamento se establecía que el Secretario sería el fedatario de todos los actos y acuerdos que tuvieran lugar en materia de contratación, tal como lo es para el resto de las materias; sin embargo ello no

La adjudicación del contrato por la Presidencia tenía carácter provisional, y debía ser elevada a definitiva por la Corporación dentro del plazo máximo de sesenta días desde la apertura de las plicas; transcurrido dicho plazo sin acuerdo expreso, se entendía confirmada la adjudicación provisional (art. 44).

1.4.4.2.3.- Concurso y concurso-subasta.

Las siguientes formas contempladas por el RCCL fueron el concurso-subasta y el concurso; y su art. 37 indica los supuestos en que podrían celebrarse los contratos por cualquiera de estas vías⁷³, ya

prosperó, y el Reglamento definitivamente aprobado sólo mantuvo al Secretario como fedatario de las actas de licitación y de la formalización de los contratos de cuantía inferior a 250.000 pesetas. La fe pública del resto de actos en materia de contratación siguió correspondiendo a los Notarios, gracias al argumento de que *ante los intereses encontrados de dos partes ha de ser una tercera neutral la que intervenga, y no un asalariado de una de ellas*. Este argumento fue, a nuestro juicio, acertadamente rebatido por Albi, quien escribió que el Secretario tiene la fe pública atribuida legalmente, y que da fe de un sinnúmero de cuestiones en que se halla afectado el interés particular; que no se trata de intereses encontrados, sino del interés general de la Administración, y que la actuación del Notario acaba siendo formal, pues se basa en un contrato ya firme y en certificaciones del Secretario relativas al pliego, la adjudicación, la fianza, la personalidad de las partes, etc., limitándose el Notario a aceptar como bueno y a reproducir literalmente lo que en tales documentos se expresa. ALBI, F.: "Orientaciones generales del nuevo Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales". *Revista de Estudios de la Vida Local*. Septiembre-Octubre de 1953. Núm. 71, págs.675 y 676.

⁷³ Estos supuestos eran:

- 1º.- Los de compra de efectos que hayan de adquirirse necesariamente en el extranjero.
- 2º.- Los de adquisición de efectos cuyo precio no se pueda fijar previamente.
- 3º.- Los que por su naturaleza especial exijan garantías o condiciones también especiales por parte de los contratistas.
- 4º.- Los de adquisición y arrendamiento de inmuebles.
- 5º.- Los de concesión de servicios y los de explotación de servicios municipalizados en régimen de Empresa mixta.

que la norma otorgaba un carácter potestativo a la elección de unos u otros sistemas, pues el art. 37 expresaba que las Corporaciones Locales *podrán* acogerse a los sistemas de concurso-subasta, concurso, o la propia subasta. Quizás ese carácter potestativo no concuerda muy bien con la regla del art. 13 RCCL, que originariamente disponía que *"en los casos de excepción de subasta los contratos se celebrarán preferentemente por concurso-subasta, y si esta forma no resultase apropiada a las circunstancias, por concurso"*. Parece más lógico que hubiese quedado también a la voluntad de la Administración la elección de uno u otro sistema.

El RCCL describió el concurso en el sentido de que *"la licitación versará sobre las circunstancias y elementos relativos al sujeto y al objeto del contrato, y la adjudicación se otorgará a la proposición que, cumpliendo las condiciones del pliego, resulte más ventajosa, sin atender únicamente a la oferta económica y según el juicio de la Corporación, que será discrecional, si la Ley o la convocatoria no determinares motivos de preferencia"*. Es fácil ver que el concepto normativo del concurso empieza a perfilarse más y a acercarse al que existe en la actualidad: podemos ver que se persigue la proposición

6º.- Los que se refieran a proyectos, modelos o condiciones técnicas no establecidos previamente por la Corporación y que hayan de presentar los licitadores.

7º.- Los relativos a la formación de proyectos o anteproyectos de obras o servicios determinados, que hayan de servir de base en su día para contratarlas.

8º.- Aquellos en que la Corporación facilite medios auxiliares para realizarlos, y cuya buena utilización exija garantías singulares por parte de los contratistas.

9º.- Los en que la licitación haya de llevarse a cabo sobre tipos o precios múltiples.

La excepción del número primero debía acreditarse mediante certificaciones expedidas por los Ministerios de Industria y de Comercio; y las de los números tercero, quinto, sexto, séptimo y octavo, requerían que el proyecto técnico aprobado por la Corporación, estableciera la necesidad de condiciones especiales en los contratistas y determinara cuáles eran éstas. Además, salvo los supuestos primero y cuarto, para el resto era preciso el acuerdo autorizador del Pleno de la Corporación.

más ventajosa sin atender únicamente a la oferta económica, y podemos ver la afirmación expresa de la discrecionalidad de la Administración; también aparece en la definición del Reglamento la atención de las circunstancias relativas al sujeto (aspecto que hoy en día no juega en la fase de adjudicación, sino sólo en la de admisión a la licitación), y desde luego, se contemplaba la posibilidad de declarar desierto el concurso si ninguno de los concurrentes cumpliera las condiciones del pliego (art. 40)⁷⁴. Y otra prueba más de que el concurso va perfilándose y abandonando la inicial indefinición (recordemos que en sus orígenes sólo se hacía mención de la discrecionalidad que ostentaba la Administración para adjudicar el contrato) es ofrecida por el art. 23 RCCL al exigir que el pliego de condiciones expresara las circunstancias que se tuvieran en cuenta para determinar la preferencia en la adjudicación (admitiendo que al tratarse de un concurso se prescindiera de que el pliego contuviera el tipo de licitación).

Respecto a la tramitación del concurso, el Reglamento remite en términos generales a lo dispuesto para la subasta, con algunas salvedades de las que queremos destacar que el acto de apertura finalizaba sin adjudicación provisional, previéndose el pase del expediente a los Servicios competentes de la Corporación o a los técnicos designados al efecto, para que emitieran informe acerca de la mayor o menor ventaja de las proposiciones presentadas (destacamos esta cuestión porque en la actualidad, como veremos, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha debido aclarar la letra del RGLCAP en el sentido que aquí vemos: el acto público en el concurso no exige la propuesta de adjudicación, pues por definición el

⁷⁴ Cuestión esta que fue elogiada por Marqués Carbó, pues según él se venía discutiendo si las Corporaciones, llegado el momento de la adjudicación, podían declarar desierto el concurso sin que los concurrentes pudieran combatir con éxito tal declaración; con ese inciso final del art. 40, la cuestión quedaba clara. MARQUÉS CARBÓ, L.: *Impresiones...* Op. cit., pág. 688.

concurso requiere un proceso más dilatado de valoración de las proposiciones).

La adjudicación del concurso debía recaer en el plazo máximo de noventa días desde la apertura de las plicas, transcurridos los cuales sin que ello ocurriera, se consideraban declarados desiertos (el efecto es distinto, pues, al de la subasta, y al del concurso-subasta, como veremos).

El concurso-subasta debía celebrarse también bajo una serie de especialidades que explicita el art. 39 RCCL y que se inician con la presentación de las proposiciones en dos pliegos (uno subtítulo "Referencias" y que contendría una memoria de referencias técnicas y económicas del licitador, detalle de obras realizadas con anterioridad, elementos de trabajo de que disponga y demás circunstancias que exigiera la convocatoria, y otro subtítulo "Oferta económica" que contendría la proposición con arreglo al modelo previsto por el pliego). A continuación, se distinguen dos fases: una primera (*primer periodo de la licitación*, dice el texto) *que se desarrollará según las reglas señaladas para el concurso...se ceñirá al examen de los pliegos de "Referencias", con informe de los Servicios técnicos de la Corporación, que versará exclusivamente acerca de las cualidades y circunstancias de los concurrentes respecto de las condiciones exigidas por la convocatoria, y en vista del mismo, el órgano local competente seleccionará los que deban ser admitidos a la segunda parte de la licitación y los que hayan de quedar eliminados.* El resultado de dicha primera fase o periodo debía anunciarse dentro del plazo de diez días en el BOP, indicando la fecha de apertura de los segundos pliegos, fecha que debía situarse dentro de los veinte días hábiles siguientes y para cuyo acto quedaban así citados los licitadores. El segundo periodo debía ajustarse a las reglas de la subasta, *y el acto de apertura de los pliegos de la "Oferta económica" se iniciará con la destrucción de los que hubieran sido*

eliminados (resulta un tanto curioso el hecho de la destrucción de los pliegos, sin contentarse sólo con el archivo de los mismos). Curiosidades aparte, el concurso-subasta se nos presenta como un híbrido entre los dos sistemas de adjudicación, si bien nosotros encontramos bastante parecido con la configuración actual del concurso: nos referimos a la selección mixta en base a criterios económicos y técnicos, y a la celebración en dos fases (hemos de recordar, y tendremos ocasión de estudiarlo expresamente que la LCSP contempla la posibilidad de que el procedimiento de adjudicación se articule en más de una fase, lo cual tiene reflejo en su desarrollo temporal y procedimental, y desde luego en los sobres a presentar por los licitadores, como ocurría en el concurso-subasta). El concurso-subasta recibió tanto críticas como alabanzas; ALBI escribió que *"si en resumen ha de prevalecer la voluntad discrecional de la Corporación, resultaría que la modalidad licitatoria que comentamos, cualquiera que sea la denominación que se utilice, no será más que un concurso pura y simplemente. Y es que entre éste y la subasta no pueden existir situaciones intermedias"*⁷⁵. GARCÍA DE ENTERRÍA elogió la consagración del concurso-subasta, criticando en consecuencia la falta de incorporación de la figura a la regulación de la contratación estatal: el concurso-subasta para él *"no es más que un procedimiento de selección previa de licitadores para limitar entre ellos la subasta según la mejor postura económica, fórmula técnica verdaderamente progresiva, regulada además en el nuevo Reglamento con un positivo acierto. Las exigencias de garantía técnica de los constructores quedan perfectamente a cubierto, en contra de lo que ocurre en la subasta ordinaria; a la vez la depuración objetiva del precio a través de la licitación por la mejor postura económica se asegura igualmente, conservando, por tanto, las ventajas clásicas de la subasta y sorteando los inconvenientes del concurso simple, en que tantas veces es forzoso valorar sobre un único plano los factores*

⁷⁵ ALBI, F.: "La contratación en la nueva Ley...". Op. cit., pág. 78.

*heterogéneos de baratura, garantías técnicas, etc. Nada más oportuno que trasplantar el sistema a la regulación de los contratos de la Administración central, y nada más fácil. En no haberlo hecho ciframos un motivo más de crítica a la Ley de 20 de diciembre de 1952*⁷⁶. Y ARCE también valoró positivamente la figura por tres razones: por permitir la concurrencia y competencia, por impedir la concurrencia de empresarios incompetentes o inexpertos, y porque entre empresarios competentes permite que la Corporación elija la mayor ventaja económica con el juego automático de la subasta⁷⁷.

1.4.4.2.4.- El concierto directo.

Finalmente nos referiremos a la regulación que el RCCL efectuó sobre el concierto directo; mediante tal sistema, *la Administración efectuará la adjudicación, sin subasta, concurso-subasta ni concurso públicos, mediante precio determinado* (art. 17). Ciertamente, los supuestos excepcionales en que el concierto directo era admitido no diferían apenas de los que venimos conociendo. El art. 41 los concretaba en los siguientes:

1.- Los que se refieran a operaciones de Deuda, negociación de efectos públicos o transporte material de fondos.

Con relación a esta excepción, el Reglamento añadía que sólo se entenderían comprendidos en ella los contratos con el Banco de Crédito Local de España y en una serie de supuestos definidos por remisión a otras normas; además de que la negociación de valores públicos debería realizarse con intervención de Agente o Corredor colegiado, y sujetaba a ciertas normas también las operaciones de deuda (art. 42).

⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Dos regulaciones orgánicas...* Op. cit., págs. 254 y 255.

⁷⁷ ARCE MONZÓN, L.: *La contratación...* Op. cit., pág. 57.

2.- Los que no puedan ser objeto de concurrencia por versar sobre efectos o materia amparados por patentes o que constituyan modelo de utilidad o de los que sólo haya un productor o poseedor.

Para aplicar esta excepción era preciso que la circunstancia de productor único se acreditara mediante certificación del Ministerio de Industria, o en el caso de bienes o prestaciones de alta calidad artística, mediante informe de la Real Academia correspondiente o de los servicios técnicos de arte de la propia Corporación.

3.- Los de reconocida urgencia, incompatible con las formalidades de subasta, concurso-subasta o concurso.

El Reglamento también avanzó en la concreción de la reconocida urgencia con un sistema minucioso y riguroso que denota mucha seriedad en tratar de cortar los abusos en la utilización del procedimiento excepcional, estableciendo las siguientes normas:

a) Se entenderá que existe reconocida urgencia cuando circunstancias imprevisibles demanden una inmediata ejecución de la obra, servicio o suministro que no dé lugar al desarrollo de los trámites licitatorios.

b) No será admisible la indicada excepción cuando el aplazamiento, con la reducción de plazos que permite el párrafo 1 del artículo 19, no fuese susceptible de ocasionar notorios perjuicios, y

c) La urgencia se habrá de declarar en virtud de expediente sumario, con informe técnico favorable en el que se justifique razonadamente que concurren las circunstancias determinadas en las anteriores reglas a) y b) y especialmente que la demora en la contratación habría de producir los aludidos perjuicios.

4.- Los que después de intentada segunda subasta, que resultare desierta, se realicen con arreglo a los precios y condiciones que les sirvieron de base.

5.- Los que después de un concurso o concurso-subasta declarado desierto, se efectúen en condiciones no inferiores a las fijadas para aquéllos.

6.- Los que en su total importe no excedan de ciento cincuenta mil pesetas en presupuestos superiores a cien millones; de cien mil en los que rebasen de veinte millones; de treinta mil en los que superen los cinco millones; de quince mil los que pasen de un millón; de diez mil en los que excedan de quinientas mil, y de cinco mil pesetas en todos los demás.

Los límites máximos fijados en este último apartado habían de referirse siempre a un mismo ejercicio económico.

El art. 43 RCCL admitió para la ejecución de las obras públicas locales el sistema de destajos como modalidad del concierto directo cuando concurrieran las mismas circunstancias que exigía la Ley de 20 de diciembre de 1952.

Es común a la Ley de 1952 y al RCCL la mecánica de la adjudicación provisional, seguida de adjudicación definitiva dictada por otro órgano. La fórmula se contemplaba para la subasta, sin que se predicara expresamente del concurso (como sabemos, nuestra normativa ha seguido tradicionalmente el método de regular con detalle la subasta y ofrecer unas pocas reglas para el concurso, con la indicación genérica de que en todo lo no previsto para este último se aplicarían las normas de la subasta si no resultan incompatibles); no obstante, cabía entender que tal separación entre adjudicación

provisional y definitiva era preceptiva también en el concurso⁷⁸. De esta manera, la adjudicación provisional se configuraba como un acto de trámite que no confería derecho alguno al licitador provisionalmente seleccionado, y cuya naturaleza se asimilaba a la de un dictamen.

1.4.4.2.5.- Las nuevas reglas sobre utilización de las formas de contratación de las Corporaciones Locales establecidas por el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre.

Las previsiones sobre formas de contratación de las Corporaciones Locales fueron derogadas por el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, dictado para articular parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, en lo relativo a los funcionarios públicos locales y otros extremos⁷⁹, cuyo art. 115 dispuso que tales formas de adjudicación de las Entidades Locales eran la subasta, el concurso-subasta, el concurso y la contratación directa. A partir de esta enumeración, se establecieron unas reglas de utilización: en primer lugar, tratándose de obras muy definidas y de ejecución sencilla de cuantía inferior de veinticinco millones de pesetas, la Entidad Local podía optar entre la subasta y el concurso-subasta. En caso de no concurrir esas circunstancias, las obras debían licitarse generalmente mediante concurso-subasta. Mediante concurso se licitarían las obras en que no fuese posible fijar previamente un presupuesto, proyecto o prescripciones técnicas definitivas, aquellos

⁷⁸ Así lo hizo BOQUERA OLIVER, J.M.: *La selección...* Op. cit., pág. 131, con la salvedad del Reglamento de Contratación de la Marina, en el cual se expresaba rotundamente que tal adjudicación provisional no existiría en el concurso.

⁷⁹ Esta última, la Ley de Bases de 1975, había dispuesto en su base cuarenta y seis que las normas sobre contratación local se adaptarían a las que rigen para la Administración del Estado, y que en esa adaptación se tendrían en cuenta los distintos tipos de Entidades Locales, según sus cifras de población y presupuesto, así como la propia peculiaridad de las obras, bienes, suministros y servicios locales.

cuyos proyectos aprobados pudiera ser mejorado por otras soluciones técnicas, los relativos a obras de tecnología avanzada o de ejecución compleja, y aquellos para la realización de los cuales facilite la Entidad local materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas (es difícil no reparar en que la redacción de este art. 116 es prácticamente coincidente con los supuestos que en la actualidad se asocian al concurso). Cabía también la celebración de concursos restringidos, cuando la Administración considerase conveniente la admisión previa de los licitadores al concurso; en estos supuestos se seguirían las normas de admisión previa del concurso-subasta. Es importante también resaltar que los contratos de gestión de servicios públicos y los de adquisiciones o suministros se debían adjudicar ordinariamente mediante concurso (art. 115.3).

También se tasaban los supuestos en que se admitía la contratación directa⁸⁰, con la importante orden de que con carácter

⁸⁰ Los supuestos que establecía el art. 117 del R.D. 3046/1977 eran los siguientes:

Primero.- Aquellos en que no sea posible promover concurrencia en la oferta por versar sobre productos amparados por patentes o que constituyan modelo de utilidad o sobre cosas de que haya un solo productor o poseedor.

Segundo.- Los de adquisición de productos comprendidos en algunos de los monopolios del Estado o de artículos sometidos a tasa o distribución de consumo respecto de los cuales no sea posible, por dicha circunstancia, promover licitación.

Tercero.- Los de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de necesidades apremiantes que demandaran una pronta ejecución, que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el artículo 113, previa justificación razonada en el expediente, con informe del Secretario y del Interventor y acuerdo del Pleno de la Corporación.

Cuarto.- Aquellos cuya cuantía no exceda de los límites que reglamentariamente se establezcan con atención a las circunstancias y presupuesto de cada Entidad local, sin que en ningún caso puedan ser superiores a cinco millones de pesetas o, si se trata de gestión de servicios, que su plazo de duración no sea superior a dos años.

Quinto.- Las obras que se declaren de notorio carácter artístico, con arreglo al dictamen de Organismos competentes.

general, el órgano de contratación debía consultar al menos a tres empresas capacitadas para la ejecución de las obras y fijar con la seleccionada el precio justo del contrato dejando constancia de todo ello en el expediente.

1.4.5.- LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 8 DE ABRIL DE 1965, Y EL REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1975.

El BOE de 31 de diciembre de 1963 dio publicidad a la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado. La Ley de Bases se auto justificaba en la actualización de la normativa, y en el hecho de que la materia contractual *carecía en el ordenamiento vigente de una total disciplina*. Respecto a la selección de los contratistas, la ley perseguía importantes metas, anunciadas con estas palabras: *"La selección del empresario se acometerá con toda la trascendencia que este último elemento de la contratación ostenta. Los modos de adjudicación serán planteados de manera que puedan apreciarse por la Administración todas las circunstancias convenientes en las proposiciones, huyendo, en lo posible, tanto del automatismo de los viejos procedimientos como de la designación discrecional del empresario. Esta selección del empresario idóneo para una obra determinada se completará, a su vez, con un sistema de registración*

Sexto.- Los que no llegaren a adjudicarse, por falta de licitadores; porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles o porque, habiendo sido adjudicadas, el empresario no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del contrato siempre en todos los casos indicados, que se acuerden con sujeción a las mismas condiciones y precio no superior a los anunciados, a no ser que por la Corporación se acuerde sacarlos nuevamente a licitación en las condiciones que en cada caso se establezcan, y

Séptimo.- Los que tengan por finalidad continuar la ejecución de obras cuyos contratos hayan sido resueltos con los mismos requisitos del número sexto anterior, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, del número tercero de este mismo artículo.

o clasificación de los empresarios aptos para la contratación pública...Podrá darse paso en el futuro a la figura del contratista-colaborador, que constituye una antigua aspiración de insospechado alcance". En efecto, la propia Ley decía expresamente que la selección adecuada de los contratistas era una de las metas perseguidas, y ello se pretendía con la adopción de dos medidas: la rotura del *viejo sistema que otorgaba a la subasta el primado absoluto como forma de contratación del Estado*, y el establecimiento del Registro de Contratistas. La rotura de esa vieja preferencia por la subasta fue articulada, como veremos, mediante la opción libre e indistinta entre la subasta y el concurso-subasta, y la existencia de dos sistemas excepcionales: el concurso y el concierto directo. El legislador quería tomar en consideración no sólo el factor económico, sino otros aspectos, y así lo expuso explícitamente la propia Ley de Bases⁸¹.

La LCE (Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, dictada en

⁸¹ Con estas palabras: *...si bien es cierto que la primera (la subasta) constituye el método más adecuado para objetivar plenamente el procedimiento de adjudicación del contrato, con su automatismo operante sobre una amplísima libertad de proposición por parte de los concursantes, no es menos cierto que el contrato, forma jurídica de inversión de fondos públicos, merece por parte del legislador aquella atención elemental que tienda a rodear de todas las garantías la propia viabilidad de la obra comprometida: y en este sentido es preciso arbitrar un método de adjudicación que, equidistando de aquel automatismo y de la selección cualificada que el concurso representa, se halle permanentemente al alcance de los Ministerios gestores sin que tengan que acudir, con una frecuencia que denuncia los defectos del sistema, a autorizaciones de excepción, dilatando la tramitación de los contratos, acumulando formulismos innecesarios y, en definitiva, postulando en cada caso, a través de los mismos, formas de adjudicación materialmente excesivas ya que en muchos supuestos hoy resueltos por la vía del concurso podrían quedar plenamente dirimidos por el concurso-subasta con resultado plenamente satisfactorio, pues lo que en verdad se pretende muchas veces al buscar las formas excepcionales es, simplemente, huir de los riesgos inherentes a una elección indiferente del contratista, sin acepción de calidades de ningún género.*

desarrollo de la citada Ley de Bases) y su Reglamento (Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado) regularon las formas de adjudicación de los contratos de una forma muy parecida ya a las que actualmente manejamos; nosotros vamos a exponer las previsiones de aquellas normas ciñéndonos a su redacción originaria o a sus primeras modificaciones (por ejemplo la que efectuó la Ley 5/1973). Advertimos esto porque hemos preferido abordar otras modificaciones, y singularmente las que efectuaron el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo sobre la LCE y el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, sobre el RGCE en un momento posterior, ya que responden casi en su integridad a un elemento que va a ser objeto de análisis individualizado: la influencia del derecho comunitario en la conformación de nuestro actual sistema de adjudicación de los contratos administrativos.

La LCE fue continuista en algunos aspectos e innovadora en otros. Continuista, por ejemplo, manteniendo la preocupación un tanto excesiva por la naturaleza civil o administrativa de los contratos que antes hemos comentado, y que a juicio de PARADA VÁZQUEZ constituyó *una de las discusiones más estériles y perniciosas en el Derecho administrativo español; al menos, es la causa de que otros aspectos de la contratación de mayor trascendencia real, muchos de los cuales la nueva Ley aborda por vez primera, hayan sido absolutamente descuidados*⁸². Pero también innovadora y con interesantes aspectos positivos, a nuestro juicio: por un lado, supuso una norma que aglutinaba la materia contractual, es decir, ponía término a la dispersión que existía en materia de contratación administrativa⁸³. Y por otro lado, y en lo que más nos interesa, los

⁸² PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *La nueva Ley...* Op. cit., pág. 399.

⁸³ Sin ánimo exhaustivo, podemos enumerar muchas normas que regían aspectos concretos de la contratación o que lo hacían para sectores concretos de la

sistemas de selección del contratista, la Ley distinguía en función del tipo de contrato, como veremos. Esto es importante, porque lo habitual en nuestro derecho venía siendo, hasta la Ley de Administración y Contabilidad, que se establecieran los sistemas de selección para cualquier contrato a celebrar; sin embargo, y desde la más amplia perspectiva temporal que nos da la actualidad, podemos entender que los sistemas selectivos no son igualmente adecuados para cualquier tipo de contrato.

1.4.5.1.- Las formas de adjudicación para el contrato de obras.

1.4.5.1.1.- El concurso y la contratación directa.

Con relación a las formas de adjudicación, la LCE estableció separadamente cuáles procederían para cada contrato típico. Así, su art. 28 dispuso que las formas de adjudicación para el contrato de obras serían la subasta, el concurso-subasta, el concurso y la contratación directa. Respecto a las adjudicaciones, la ley estableció unas obligaciones de publicidad: según el art. 38 debían publicarse en el BOE, salvo los contratos de importe inferior a cinco millones de pesetas y los de carácter reservado; la Ley 5/1973, de 17 de marzo añadió que la adjudicación debía ser notificada en todo caso al adjudicatario y que para los restantes licitadores interesados en el procedimiento haría las veces de notificación la citada publicación oficial en el BOE.

Administración hasta ese momento: Ley de 20 de diciembre de 1940, sobre fianzas y garantías para el Ministerio de Obras Públicas, Ley de 22 de diciembre de 1960 para las garantías en los contratos de obras del Estado, Decreto-Ley de 10 de octubre de 1963 sobre revisión de precios, Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, Reglamento de Contratación del Ministerio de Marina, de 12 de diciembre de 1958.

Las reglas de partida consistían en que los Departamentos ministeriales podían optar indistintamente entre la subasta y el concurso-subasta como formas de adjudicación, mientras que el concurso y la contratación directa sólo eran aplicables en los casos expresamente previstos por la propia LCE. Es decir, la LCE seguía contemplando el concurso como una forma de adjudicación de aplicación restrictiva para los contratos de obras; concretamente, en su redacción originaria el art. 35 admitía la utilización del concurso en cuatro supuestos:

- 1.- Aquellos en que no sea posible la fijación previa de un presupuesto definitivo.
- 2.- Los que se refieran a la ejecución de obras cuyos proyectos o prescripciones técnicas no se hallen establecidas previamente por la Administración y que hayan de presentar los licitadores.
- 3.- Aquellos para la realización de los cuales facilite la Administración materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.
- 4.- Los que por su naturaleza exijan aptitudes especiales en los empresarios.

Los supuestos de los apartados tres y cuatro fueron criticados por PARADA VÁZQUEZ⁸⁴, para quien se trata de casos en los que en puridad debía utilizarse el concurso-subasta con su modalidad de admisión previa.

Posteriormente, mediante Ley 5/1973, se incluyó la posibilidad de utilización del concurso para aquellos casos en que *el órgano de contratación considere que el proyecto aprobado por la*

⁸⁴ PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *La nueva Ley...* Op. cit., pág. 444.

*Administración es susceptible de ser mejorado por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores, y para aquellos contratos relativos a obras de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja, siempre que la anualidad media sea superior, en ambos casos, a cien millones de pesetas*⁸⁵. Además, esta ley de 1973 otorgó al órgano de contratación la posibilidad de utilización de un llamado concurso restringido (ciertamente lo más novedoso era la denominación, pues en esencia la posibilidad existía desde la redacción original de la LCE), en el cual se efectuaba una admisión previa de los licitadores al concurso, para cuya aplicación se efectuó una remisión a algunas de las reglas del concurso-subasta.

Por lo demás, la configuración del concurso en la LCE se aproxima mucho a la que actualmente rige⁸⁶, de manera que sólo apuntaremos varias ideas: el art. 36 determinaba expresamente que *los preceptos relativos a la celebración de la subasta regirán también para el concurso, excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a aquella forma de adjudicación* (el art. 114 RGCE concretaba que no resultaban de aplicación a los concursos la decisión de los empates mediante sorteo, la adjudicación al mejor postor, y las reglas sobre confirmación de la adjudicación provisional que, como veremos, contenía el art. 109 RGCE). Se admitían las modificaciones como regla, al decir la ley que *los licitadores en el concurso podrán introducir en sus proposiciones las modificaciones que puedan*

⁸⁵ La anualidad media es el resultado de multiplicar por doce el cociente entre el presupuesto de la obra y el plazo de ejecución calculado en meses (art. 113 RGCE).

⁸⁶ VILLAR PALASÍ caracterizó el concurso de la LCE por tres notas: la heterogeneidad de las proposiciones frente a la homogeneidad que prima en la subasta, la libertad para valorar las circunstancias de los licitadores, el carácter discrecional de la adjudicación en el concurso frente al automatismo de la subasta, y la *doble instancia con que se producen en las subastas la adjudicación (provisional y definitiva); en el concurso no hay más que una adjudicación, la definitiva*. VILLAR PALASÍ, J.L.: *Lecciones...* Op. cit., págs. 111 y 112.

hacerlas más convenientes para la realización del objeto del contrato, dentro de los límites que señale expresamente el pliego de cláusulas administrativas (y entendemos que también las variantes, pues el art. 115 RGCE dispuso que cada licitador no podrá presentar más que una sola proposición, pero ésta puede comprender cuantas soluciones distintas considere oportuno ofrecer en relación con el objeto del contrato); se consagraba la discrecionalidad de la Administración en los términos que hoy conocemos: la Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, sin atender necesariamente al valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso, y nos interesa apuntar que la Ley 5/1973 introdujo un párrafo a este artículo 36 tendente a afianzar los criterios objetivos como pilar básico del concurso: En los pliegos de cláusulas de los concursos se precisarán los criterios básicos a tener en cuenta para realizar la adjudicación.

Respecto a las actuaciones procedimentales, poco agregó el RGCE con relación al concurso. Como parece de suyo, conociendo la mecánica del concurso, el art. 116 RGCE definió el acto público en unos términos que eximían de que la propuesta de adjudicación tuviera lugar en el mismo momento, al decir que la Mesa de contratación elevaría las proposiciones *con el acta y las observaciones que estime pertinentes, a la Autoridad que haya de verificar la adjudicación del contrato*. Y se estableció también un plazo máximo de resolución del concurso, fijado en tres meses desde la fecha de apertura de las proposiciones; transcurrido el mismo sin que la Administración hubiese dictado la adjudicación, y salvo que en las bases se hubiera establecido otro plazo mayor, podían los licitadores que lo desearan retirar sus ofertas, así como las fianzas depositadas como garantías de las mismas. Ya vimos cómo la Ley de

Administración y Contabilidad había omitido tal plazo y ello era una deficiencia importante que subsanó la LCE⁸⁷.

El art. 37 LCE tasó los supuestos de utilización de la contratación directa para las siguientes obras:

- 1.- Aquellas en que no sea posible promover concurrencia en la oferta o en que por circunstancias excepcionales, que habrán de justificarse en el expediente, no convenga promoverla.
- 2.- Las de reconocida urgencia surgida como consecuencia de circunstancias imprevisibles que demandaren una pronta ejecución no dé lugar a la licitación urgente prevista en el artículo 26 de esta Ley, previa justificación en el expediente y acuerdo del Consejo de Ministros⁸⁸.
- 3.- Las referentes a reparaciones menores o de mera conservación.
- 4.- Las de cuantía inferior a 1.500.000 pesetas⁸⁹.
- 5.- Las que sean declaradas de notorio carácter artístico con arreglo al dictamen de organismos competentes.
- 6.- Aquellas en que la seguridad del Estado exija garantías especiales o gran reserva por parte de la Administración y no puedan realizarse directamente por ella.
- 7.- Las de instalación y montaje de los aparatos de faro y de todas las señales marítimas; y en general la instalación de

⁸⁷ PARADA VÁZQUEZ puso de manifiesto la importancia del establecimiento del plazo, dados los perjuicios que se pueden ocasionar al adjudicatario provisional y a los demás participantes; alude Parada a la propuesta que en tal sentido había formulado BOQUERA, al dictamen del Consejo de Estado de 21 de marzo de 1953, y a diversos preceptos de derecho comparado. PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *La nueva Ley...* Op. cit., págs. 418 y 419.

⁸⁸ La Ley 5/1973 sustituyó los términos *circunstancias imprevisibles* por los de *necesidades apremiantes*, y rebajó el acuerdo del Consejo de Ministros al del Jefe del Departamento.

⁸⁹ Cinco millones de pesetas, según la redacción dada por la Ley 5/1973.

instrumentos de control que exijan una gran precisión y seguridad, cuando los referidos trabajos no constituyan el objeto de un contrato principal de suministro.

- 8.- Las que no llegaren a adjudicarse por falta de licitadores o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, o porque habiendo sido adjudicadas el empresario no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del contrato, siempre que se realicen con sujeción a los mismos precios y condiciones anunciadas, a no ser que por la Administración se estime más conveniente sacarlas nuevamente a licitación en las condiciones que en cada caso se establezcan.
- 9.- Las que tengan por finalidad continuar la ejecución de obras cuyos contratos hayan sido resueltos, con el mismo requisito e igual salvedad expresados en el apartado anterior.
- 10.- Las que tengan por objeto el ensayo o experimentación.

Sobre este artículo operó la Ley 5/1973, de modo que eliminó la previsión del apartado número tres, desdobló los apartados ocho y nueve, e incluyó un apartado decimoprimeros en el que se contemplaron las obras de interés militar que puedan ser ejecutadas directamente por Organismos autónomos de carácter industrial, suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada (recogida también por el RGCE). Pero, sobre todo, de la incidencia de la Ley 5/1973 nos interesa destacar que agregó un último párrafo al art. 37 según el cual, y salvo para los supuestos de imposible concurrencia (primero) y de seguridad del Estado (quinto, tras la redacción de 1973), *el órgano de contratación deberá consultar, antes de realizar la adjudicación, al menos a tres Empresas, si ello es posible, capacitadas para la ejecución de las obras y fijar con la seleccionada el precio justo del contrato, dejando constancia de todo ello en el expediente*. El art. 118 RGCE añadió la posibilidad de que las consultas pudieran realizarse mediante anuncio público si lo

estimaba conveniente el órgano de contratación, o de la forma que estimara conveniente el órgano de contratación; y para las obras de alto interés militar, la forma de las consultas era decidida por el órgano de contratación.

1.4.5.1.2.- La subasta.

Para el contrato de obras, la LCE planteaba originariamente la posibilidad de utilizar la subasta y el concurso-subasta indistintamente; se trataba así de una legítima opción por parte de los órganos de contratación. Ese régimen de utilización fue modificado por la Ley 5/1973, que relegó la libre opción para proyectos de obras muy definidos y de ejecución sencilla, cuya cuantía fuese inferior de veinticinco millones de pesetas. Para los proyectos de obras que no cumpliesen tales requisitos, debía utilizarse con carácter general el concurso-subasta.

La subasta era definida por el art. 93 RGCE como una forma de adjudicación que versa *sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al oferente que, sin exceder de aquél, haga la proposición económicamente más ventajosa*. Y el concurso-subasta consistía en la suma de dos actuaciones: *" en la primera se realizará la previa admisión de las Empresas que reúnan las condiciones especialmente requeridas por el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder concurrir a la licitación, y en la segunda se hará la adjudicación a la que, entre las admitidas, haga la proposición económicamente más ventajosa, sin exceder del tipo de la licitación"*.

Procedimentalmente, el sistema que implantó la LCE y su Reglamento de desarrollo es el gran precursor del que conocemos en la actualidad. La ley expresó las grandes líneas, y el Reglamento,

como corresponde a su naturaleza, detalló minuciosamente todo el procedimiento administrativo de contratación.

El art. 29 LCE dispuso que las subastas se anunciarían en el BOE con una antelación mínima de veinte días hábiles (cuarenta días hábiles si la subasta tenía carácter internacional) a aquel en que haya de terminar el plazo para la presentación de las proposiciones. El Reglamento General de Contratación también dedicó atención al anuncio de licitación, detallando el contenido del mismo (art. 96)⁹⁰.

Además, el art. 95 RGCE precisó dos garantías a favor de los licitadores: por un lado, la garantía de suficiencia de plazo en el sentido de que *cualquier aclaración o rectificación del anuncio de subasta se hará pública en igual forma que éste, debiendo computarse, en todo caso, a partir del nuevo anuncio el plazo establecido para la presentación de proposiciones*. Por otro lado, una garantía en cuanto a limitación de gastos para el adjudicatario, cuestión ésta que ya venía siendo clásica en nuestras normas:

⁹⁰ El contenido establecido por el art. 96 RGCE era el siguiente:

- a) Objeto y tipo la misma.
- b) Plazo de ejecución de la obra y fecha prevista para su iniciación.
- c) Oficinas o dependencias de la Administración donde estén de manifiesto el proyecto, el pliego de cláusulas administrativas particulares y demás elementos que convenga conocer para la mejor inteligencia del contrato.
- d) Garantía provisional que se exija a los licitadores.
- e) Clasificación que, en su caso, hayan de acreditar los empresarios para tomar parte en la subasta.
- f) Referencia al modelo de proposición.
- g) Plazo y lugares para la presentación de las proposiciones y día, hora y lugar en que haya de celebrarse la licitación, teniendo en cuenta la conveniencia de dejar un plazo entre ambos, para la subsanación de posibles defectos en la documentación presentada.
- h) Documentos que deben presentar los licitadores.

Únicamente será de cuenta del adjudicatario de las obras la publicación, por una sola vez, del expresado anuncio en el "Boletín Oficial del Estado", salvo que otra cosa indique el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Las proposiciones debían sujetarse al modelo previsto en el anuncio de licitación, e ir acompañadas de los documentos acreditativos de la personalidad del empresario, de la constitución de garantía provisional y, en su caso, clasificación del contratista (la LCE en el Título I del Libro II introdujo la clasificación empresarial como requisito de capacidad para contratos de obras superiores a cinco millones de pesetas); la exigencia de otros documentos debía ser contemplada expresamente por el anuncio de licitación. Por su parte, la Ley 5/1973 también incidió en la cuestión de la documentación de los empresarios: para empezar, estableció que la presentación de la proposición presume la aceptación incondicionada por el empresario de las cláusulas del pliego y la declaración responsable de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para contratar con la Administración; pero además, exigió la presentación del carnet de empresa con responsabilidad para algunos casos, y permitió que la documentación adicional exigida por el anuncio pudiera ser presentada por el adjudicatario en cualquier momento anterior a la formalización del contrato, salvo que dicho anuncio dispusiera lo contrario. En el caso de que el adjudicatario no presentara los documentos requeridos debía acordarse la anulación de la adjudicación con pérdida de la fianza provisional; además, el órgano de contratación debía dictar adjudicación al licitador que resultase mejor postor (art. 97 RGCE).

El RGCE dedicó muy especial atención a la forma de presentación de las proposiciones y al desarrollo del acto público, y lo hizo de forma que aún seguimos de cerca en nuestra vigente normativa. Los sobres habían de presentarse cerrados y firmados por

el licitador o su representante, debiendo presentarse en sobres distintos la proposición económica y la documentación administrativa; en cada sobre debía constar su contenido y el nombre del licitador. Esto era detallado por el art. 99, que agregaba un principio general que recogemos casi intacto en la actualidad: *"cada licitador no podrá presentar más que una sola proposición, cualquiera que sea el número de dependencias donde éstas puedan ser presentadas. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en agrupación temporal con otras, si lo ha hecho individualmente. La contravención de este principio dará lugar a la desestimación de todas las por él presentadas"*.

Originariamente el RGCE dispuso que las proposiciones u ofertas contractuales habían de ser entregadas a mano en las dependencias u oficinas expresadas en el anuncio dentro del plazo de admisión señalado en el mismo. No se admitían las enviadas por correo o cualquier otro procedimiento diferente del señalado, salvo que el anuncio de la licitación lo autorizara, respetándose siempre el secreto de la oferta. Es decir, con la prohibición de la presentación por correo el Reglamento salía al paso de los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales que anteriormente hemos comentado, zanjando la cuestión con la prohibición absoluta de la presentación postal. No obstante, esta solución no fue la definitiva, pues el Real Decreto 2528/1986 introdujo en el art. 100 RGCE las modificaciones necesarias para que las proposiciones pudieran ser presentadas por correo dentro del mismo plazo general que establece el anuncio de licitación. En tales casos, el empresario debía *"justificar la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante télex o telegrama en el mismo día. Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la proposición se es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha de la terminación del plazo señalado en el anuncio. Transcurridos, no obstante, diez días naturales siguientes a*

la indicada fecha sin haberse recibido la proposición, ésta no será admitida en ningún caso”.

Las oficinas receptoras debían dar recibo de cada proposición en el que constase el nombre del licitador, la denominación de la obra objeto de la licitación y el día y hora de la presentación. Una vez entregada la proposición no podía ser retirada bajo ningún pretexto. Una vez terminado el plazo de recepción, el jefe de la oficina receptora debía expedir una certificación relacionada de las proposiciones recibidas o de la ausencia de licitadores, y remitirla junto con aquellas al Secretario de la Mesa de contratación (art. 100 RGCE).

La LCE (art. 33) concretó la composición de la Mesa de contratación, que debía estar integrada por un Presidente designado por el Ministro, hasta dos Vocales nombrados por el Jefe del servicio a que el contrato se refiriese, un asesor jurídico en los Ministerios militares, un funcionario del Cuerpo de Letrados en el Ministerio de Justicia o un Abogado del Estado en los demás Departamentos, un Delegado de la Intervención General del Estado, y un Secretario designado entre los funcionarios administrativos del Departamento.

La ley de 1965 mantuvo el esquema de una primera adjudicación provisional y otra definitiva (para las subastas, no para el concurso), de modo que la provisional no creaba derecho alguno a favor del adjudicatario. Y en cuanto al desarrollo de las actuaciones administrativas, el art. 31 previó que *“la Mesa de contratación, una vez determinadas las proposiciones presentadas en tiempo y forma, acordará la adjudicación provisional del contrato al mejor postor”*. Esta redacción originaria fue modificada por la Ley 5/1973, propiciando que se pudieran distinguir claramente dos momentos: uno de calificación documental que puede celebrarse a puerta cerrada, y otro de carácter público; el tenor literal del nuevo art. 31 resultaba

así: *"la Mesa de contratación calificará previamente los documentos presentados en tiempo y forma y procederá en acto público a la apertura de las proposiciones admitidas, acordando la adjudicación provisional del contrato al mejor postor"*.

A efectos de esa calificación documental, el Presidente de la Mesa debía ordenar la apertura de los sobres de documentación administrativa (distinto, como hemos dicho, del de proposición económica), y el Secretario debía certificar la relación de documentos que figurasen en cada uno de ellos. Si la Mesa observaba defectos materiales en la documentación presentada podía conceder si lo estimaba conveniente, un plazo no superior a tres días para que el licitador subsanase el error (art. 101 RGCE).

La apertura de las proposiciones, que debía celebrarse en acto público debía acontecer en el lugar, día y hora señalados en el anuncio de la licitación, a cuyos efectos debía constituirse la Mesa de contratación.

Tal acto público debía comenzar dándose lectura al anuncio de la subasta y procediéndose seguidamente al recuento de las proposiciones presentadas y a su confrontación con los datos que figurasen en los certificados extendidos por los jefes de las oficinas receptoras; después debía darse conocimiento al público del número de proposiciones recibidas y nombre de los licitadores, dando ocasión a los interesados para que pudieran comprobar que los sobres de ofertas se encontraban en la Mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados. Seguidamente, el Presidente debía notificar el resultado de la calificación de los documentos presentados (documentación administrativa), con expresión de las proposiciones rechazadas y causa de su inadmisión y de las proposiciones admitidas. En caso de discrepancia entre las proposiciones que obraban en poder de la Mesa y las que como presentadas se dedujeran de las

certificaciones de que dispone la misma, o que se presentasen dudas sobre las condiciones de secreto en que hubieran sido custodiadas, debía suspenderse el acto y realizarse urgentemente las investigaciones oportunas sobre lo sucedido, volviéndose a anunciar nuevamente una vez que todo haya quedado aclarado en la debida forma (art. 102 RGCE).

Antes de la apertura de la primera proposición económica había de invitarse a los asistentes a que manifestasen las dudas que tuviesen o pidieran las explicaciones necesarias, procediéndose por la Mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que en ese momento pudiera aquella hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas o en el de subsanación de defectos. Terminado ese periodo no se admitían observaciones que interrumpieran el acto (art. 104 RGCE). Si en este acto se comprobaba que alguna proposición carecía de concordancia con la documentación examinada y admitida, excedía del tipo de subasta, variaba sustancialmente el modelo establecido o comportaba error manifiesto en el importe del remate, debía ser desechada por la Mesa; por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal de que lo uno o la otra no alterasen su sentido, no era causa bastante para no admitir la proposición. Como puede apreciarse, la exclusión por defectos formales parece ya a estas alturas bastante racionalizada, y no debían producirse exclusiones tajantes si el defecto no era relevante. En consonancia con ese criterio, tampoco era causa de desestimación la falta o insuficiencia de reintegro en los documentos sujetos a este impuesto, defecto que si no era subsanado por el interesado debía serlo de oficio con cargo a la fianza provisional del licitador.

Y como habíamos anunciado, ya no se contempla la posibilidad de dirimir los empates mediante pujas a la llana, sino que en tales

supuestos debía decidirse la adjudicación mediante sorteo (art. 105 RGCE).

Tras comunicar la adjudicación provisional, la Mesa debía invitar a los licitadores asistentes a que expusieran cuantas reclamaciones o reservas estimasen oportunas contra el acto celebrado, y posteriormente había de levantarse acta que recogiera sucinta pero fielmente todo lo sucedido. Ese acta debía ser firmada, al menos, por el Presidente y el Secretario de la Mesa y por los que hubiesen hecho presente sus reclamaciones o reservas (art. 108 RGCE).

La aprobación o adjudicación definitiva perfeccionaba el contrato y debía recaer dentro del plazo de los veinte días siguientes a la fecha de la adjudicación provisional; en caso contrario el licitador interesado podía retirar su proposición y la fianza que hubiese prestado (art. 109 RGCE). La adjudicación definitiva debía confirmar la provisional, excepto en los siguientes casos:

- a) Cuando la Mesa de contratación hubiera verificado la adjudicación provisional con infracción del ordenamiento jurídico.

En este caso, la subasta era declarada desierta.

- b) Cuando la Autoridad que haya de otorgar la aprobación presuma fundadamente, previo informe preceptivo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que la proposición no puede ser normalmente cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias.

Se consideraba, en principio, como desproporcionada o temeraria, la baja de toda proposición cuyo porcentaje excediera en diez unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, sin perjuicio de la

facultad del órgano de contratación de apreciar, no obstante, previos los informes adecuados, y la audiencia del adjudicatario, como susceptibles de normal cumplimiento las respectivas proposiciones. En caso de que la adjudicación no se dictara a favor del empresario inicialmente incurso en presunción de temeridad, se haría a favor del mejor postor no incurso en tal presunción, salvo que el órgano de contratación estimase más oportuno anunciar nueva licitación (art. 109 RGCE).

La existencia de dos supuestos (hay que entender que esos supuestos tienen carácter taxativo) en los cuales la adjudicación no se producía de manera automática supuso la quiebra del tradicional principio de la adjudicación necesaria. En efecto, autores como BOQUERA OLIVER, PARADA VÁZQUEZ o VILLAR PALASÍ expusieron por aquellos tiempos cómo una de las notas que tradicionalmente habían caracterizado a la subasta era su carácter automático: es más, ese carácter automático era enunciado expresamente por algunas normas cómo el art. 14 RCCL. Hasta la Ley de 1965, *"siempre que las ofertas se conformen con los Pliegos, la adjudicación habría que hacerla necesariamente al mejor postor, si éste se ajusta al tipo fijado o lo mejora"*⁹¹; es más, *en el caso de haberse presentado un solo licitador no podía estimarse legítima una condición en el Pliego que reservara a la Administración la facultad de no adjudica, pues ello pugnaría con la esencia misma del procedimiento de subasta"*⁹².

1.4.5.1.3.- El concurso-subasta.

Con relación al concurso-subasta, el Reglamento partía de la aplicación de los preceptos relativos a la subasta excepto en lo que resultara de exclusiva aplicación a ella, pero estableció también una serie de normas para el concurso-subasta que partían de un trámite de

⁹¹ VILLAR PALASÍ, J.L.: *Lecciones...* Op. cit., pág. 106.

⁹² BOQUERA OLIVER, J.M.: *La selección...* Op. cit., pág. 179.

admisión previa. En efecto, las empresas interesadas debían ser admitidas previamente por el órgano de contratación a la subasta. A esos efectos debían establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos que regulasen dicha previa admisión, y los documentos que acreditasen esos criterios debían ser presentados en un tercer sobre, distinto a los de proposición y documentación administrativa. El propio Reglamento expresaba que los criterios de admisión previa podían atender, entre otros, *"a factores tales como la experiencia en modernas tecnologías vinculadas al tipo de obra; la correcta programación de las obras en cuestión según diagramas de tiempos, actividades y previsiones de costes; el plan de dispositivos e instalaciones disponibles en orden a la adecuada organización y ejecución del proceso constructivo, o a otros factores análogos que permitan criterios seguros de selección"* (art. 110). Este trámite de admisión tenía efectos meramente preliminares, pues la admisión definitiva a la subasta competía a la Mesa de contratación (art. 111 RGCE), y debía dilucidarse (el trámite de admisión previa) en un plazo no superior a seis días desde el siguiente a la terminación del plazo de presentación de proposiciones (plazo que era idéntico al de la subasta: veinte días hábiles desde la publicación en el BOE, o cuarenta si se trataba de contrato de carácter internacional). La LCE incluyó, pues, el concurso-subasta después de que su existencia fuera vista por algún autor como una ventaja de la normativa local frente a la estatal (ya dimos cuenta de ello anteriormente). No obstante, no todos los aspectos del concurso-subasta fueron vistos como positivos, y PARADA VÁZQUEZ criticó la desafortunada denominación; para él, la terminología era desafortunada y resultó lamentable su mantenimiento para la ley estatal: escribía PARADA⁹³ que *"aparte de que decir concurso-subasta es algo así como decir carne-pescado, el sistema a que responde se conoce en los países cercanos al nuestro con la expresión más apropiada de adjudicación restringida..., por lo que entre nosotros la*

⁹³ PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *La nueva Ley...* Op. cit., págs. 442 y 443.

denominación correcta sería la de subasta restringida, ya que entre los licitadores que han superado la admisión previa, la contrata se adjudica según la regla típica y característica de ésta, es decir, la de la adjudicación al mejor postor". Y advertía también PARADA de una posible quiebra del sistema: *"a través de la admisión previa puede prejugarse decisivamente la adjudicación si se concede el pase a la sesión de adjudicación a un único aspirante".* Conviene que retengamos estos comentarios de PARADA para su posterior cotejo con nuestro actual sistema.

1.4.5.2.- Las formas de adjudicación para los restantes contratos administrativos.

Para el contrato de gestión de servicios públicos, el art. 69 estableció que se adjudicarían ordinariamente mediante el procedimiento de concurso, pudiendo utilizarse la contratación directa sólo en cinco supuestos tasados:

- 1.- Aquellos servicios respecto de los que no sea posible promover concurrencia en la oferta o en que, por circunstancias excepcionales que habrán de justificarse en el expediente, no convenga promoverla.
- 2.- Los de reconocida urgencia surgida como consecuencia de acontecimientos imprevisibles que demandaren una pronta puesta en marcha del servicio, que no dé lugar a la licitación urgente del concurso prevista en el artículo 26 de esta Ley, previa justificación en el expediente.
- 3.- Aquellos que afecten a la seguridad del Estado o exijan gran reserva por parte de la Administración y que no puedan realizarse directamente por ella.
- 4.- Los de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento no se prevea superior a 1.500.000

pesetas (cinco millones, tras la reforma de la Ley 5/1973), ni su plazo de duración sea superior a dos años.

- 5.- Los anunciados a concurso que no llegaren a adjudicarse por falta de licitadores o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, o porque, habiéndose adjudicado, el empresario no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del contrato, siempre que se realicen con sujeción a las mismas condiciones anunciadas a no ser que por la Administración se acuerde sacarlos nuevamente a concurso, en las condiciones que en cada caso se establezcan.

También para el contrato de suministros se establecía que el procedimiento ordinario de adjudicación sería el concurso; la contratación directa, según el art. 87 LCE, sólo podía tener lugar en los siguientes supuestos:

- 1.- Cuando no sea posible promover concurrencia en la oferta por versar sobre productos amparados por patentes o que constituyan modelos de utilidad, o sobre cosas de que haya un solo productor o poseedor, o cuando por circunstancias excepcionales no convenga promover concurrencia en la oferta.
- 2.- Los de adquisición de productos comprendidos en algunos de los monopolios del Estado o de artículos sometidos a tasa o distribución de consumo respecto de los cuales no sea posible, por dicha circunstancia, promover licitación.
- 3.- Los de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de circunstancias imprevisibles que demandaren un rápido suministro que no dé lugar a las formalidades de la licitación urgente (la Ley 5/1973 también dio nueva redacción a este apartado, cambiando la alusión a circunstancias imprevisibles por la de *necesidades*

- apremiantes*, y exigiendo la previa justificación razonada en el expediente).
- 4.- Los de suministro de bienes que no excedan en total de 1.500.000 pesetas (tres millones de pesetas, tras la Ley 5/1973).
 - 5.- Aquellos en que la seguridad del Estado exija garantías especiales o gran reserva por parte de la Administración (*cuyo expediente haya sido declarado secreto por parte de la Administración*, redactó la Ley 5/1973).
 - 6.- Los anunciados a concurso que no llegaren a adjudicarse por falta de oferentes o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, o porque, habiendo sido adjudicados, el empresario no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del contrato, siempre que se realicen con sujeción a los mismos precios y condiciones anunciados, a no ser que por la Administración se acuerde sacarlos nuevamente a licitación en las condiciones que en cada caso se establecen.
 - 7.- Los que se refieran a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria por acuerdo del Consejo de Ministros, siempre que la adopción del tipo de que se trate se haya hecho previa e indispensablemente en virtud de concurso, de acuerdo con lo establecido en el presente Título.

La Ley 5/1973 añadió un nuevo apartado, el octavo, para aquellos suministros que tuviesen por objeto el ensayo o experimentación.

Con relación a los contratos de estudios y servicios técnicos a celebrar por los Ministerios con empresas consultoras, el Decreto 916/1968, de 4 de abril, había establecido la regla ordinaria del concurso con trámite de admisión previa, y una serie de supuestos tasados para la contratación directa:

- a) Los de cuantía inferior a un millón quinientas mil pesetas.
- b) Cuando sólo exista una Entidad capaz de realizar el estudio o servicio.
- c) Los de reconocida urgencia surgida como consecuencia de circunstancias imprevistas debidamente justificadas en el expediente.
- d) Aquellos otros que por su carácter reservado o de estrategia militar no convenga promover publicidad y concurrencia.

De los dos últimos supuestos era preciso dar cuenta al Consejo de Ministros.

Posteriormente, para los contratos de asistencia a celebrar por los Ministerios o sus Organismos autónomos con empresas consultoras o de servicios, el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, estableció también que la adjudicación debía efectuarse ordinariamente mediante concurso público (art. 8). La contratación directa sólo procedía en los supuestos concretamente determinados por el art. 9, y bajo autorización del Jefe del Departamento o del Presidente o Director del Organismo autónomo:

- a) Los de cuantía inferior a tres millones de pesetas.
- b) Aquellos en que sólo exista una empresa clasificada para realizar los estudios o servicios o en que, por circunstancias excepcionales, no convenga promover la concurrencia, previa justificación razonada en el expediente.
- c) Los de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de necesidades apremiantes que demandaran una pronta ejecución del estudio o servicio de que se trate, previa justificación razonada en el expediente.

- d) Aquellos que, por afectar a la seguridad del Estado, precisen garantías especiales o cuyo expediente haya sido declarado secreto.
- e) Los que no llegaran a adjudicarse en concurso público previamente celebrado o cuando el adjudicatario no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del contrato.

1.5.- IDEAS FINALES DEL CAPÍTULO.

Entendemos que el repaso a la normativa que en los dos últimos siglos ha regulado la contratación administrativa ofrece la posibilidad de seguir sin demasiada dificultad el hilo de su evolución. No pretendemos efectuar aquí una exposición de conclusiones, pues no es este el lugar adecuado; pretendemos, eso sí, anunciar cuál es el camino por el que va a discurrir este trabajo a continuación. De igual forma que es imposible delimitar a tiralíneas la normativa decimonónica de la del siglo veinte, resultaría artificial que dejásemos aquí el estudio de la cuestión. Por ello, en el siguiente Capítulo vamos a efectuar un estudio de la influencia que el derecho comunitario ha ejercido en los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos administrativos en España. Podemos anticipar que esa influencia ha sido notable (como en muchas otras parcelas jurídicas) y singularmente propiciada por la jurisprudencia comunitaria. Entendemos que esta etapa merece un tratamiento individualizado, sobre todo, por la cercanía a nuestro tiempo. De hecho, ya anunciamos que las últimas reformas de la LCE no iban a ser expuestas en este primer capítulo porque encuentran su justificación en el marco de la incorporación de España a las Comunidades Europeas. Por ello, el siguiente capítulo estará dedicado exclusivamente a esta influencia continental, para pasar a un siguiente bloque en el que expondremos los perfiles de nuestro actual

sistema y será allí donde completaremos la visión que este trabajo pretende mostrar.

CAPITULO II

LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN LOS SISTEMAS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CAPÍTULO II: LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN LOS SISTEMAS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

2.1.- INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS INSPIRADORES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEA.

2.1.1.- LOS ANTECEDENTES EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

2.1.2.- EL DERECHO COMUNITARIO CENTRA INICIALMENTE SU ATENCIÓN EN LA PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

2.1.3.- OTRAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

2.1.3.1.- El Acuerdo sobre Compras del Sector Público del GATT.

2.1.3.2.- La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios.

2.2.- LAS PRIMERAS NORMAS COMUNITARIAS SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

2.3.- LA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA ESPAÑOLA AL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, EN MATERIA DE PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN.

2.3.1.- LA NATURALEZA DEL DERECHO COMUNITARIO: CONSECUENCIAS EN ORDEN A LA TRANSPOSICIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

2.3.2.- EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 931/1986, DE 2 DE MAYO, POR EL QUE SE MODIFICÓ LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO.

- 2.3.3.- EL REAL DECRETO 2528/1986, DE 28 DE NOVIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO.
- 2.4.- LOS PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL DERECHO COMUNITARIO TRAS LA ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA (1986-2004).
- 2.5.- LA MÁS RECIENTE INFLUENCIA COMUNITARIA: DIRECTIVAS 2004/18 Y 2004/17, DE 31 DE MARZO, SOBRE COORDINACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS.
 - 2.5.1.- EL DIÁLOGO COMPETITIVO.
 - 2.5.2.- EL CONCURSO DE PROYECTOS.
 - 2.5.3.- EL ACUERDO MARCO.
 - 2.5.4.- LOS SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN.
 - 2.5.5.- LAS CENTRALES DE COMPRA.
 - 2.5.6.- LAS SUBASTAS ELECTRÓNICAS.
 - 2.5.7.- NORMAS DE CARÁCTER GENERAL.
 - 2.5.7.1.- *Ofertas anormalmente bajas.*
 - 2.5.7.2.- *Normas aplicables a las comunicaciones y a las invitaciones e información para los candidatos y licitadores.*
- 2.6.- REFLEXIONES FINALES DEL CAPÍTULO.

2.1.- INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS INSPIRADORES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEA.

Si pretendemos llegar a un correcto entendimiento de la situación actual de los sistemas de adjudicación de los contratos administrativos en España es ineludible analizar previamente cuál ha sido la influencia que sobre los mismos ha ejercido el derecho de la Unión Europea, antes Comunidades Europeas. Como vamos a tener ocasión de comprobar la influencia de este derecho comunitario es de gran importancia en materia de contratación administrativa; de hecho, podemos afirmar sin temor a cometer un gran error que es éste uno de los campos en los que el derecho europeo más ha ido aumentando paulatinamente su intervención. Como veremos, ello ha sido así porque las instituciones comunitarias han encontrado poderosas razones de principio que justifican la importancia que tiene el que todos los países miembros sigan unos patrones comunes en cuanto a la adjudicación de sus contratos públicos.

El fundamento principal de que la Unión Europea pretenda la homogeneización de algunos aspectos de la contratación pública es la consecución del mercado interior único. Luego puede decirse que la adopción de una serie de pautas comunes en la contratación pública de los Estados miembros se erige en instrumento para la consecución de uno de los objetivos centrales de las Comunidades Europeas: el establecimiento de un mercado común, al que se le fijó una fecha, el año 1992. Se trata, pues, de utilizar la contratación pública como instrumento para alcanzar un objetivo de eficiencia económica, el mercado interior, aunque cada vez existe un mayor convencimiento

de que la contratación pública debe servir al mismo tiempo para cumplir objetivos sociales y medioambientales.

2.1.1.- LOS ANTECEDENTES EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

Se ha puesto muchas veces de manifiesto que los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas (en adelante, TCE) no contemplaban ninguna previsión relativa a la contratación pública de los Estados miembros; ello ha recibido diversas explicaciones según los autores: desde las que lo atribuyen sencillamente a imprevisión hasta las que esgrimen la innecesariedad de su plasmación en aquellos textos iniciales⁹¹, pasando por quienes entendieron incluso que la ausencia de tales previsiones resultaron a la postre una ventaja para la aprobación del Tratado constitutivo por parte de los Parlamentos nacionales⁹². Únicamente podemos considerar como referentes en el TCE los arts. 132.4 y 223.1.b)⁹³.

⁹¹ E incluso BASSOLS lo atribuye a la filosofía de los Tratados Comunitarios (Roma, 1957 y Bruselas, 1965) en orden a rehuir todo pronunciamiento categórico respecto a la actividad económica de los poderes públicos. BASSOLS COMA, M.: "Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa". *Noticias CEE*, nº 21, octubre 1986. Pág. 27.

⁹² Así lo entendió OJEDA MARÍN, basándose en una carta remitida por el secretario general de Asuntos Económicos de Bélgica, el Barón Snoy et D'Oppuers, y dirigida al presidente de la Confederación Nacional de la Construcción el día 24 de agosto de 1960, en la que le decía: "es con sabiduría como los autores del Tratado han resuelto el problema planteado, porque parece evidente, a mi entender, que, llegado el momento de ratificar el Tratado, los Parlamentos nacionales no habrían aceptado la supresión de discriminaciones en la adjudicación de obras. Las tradiciones proteccionistas son, en efecto, mucho más intensas de lo que se hubiera esperado". OJEDA MARÍN, A.: "La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública". *Revista de Administración Pública*, núm. 116. Mayo-agosto de 1988. Pág. 414.

⁹³ Expondremos expresamente el art. 132.4 más adelante; el art. 223.1.b) rezaba así: "todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la

Esa falta de previsión en los Tratados originarios no es representativa, sin embargo, de la importancia que posteriormente ha adquirido la contratación del sector público en el ordenamiento europeo. En ese sentido, con posterioridad a dichos Tratados se ha insistido en que a la contratación pública de los estados miembros le resultan aplicables los principios de carácter general que se establecen en aquéllos; y así lo ha expresado también la jurisprudencia del TJCE⁹⁴, que afirmó que la regulación comunitaria del contrato de obras tiene su base en las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, la del contrato de suministro en la libre circulación de mercancías, y en consonancia, la regulación del contrato de servicios tendría su fundamento en el mismo principio de libre prestación de servicios. Por lo tanto debemos entender que son aplicables en particular aquellos principios de carácter general directamente encaminados a establecer una libre competencia y finalmente un mercado común único: singularmente, pues, habremos de considerar que están muy implicados en la cuestión los principios relativos a la libertad de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales.

Como no podía ser de otro modo, tales libertades fueron reflejadas por el Tratado constitutivo⁹⁵, y volvieron a ser proclamadas

protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares”.

⁹⁴ En sentencias como la CEI y Bellini, de 9 de julio de 1987, o en la de 17 de febrero de 1981.

⁹⁵ El artículo 3 TCE dispuso que para alcanzar los fines perseguidos, la acción de la Comunidad implicaría, entre otras, el establecimiento de “*un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales*”. Estrechamente vinculado a este aspecto hemos de considerar a los apartados g) y h) de tal art. 3,

en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa⁹⁶. Pero para una mayor justificación de la labor normativa que las Comunidades (y hoy Unión) Europeas han desarrollado en materia de contratos públicos, ha sido frecuente invocar también el art. 100 (y también el 100 A): *“El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común”*. Es decir, a falta de unas previsiones taxativas en el TCE, las Comunidades Europeas buscaron la justificación suficiente para dictar normas sobre la contratación pública, con el absoluto convencimiento de que ésta es una materia esencial para materializar el mercado común.

En ese haz de principios generales que influyen en la contratación pública de los Estados miembros cobra una especial importancia el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (el originario artículo 6 TCE dispuso la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad). Con base en el mismo, el TJCE ha ido construyendo una importante jurisprudencia que ha ido declarando contrarias a derecho las prácticas discriminatorias en la adjudicación de contratos públicos, ya consigan esa discriminación de una forma inmediata o mediata⁹⁷.

que preveían también *“un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior, y la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común”*.

⁹⁶ El artículo I-4 establece: 1.- *“La Unión garantizará en su interior la libre circulación de personas, servicios, mercancías, capitales y la libertad de establecimiento, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución. 2.- En el ámbito de aplicación de la Constitución, y sin perjuicio de sus disposiciones particulares, se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad”*.

⁹⁷ Resulta ya paradigmática la cita de la STJCE Beentjes, de 20 de septiembre de 1988 (TJCE 1989/26). Pero pueden citarse otras muchas como las Sentencias

Vista la importancia que la contratación pública representa para la consecución del mercado interior, si bien aquella no fue merecedora de aparición expresa en el Tratado constitutivo, es en el denominado derecho derivado en el que ha tenido lugar un desarrollo explícito e interesante de una serie de pautas unificadoras de los procedimientos para seleccionar a los contratistas públicos por parte de los Estados miembros. No es baladí, pues, la afirmación de que el logro de la liberalización comunitaria en este ámbito de la contratación pública sea una piedra de toque para la construcción del mercado interno⁹⁸.

2.1.2.- EL DERECHO COMUNITARIO CENTRA INICIALMENTE SU ATENCIÓN EN LA PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

Y conviene ya poner de relieve que dónde la Unión Europea ha puesto mayor énfasis es precisamente en el aspecto que nosotros estamos estudiando, esto es, en las fases de preparación y adjudicación de los contratos, lo que es fácilmente comprensible bajo la perspectiva de que es en esos momentos procedimentales en los que cabe respetar o vulnerar los principios comunitarios que se quieren proteger y que anteriormente hemos citado. Eso tiene una lógica explicación: existe una natural tendencia a discriminar positivamente a los empresarios nacionales a la hora de adjudicar los contratos públicos⁹⁹. Bajo esta misma lógica puede decirse, pues,

Transporoute, de 10 de febrero de 1982, Leclerc, de 10 de enero de 1985, la de Francia contra la Comisión de 19 de marzo de 1991 (asunto C-202/88) o la de la Comisión contra Italia, de 3 de junio de 1992 (asunto C-360/89).

⁹⁸ STOBER, R.: *Derecho Administrativo Económico*. MAP. Madrid, 1992. Pág. 381.

⁹⁹ OJEDA MARÍN puso a la vista algunos supuestos que habían significado una cierta apertura a los contratistas extranjeros, en los siglos XIX y XX. No obstante, se trata de disposiciones muy puntuales, dentro de unos sistemas contractuales muy proteccionistas, y motivados por largos períodos de estancamiento económico y la insuficiente innovación tecnológica española. Así, OJEDA cita como primer ejemplo la Ley de ferrocarriles de 1885, en la se estimulaba y garantizaba la presencia de

como lo ha hecho GIL IBÁÑEZ¹⁰⁰, que al derecho comunitario “*le resultan un tanto ajenos los problemas referidos a las prerrogativas que pueda tener la Administración contratante, la dualidad de regímenes civil/administrativo de los contratos, los efectos que producen, etc.*”

A nuestro entender, esa aparente despreocupación del derecho comunitario concuerda con el espíritu finalista de las directivas comunitarias, al que preocupan más los objetivos comunitarios a cumplir y menos los instrumentos jurídicos a través de los que se logren. En esa línea creemos que hay que entender también el concepto funcional y no formal de poder adjudicador. Estos planteamientos son los únicos posibles si analizamos que en los ordenamientos internos de los Estados de la Unión Europea encontramos sistemas en que el contrato administrativo tiene autonomía o entidad propia (España o Francia), y otros sistemas en los cuales la Administración contrata bajo el derecho privado (Reino Unido o Alemania)¹⁰¹. En los primeros momentos, las Comunidades

licitadores extranjeros para atraer capitales o empréstitos extranjeros en la construcción de ferrocarriles, bajo la protección del Estado y exentos de represalias, confiscaciones o embargos por causa de guerra. También, por citar otro ejemplo, el Real Decreto de 7 de diciembre de 1900 admitía que los contratistas de obras públicas fuesen extranjeros *cuando las obras que se contraten exijan para su ejecución elementos que sean objeto de privilegio de invención o constituyan una especialidad industrial poco desarrollada en España*. OJEDA MARÍN, A.: “Contratos públicos en la Comunidad Europea: la Ley de Contratos del Estado y su adecuación al ordenamiento jurídico comunitario”. *Revista de Administración Pública*, nº 112. Enero-abril de 1987. Págs. 133-136.

¹⁰⁰ GIL IBÁÑEZ, J.L.: “La recepción del Derecho comunitario en las normas españolas sobre contratos públicos. La transposición de la Directiva 97/52/CE por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre”. *Actualidad Administrativa*, 2000. Núm. 35.

¹⁰¹ También es interesante advertir, como ha hecho BAÑO LEÓN, que no todos los Estados han hecho suyas las Directivas de contratación en la misma medida. Esto es, por ejemplo España incorporó en principio las prescripciones de las Directivas para todos los contratos administrativos, aunque el derecho comunitario no los sometiera

Europeas se vieron ante la tesitura de optar entre esos dos modelos, e inicialmente la opción fue a favor del modelo alemán; de ello es prueba el hecho de que se dictaran Directivas independientes para cada tipo de contrato (de obras, por un lado, y de suministros, por otro). Posteriormente, sin embargo, la mayor influencia ha procedido del modelo francés, optando por una refundición de normas que presentan preceptos de general aplicación y especialidades para cada tipo de contrato¹⁰².

Por lo tanto, al derecho comunitario no le ha interesado tanto unificar los instrumentos jurídicos cuanto establecer una serie de normas que garanticen el cumplimiento último de una serie de principios que deben ser uniformes en todos los contratos públicos de los Estados integrantes de la Unión Europea¹⁰³.

expresamente; en el extremo opuesto, Alemania mantiene una dualidad, según la cual las Directivas sólo se aplican a los contratos sujetos al Derecho comunitario, y el resto siguen sometidos al Derecho privado, negando en este terreno incluso la posibilidad de tutela judicial respecto de publicidad o criterios de adjudicación para los interesados. En la medida en que ello es admisible jurídicamente, también habrá que admitir que el Derecho comunitario de la contratación pública va a tener una mayor influencia en países como España que en otros como Alemania. BAÑO LEÓN, J.M.: "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". *Revista de Administración Pública*, núm. 151. Enero-abril de 2000. Pág. 12.

¹⁰² Vid. MORENO MOLINA, J.A.: *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*. Ed. McGraw-Hill. Madrid, 1996. Págs. 117-121. Explica cómo en el derecho alemán la regulación es independiente para cada tipo de contrato, mientras en el ordenamiento francés existe un Código de contratos públicos.

¹⁰³ OJEDA reflejó la existencia de dos posturas acerca de la posibilidad de diseñar un bloque uniforme de normas de Derecho público con aplicación unificada en todos los Estados miembros. Por un lado estarían aquellos que sostenían la unificación absoluta de los distintos ordenamientos jurídico-públicos, posición esta que choca con fortísimos problemas de técnica jurídica; por otro lado, existen defensores del no acercamiento de las legislaciones nacionales porque ello eliminaría la identidad nacional. Para Ojeda, la postura acertada es una tercera, intermedia que propugna un acercamiento paulatino, progresivo, y que se consigue por la vía indirecta de

Esta inclinación proteccionista a la que anteriormente nos hemos referido ha sido puesta de manifiesto en numerosas ocasiones; de hecho parece que el TCE sí tenía conciencia de la importancia del fenómeno y empezó por dar ejemplo con sus propias licitaciones, o al menos así lo intuimos nosotros a la vista de su art. 132.4: "*Para las inversiones financiadas por la Comunidad, la participación en las convocatorias para la adjudicación de obras, servicios y suministros quedará abierta, en igualdad de condiciones, a todas las personas físicas y jurídicas que tengan la nacionalidad de los Estados miembros o de los países y territorios*". Y en esa misma línea se situó la Comisión Europea en su documento denominado *El coste de la no Europa*, conocido habitualmente como Informe Cecchini, pero ya proponiendo con relación a las licitaciones de los Estados miembros. En el mismo se afirmaba que una de los factores necesarios para la consecución del mercado interior era la desaparición de las compras públicas protegidas nacionalmente, y el informe no se quedaba ahí, sino que estimaba en unos 17.500 millones de ecus anuales el exceso que debían pagar las autoridades públicas por la adquisición de bienes y servicios por razón de los sistemas proteccionistas que hemos comentado (estos sistemas potencian además la existencia de empresas ineficaces, singularmente en sectores como los de transportes, telecomunicaciones o energía)¹⁰⁴. En cambio, la

fijar objetivos e intereses económicos a los que los Estados deben llegar con sus propios ordenamientos. Ojeda da cuenta de cómo ello está siendo una realidad en el Derecho público económico, donde las diferencias entre los ordenamientos nacionales se está reduciendo (por ejemplo, podemos observarlo fácilmente en sectores como el de los transportes, medio ambiente, agricultura y pesca, entre otros). OJEDA MARÍN, A.: *La Comunidad Europea...* Op. cit., págs. 410 y 411.

¹⁰⁴ Aunque tampoco debemos elevar a categoría absoluta el reproche de las denominadas compras nacionales. Como puso de manifiesto SAMANIEGO BORDIÚ, "*la sencilla respuesta de que todas las compras nacionales repugnan el mercado común es absurda y falsa. Es absurda porque no se puede pretender...que todos los contratos sean adjudicados a empresas no nacionales...Es además, falsa, porque muchos contratos se adjudican a las empresas nacionales simplemente porque no*

eliminación del proteccionismo en la contratación pública comportaría una serie de beneficios que el informe Cecchini también expuso: el efecto de transacción estático (es decir, la compra a los proveedores más baratos), el efecto competencia (presionaría a la baja en los precios que soportan las empresas en sectores anteriormente vedados, al tener que competir con otras empresas comunitarias), el efecto reestructuración (supone la generación de economías de escala a largo plazo, ya que las empresas tendrán la necesidad de reorganizarse ante las nuevas condiciones), ahorro para los compradores privados, y el beneficio de una mayor competencia en los campos de la innovación, inversión y desarrollo. Todo ello llevó a la Comisión a concluir en este informe que *"no puede haber duda alguna acerca de la importancia para la economía de la Comunidad Europea de las compras públicas, sobre los beneficios en potencia para el comercio competitivo y para*

*hay ofertas de empresas de otros países comunitarios...Por supuesto, si la ausencia de competencia europea se debe pura y simplemente a que los compradores no le han dado la oportunidad de presentar ofertas a los vendedores europeos, se puede considerar la posibilidad de que esta ausencia sea también un elemento sustancial de la práctica de la compra nacional incompatible con el Tratado...la ausencia de ofertas de competidores europeos puede deberse también a una ausencia de interés estratégico de muchas empresas vendedoras, a pesar de que los compradores estarían dispuestos a comprar a esos proveedores comunitarios...la mera presencia de ofertas de varios vendedores europeos no significa que la decisión de la compra nacional sea incompatible con el Tratado comunitario. Nos parecen sensatos los razonamientos de Samaniego, pues ayudan a no construir categorías basadas en una simple estadística; como él mismo concluye de sus razonamientos, parece que puede deducirse que la mera estadística de que el 99 % de los contratos se adjudican a empresas nacionales no justifica la conclusión de que exista una generalizada tendencia a la compra nacional contraria al Mercado Común. Todo lo más que puede deducirse de dicha estadística es que hay un indicio de que, probablemente, una parte de los contratos públicos pueden ser objeto de una práctica de compra nacional y que hay riesgo de que dicha práctica obstaculice el pleno desarrollo del mercado común". SAMANIEGO BORDIÚ, G.: "La apertura de los contratos públicos en la Comunidad Económica Europea: situación actual y perspectivas". *Noticias CEE*, nº 88. Año 1992. Págs. 104 y 105.*

*el consumidor si fueran más libres, así como de los costes en que se incurre actualmente por el hecho de no serlo*¹⁰⁵.

Por ello, es en la fase de adjudicación en la que la Unión pretende incidir para eliminar las posibles discriminaciones de empresarios procedentes de otros Estados miembros, haciendo posible así las libertades comunitarias, y a la postre, el mercado único interior. Es comprensible por ello que a la Unión Europea sólo le preocupen las actuaciones relativas a la transparencia, objetividad, publicidad o no discriminación, y no dedique atención a las relativas a la fase de ejecución de los contratos. Por eso el derecho comunitario sobre la contratación pública ha sido calificado como derecho parcial¹⁰⁶. Necesariamente parcial será también nuestro estudio de las directivas comunitarias: debemos hacer la misma advertencia que adelantamos en el primer Capítulo, y es que las directivas comunitarias contienen muchos aspectos de interés para la contratación pública; sin embargo nosotros solo pararemos mientes en aquellas cuestiones que entendemos directamente relacionadas con el tema que queremos analizar, la evolución de los sistemas de adjudicación de los contratos administrativos en España.

¹⁰⁵ MORENO MOLINA puso de relieve que pueden generarse otra serie de efectos que serían negativos, aunque fueron marginados por el informe Cecchini. Concretamente, pueden producirse procesos de concentración de empresas, que derivarían en prácticas abusivas o colusorias y en dificultades para que las medianas y pequeñas empresas accedan a los contratos públicos. Las autoridades comunitarias deben estar alertas también ante estos posibles efectos, y desarrollar medidas que los eviten. MORENO MOLINA, J.A.: *Contratos públicos...* Op. cit, pág. 57.

¹⁰⁶ SANTÍAS VIADA, J.A., SANTAMARÍA DE PAREDES, V., LÓPEZ BLANCO, C.: *El derecho comunitario de la contratación pública*. Ed. Escuela de Hacienda Pública. Madrid, 1991. Pág. 23.

2.1.3.- OTRAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Las de derecho comunitario no han sido las únicas normas de derecho internacional que han influido en la configuración actual de nuestra contratación pública y de sus procedimientos de adjudicación de contratos. Pero sí es el ordenamiento que de forma más decisiva ha incidido en nuestra materia; de eso no cabe duda por las propias características del sistema jurídico de la Unión Europea con relación a los ordenamientos de sus Estados miembros, y por la naturaleza de la contratación pública como instrumento clave para las libertades comunitarias. De esto no nos cabe duda y al contenido de este Capítulo nos remitimos.

No obstante, no queremos dejar de aludir a una serie de otras normas internacionales con relevancia en las cuestiones estudiadas. La mayoría de ellas son citadas incidentalmente en esta tesis, pero consideramos pertinente su mención, siquiera de modo breve, en este apartado propio. Algunas de las cuestiones que proceden de estos Acuerdos nos evocan fácilmente a previsiones vigentes en las actuales Directivas comunitarias y en la Ley de Contratos del Sector Público. Desde luego, la atención que las normas de derecho internacional dedican a la contratación pública dan prueba de la importancia que ésta tiene; proporcionalmente puede apreciarse la importancia que tienen los procedimientos de adjudicación, puesto que éstos son la médula de todas esas normas.

2.1.3.1.- *El Acuerdo sobre Compras del Sector Público del GATT.*

Dentro de ese haz de normas que podríamos citar, sobresale claramente en importancia el Acuerdo sobre Compras del Sector

Público del GATT¹⁰⁷, firmado en 1979 y revisado en las negociaciones de la Ronda de Uruguay que dieron lugar a un nuevo Acuerdo sobre Contratación Pública en 1994. Debemos recordar también el Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio y la Ley Modelo de Contratación Pública de bienes, obras y servicios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Además de las citadas, no debe pasar inadvertido el hecho de que la contratación pública suele contemplarse en los Tratados de Libre Comercio. Así ha ocurrido en el correspondiente Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (TLCAN), y ha estado presente en las negociaciones de MERCOSUR, CAN, ALCA, MERCOSUR-Unión Europea, CARICOM, y Mercado Común Centroamericano.

El origen del GATT está situado en las iniciativas liberalizadoras de la economía de la segunda postguerra mundial, como reacción las negativas consecuencias de las políticas proteccionistas del primer tercio del siglo XX. Concretamente, el fracaso en la creación de una Organización Internacional de Comercio¹⁰⁸ derivó al menos en la constitución del GATT el 1 de enero de 1948¹⁰⁹. Su objetivo principal es el de regular el comercio internacional bajo la luz de una serie de principios que fácilmente podemos asociar a los de la contratación pública actual: no discriminación entre países según el origen de las mercancías; trato nacional (no distinción entre productos nacionales y

¹⁰⁷ General Agreement on Tariffs and Trade (Acuerdo General sobre comercio y aranceles). Se trata de un Acuerdo internacional multilateral revisado y actualizado periódicamente por los Estados miembros.

¹⁰⁸ OJEDA MARÍN, A.: "La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública". *Revista de Administración Pública*, núm. 116. Pág. 413.

¹⁰⁹ Desde aquella fecha se han negociado ocho rondas de revisión y actualización del GATT: Ginebra, 1948; Annecy, 1949; Torquay, 1950-1951; Ginebra, 1955-1956; Dillon, 1969-1961; Kennedy, 1964-1967; Tokio, 1973-1979; Uruguay, 1986-1994.

extranjeros tras la importación); transparencia (publicidad de todas las normas del comercio exterior).

El vigente Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) gira en torno a tales principios básicos. No entrando aquí al detalle de sus preceptos, sí queremos destacar que el ACP contiene numerosas previsiones de procedimiento para garantizar la transparencia de las compras gubernamentales.

Respecto a los procedimientos a utilizar, el ACP contempla tres posibilidades: licitación pública (artículo VII, párrafo 3, apartado a); licitación selectiva (artículo VII, párrafo 3, apartado b, y artículo X), en la que pueden participar los proveedores que reúnen las calificaciones necesarias y sean invitados; y licitación restringida (artículo VII, párrafo 3, apartado c), en la que la entidad negocia directamente con determinados proveedores, pero sólo en los casos descritos por el propio ACP (artículo XV¹¹⁰).

¹¹⁰ Artículo XV. Licitación restringida

1. En las circunstancias que se exponen a continuación, no será necesario aplicar las disposiciones de los artículos VII a XIV, que regulan las licitaciones públicas y selectivas, siempre que no se recurra a la licitación restringida con miras a evitar que la competencia sea la máxima posible, o de modo que constituya un medio de discriminación entre proveedores de las demás Partes o de protección a los productores nacionales de bienes o a los proveedores nacionales de servicios:

a) cuando, tras haberse convocado una licitación pública o selectiva no se hayan presentado ofertas, haya habido connivencia en las ofertas presentadas, o éstas no se ajusten a los requisitos esenciales de la licitación o hayan sido formuladas por proveedores que no cumplan las condiciones de participación establecidas de conformidad con el presente Acuerdo, siempre que en el contrato adjudicado no se modifiquen sustancialmente las condiciones de la licitación inicial;

b) cuando por tratarse de obras de arte o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, tales como patentes o derechos de autor o cuando por razones técnicas no haya competencia, los productos o servicios sólo puedan ser suministrados por un proveedor determinado y no haya otros razonablemente equivalentes o sustitutivos;

c) en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando, por razones de extrema urgencia debidas a acontecimientos que la entidad no pueda prever, no sea posible obtener los productos o servicios a tiempo mediante licitaciones públicas o selectivas;

d) cuando se trate de suministros adicionales del proveedor inicial para sustituir partes o piezas del material o instalaciones ya existentes, o para ampliar el material, los servicios o las instalaciones ya existentes, en caso de que un cambio de proveedor obligue a la entidad a adquirir un equipo o unos servicios que no se ajusten al requisito de ser intercambiables con los ya existentes;

e) cuando una entidad adquiera prototipos o un primer producto o servicio desarrollados o creados a petición suya en el curso y para la ejecución de un determinado contrato de investigación, experimentación, estudio o creación original. Una vez finalizado el contrato, las adquisiciones posteriores de productos o servicios se ajustarán a lo dispuesto en los artículos VII a XIV6;

f) cuando, debido a circunstancias imprevisibles, para completar los servicios de construcción descritos en el pliego de condiciones original resulten necesarios servicios de construcción adicionales no incluidos en el contrato inicial pero comprendidos en los objetivos de dicho pliego y la entidad necesite adjudicar los contratos de los servicios adicionales de construcción al contratista que preste los servicios de construcción en cuestión, debido a que la separación de los servicios de construcción adicionales del contrato inicial sería difícil por razones técnicas o económicas y originaría importantes trastornos a la entidad. Sin embargo, el valor total de los contratos adjudicados para los servicios adicionales de construcción no podrá ser superior al 50 por ciento del importe del contrato principal;

g) en el caso de nuevos servicios de construcción consistentes en la repetición de servicios de construcción análogos que se ajusten al proyecto básico para el que se haya adjudicado el contrato inicial con arreglo a lo dispuesto en los artículos VII a XIV y en relación con los cuales la entidad haya indicado en el anuncio del contrato previsto relativo a los servicios iniciales de construcción que en la adjudicación de contratos para los nuevos servicios de construcción podría recurrirse a la licitación restringida.

h) en el caso de productos adquiridos en un mercado de productos básicos; Queda entendido que el equipo "ya existente" incluye los programas de ordenador en la medida en que su adquisición inicial se haya hecho en el marco del Acuerdo.

La fabricación original de un primer producto o servicio puede incluir su producción o suministro en cantidad limitada con objeto de tener en cuenta los resultados de las pruebas en la práctica y de demostrar que el producto o servicio se presta a la producción o suministro en gran escala satisfaciendo normas aceptables de calidad,

Todos los Estados que forman parte del Acuerdo¹¹¹ se comprometen a invitar a licitar al mayor número de proveedores nacionales. Los plazos que establezcan para la licitación han de ser suficientes para que todos los proveedores (tanto nacionales como no nacionales) puedan preparar y presentar sus ofertas (artículo XI); concretamente, y como regla general, en las licitaciones públicas y selectivas el plazo para la recepción de ofertas no será inferior a 40 días a contar desde la fecha de publicación del anuncio.

En 2006 y en Ginebra, las Partes del ACP alcanzaron un acuerdo provisional sobre un texto para sustituir al vigente, en un momento interesante tras la incorporación en bloque de diez países por su condición de nuevos miembros de la Unión Europea (desde 1 de mayo de 2004). En el texto provisional destaca el avance en el uso de herramientas electrónicas para la contratación y la perfección de los sistemas de impugnación.

pero no su producción o suministro en gran escala para determinar su viabilidad comercial o para recuperar los gastos de investigación y desarrollo.

i) cuando se trate de compras efectuadas en condiciones excepcionalmente favorables que sólo concurren por muy breve plazo. Esta disposición es aplicable a las enajenaciones extraordinarias realizadas por empresas que normalmente no son proveedoras o a la enajenación de activos de empresas en liquidación o bajo administración judicial. No es aplicable a las compras ordinarias hechas a proveedores habituales.

j) en el caso de contratos adjudicados al ganador de un concurso de proyecto, siempre que el concurso se haya organizado de forma compatible con los principios del presente Acuerdo, especialmente en lo que respecta a la publicación, conforme a lo previsto en el artículo IX, de una invitación a los proveedores adecuadamente calificados para que participen en dicho concurso, que se someterá a un jurado independiente con objeto de adjudicar los correspondientes contratos a los ganadores.

¹¹¹ Todos los que son miembros de la Unión Europea lo son del Acuerdo sobre Contratación Pública.

2.1.3.2.- La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios.

Similares objetivos persigue la Ley Modelo elaborada por la ONU, concretamente los de armonizar y unificar el derecho de la contratación pública. La denominada Ley Modelo fue aprobada en 1993¹¹² por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional¹¹³.

La elaboración de una Ley Modelo pretendió servir de patrón a los países para evaluar, modernizar o incluso establecer un régimen legal de contratación pública. Y, tal como hemos dicho, los objetivos son similares a los de otras normas internacionales sobre la materia: alcanzar una máxima economía y eficiencia en la contratación pública; fomentar y alentar la participación de proveedores y contratistas en el proceso de contratación pública, sin distinción de nacionalidad para promover el comercio internacional; promover la competencia entre proveedores o contratistas; asegurar el trato justo e igualitario de todos ellos; promover la rectitud, la equidad y la confianza del público en el proceso de contratación; y dar transparencia a los procedimientos previstos para la contratación pública¹¹⁴.

La Ley Modelo dedica una importante atención, como no podía ser de otro modo, a los denominados por ella Métodos de contratación. Los métodos son varios para permitir la adaptación a diversas circunstancias. El método normal contemplado para la contratación de bienes o de obras es el de licitación. Las

¹¹² El texto aprobado inicialmente abarcaba la contratación pública de bienes y obras, pero fue ampliada un año después para dar cabida en ella a los servicios.

¹¹³ En siglas, UNCITRAL o CNUDMI, aunque estas últimas son menos conocidas en España.

¹¹⁴ Preámbulo de la Ley Modelo.

características principales del método de licitación son la convocatoria no restrictiva de proveedores o contratistas; la revelación completa y anticipada a éstos de los criterios que se aplicarán para la valoración y comparación de ofertas y para la selección de la oferta ganadora; la estricta prohibición de negociación con los proveedores o contratistas; y la apertura pública de las ofertas.

Para la contratación de servicios, la Ley Modelo contempla un denominado "Método principal para la contratación pública de servicios"¹¹⁵, en el que la entidad adjudicadora puede tener en consideración, además del precio, otros elementos como la idoneidad, experiencia, reputación, fiabilidad y competencia profesional y empresarial del proveedor o contratista, o incluso consideraciones de seguridad y defensa nacional (artículo 39).

Pero la Ley Modelo admite también algunas variantes de la licitación. En primer lugar, regula la denominada "licitación restringida" (y cuya única diferencia sobre la licitación ordinaria es la posibilidad de limitar el número de de empresarios convocados), utilizable en dos supuestos excepcionales: el de la adquisición de bienes, obras o servicios que por su complejidad o especialidad sólo puedan ofrecerse por un número limitado de proveedores o contratistas; y el de aquellos otros productos cuyo escaso valor aconseje la restricción el número de ofertas a evaluar (artículo 47).

La segunda variante es la de la licitación en dos etapas (artículo 46), utilizable sólo en los casos en que la entidad adjudicadora no pueda determinar inicialmente las características del objeto a contratar. Según esta fórmula, en la primera etapa se solicitan las propuestas relativas a las características técnicas del objeto

¹¹⁵ Capítulo IV, arts. 37-45.

contractual, y sobre esa base concretada por la entidad adjudicadora, ésta convoca una segunda etapa de licitación ordinaria.

Hay también dos métodos que permiten la negociación de la entidad adjudicadora con los proveedores o contratistas. Reciben el nombre de “solicitud de propuestas” (artículo 48) y negociación competitiva (artículo 49).

Al igual que en el caso del ACP, la Ley Modelo también está en proceso de revisión. Fundamentalmente para incorporar medios electrónicos a la contratación pública, por no estar contemplados en la versión original. Podemos resumir que las reformas en estudio giran en torno a dos grandes principios: el de equivalencia funcional de los documentos electrónicos respecto de los convencionales, y el fomento de la publicidad electrónica y las subastas electrónicas inversas¹¹⁶.

2.2.- LAS PRIMERAS NORMAS COMUNITARIAS SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Se han descrito tres etapas en la evolución de la normativa comunitaria sobre contratación pública¹¹⁷. Una primera atendió a la liberalización de la contratación pública, suprimiendo las restricciones a la libre concurrencia y a la libre circulación de mercancías que existían en los Estados miembros. Una segunda etapa, en la que se

¹¹⁶ Para una más completa información sobre estas cuestiones, aconsejamos visitar la página web:

http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml_elecsig_s.pdf

¹¹⁷ Lo han hecho SANTÍAS VIADA y otros: *El derecho comunitario...* Op. cit., págs. 31 y 32. Diversos profesores han estudiado la evolución del derecho comunitario sobre la contratación pública. Por ejemplo, puede consultarse a LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J.F.: “La apertura de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos a las empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea”. *RAP* núm. 133. Enero-abril de 1994. Págs. 311 y ss.

pretende superar la mera eliminación de obstáculos, y coordinar la acción de los Estados mediante la elaboración de normas que aseguren la libre concurrencia de los empresarios comunitarios a las licitaciones que aquellos convoquen (en esta segunda etapa habría que considerar incluidas a las conocidas como Directivas de coordinación: Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y a la Directiva 77/62/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de suministro). En esta segunda etapa es fundamental tener también en cuenta la influencia del Acuerdo GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) en el derecho comunitario, vigente desde 1981. La tercera etapa parte de la presentación por la Comisión del Libro Blanco para la consecución del Mercado Interior, en 1985. En esta etapa se han seguido dictando normas sobre contratación pública y siguiendo las recomendaciones de dicho Libro Blanco.

Más allá de esa clasificación de etapas, la primera norma comunitaria que afecta directamente a la cuestión que nosotros estudiamos (los sistemas de adjudicación de los contratos) fue la Directiva del Consejo de 26 de julio de 1971 (71/304/CEE), relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos públicos de obras y a la adjudicación de contratos públicos de obras por medio de agencias o sucursales (como es natural, existen normas comunitarias anteriores que atañen a la contratación pública, pero no a los aspectos que nosotros queremos analizar; así, suele citarse como la primera Directiva sobre la materia a la Directiva 70/32/CEE, de la Comisión, de 17 de diciembre de 1969, sobre suministros de productos al Estado, sus entes territoriales y personas jurídicas de derecho público; junto con la 71/304/CEE, ambas son conocidas como las Directivas de "liberalización"). El art. 1 de esta Directiva 71/304 prescribe la supresión a favor de personas físicas y sociedades de las restricciones relativas al acceso,

adjudicación, ejecución o la participación en la ejecución de los contratos de obras por cuenta del Estado, de los entes territoriales y de las personas jurídicas de derecho público¹¹⁸.

Debemos prestar especial atención, por lo que a nosotros interesa, a la Directiva del Consejo de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, Directiva 71/305/CEE (aplicable a los contratos de cuantía igual o superior a un millón de ecus)¹¹⁹. Y en primer lugar hemos de aplicar dicha atención a los considerandos que justifican la aprobación de la Directiva, porque dan mucha luz sobre las motivaciones que tuvo el organismo europeo para dictar la norma, y que concuerdan (no podía ser de otro modo) con la ligadura a los principios básicos de las Comunidades Europeas. La primera consideración del Consejo se refiere a que *“ la realización simultánea de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras efectuada en los Estados miembros por cuenta del Estado, de las colectividades territoriales y de entidades de derecho público, lleva consigo paralelamente a la eliminación de las restricciones una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras. Pero además, se considera que dicha coordinación debe respetar, en la medida de lo posible, los procedimientos y las*

¹¹⁸ El art. 3 de esta misma Directiva detalló los términos de la supresión de las restricciones.

¹¹⁹ El art. 7, después de establecer ese umbral de aplicación de un millón de ecus, advertía de que *ningún contrato podrá ser fraccionado con el objeto de sustraerlo a la aplicación del presente artículo*, lo que enlaza bien con la prohibición de fraccionamiento con la finalidad de eludir requisitos de publicidad que reza también en nuestra normativa interna. No obstante, y mirando con ojos de futuro, la Directiva incorpora la consideración previa de que *en base a la experiencia adquirida, la Comisión someterá posteriormente al Consejo una nueva Directiva dirigida a rebajar el límite a partir del cual se aplicarán las medidas de coordinación a los contratos de obras*.

prácticas en vigor en cada uno de los Estados miembros” (lo que coincide, a nuestro entender, con la naturaleza jurídica de una Directiva comunitaria, descrita precisamente con relación a la contratación pública por la STJCE de 9 de julio de 1987 (TJCE 1988\4), por cuanto aquella es un instrumento normativo que “no establece una reglamentación comunitaria uniforme y exhaustiva...en el cuadro de reglas comunes que contiene, los Estados miembros quedan libres de mantener o de dictar reglas materiales y procesales en materia de contratos públicos, con la condición de respetar todas las disposiciones pertinentes de derecho comunitario y, especialmente, las prohibiciones que derivan de principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios”). Y en consonancia con dicha consideración, el artículo 2 de la Directiva expresó que “los poderes adjudicadores aplicarán sus propios procedimientos nacionales adaptados a las disposiciones de la presente Directiva, para adjudicar los contratos públicos de obras”. En la última consideración que queremos resaltar de la Directiva, el Consejo expone que “la coordinación¹²⁰ debería efectuarse en base a los siguientes principios: prohibición de aquellas especificaciones técnicas que tengan un efecto discriminatorio, suficiente publicidad de los contratos¹²¹, elaboración de un procedimiento que permita

¹²⁰ La coordinación de los procedimientos de selección o adjudicación de los contratos públicos está permanentemente presente en los textos comunitarios, como base de la política común en la materia. Sobre tal coordinación apostilla BASSOLS que *debe interpretarse en el sentido más lato de la expresión: no sólo como armonización de las disposiciones vigentes, sino como aproximación de los sistemas de adjudicación vigentes en la Comunidad.* BASSOLS COMA, M.: *Aproximación a la normativa...* Op. cit., pág. 30.

¹²¹ Para mayor énfasis, el penúltimo de los considerandos de esta Directiva se refiere a esa suficiente publicidad de los contratos: *Considerando que el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos de obras hace precisa una publicidad comunitaria de los anuncios de los contratos realizados por los adjudicatarios (poderes adjudicadores) de los Estados miembros; que las informaciones contenidas en dichos anuncios permitirán apreciar a los contratistas*

velar en común por el cumplimiento de dichos principios"; estos son principios que debemos retener porque posiblemente son los pilares sobre los que se construye la normativa comunitaria de la contratación pública y sobre los que la Unión Europea ha tratado de avanzar para hacer posible la absoluta igualdad de oportunidades para concurrir a los contratos públicos por parte de cualquier empresario comunitario.

Pues bien, la relevancia de la Directiva 71/305 es grande, a nuestros efectos; por ejemplo, ya adelantamos que en la misma se sientan las bases de la distinción entre procedimientos abiertos y restringidos y la configuración de los supuestos habilitantes del procedimiento negociado con los que tan familiarizados estamos actualmente. Y así la propia Directiva denominó procedimientos abiertos a aquellos procedimientos nacionales en los cuales todo contratista interesado puede presentar una oferta, y procedimientos restringidos a aquellos otros procedimientos nacionales en los que únicamente pueden presentar ofertas los contratistas admitidos a licitar por los poderes adjudicadores (art. 5). Ambos procedimientos, abierto y restringido, en realidad no son formas de adjudicación (no determinan por sí mismos el adjudicatario del contrato, como tendremos ocasión de ver), pues éstas quedan reservadas al sistema de cada Estado, sino que en palabras de BASSOLS¹²², se trata de dos procedimientos licitatorios-marco que determinan la aplicación,

de la Comunidad si les interesan los contratos propuestos; que, con este objeto, es conveniente proporcionarles la necesaria información sobre las prestaciones a realizar y las condiciones a las que están sujetas; que, especialmente en los procedimientos restringidos, la publicidad tiene por objeto permitir a los contratistas de los Estados miembros el manifestar su interés por los contratos, solicitando a los poderes adjudicadores una invitación para licitar en las condiciones requeridas.

¹²² BASSOLS nos recuerda también que ambos procedimientos, el abierto y el restringido, están claramente inspirados en los sistemas franco-belgas de contratación. BASSOLS COMA, M.: *Aproximación a la normativa...* Op. cit., pág. 30.

respectiva, de las prescripciones de la Directiva en materia de normas comunes de publicidad.

Las prevenciones que la Directiva 71/305 reflejaba contra la discriminación de empresarios comunitarios comienzan en la fase de preparación del contrato, en el momento de la elaboración de las prescripciones técnicas. Y la prohibición establecida por el artículo 10¹²³ se hacía en estos términos (cuya reproducción tiene también el interés de comprobar el reflejo que ha tenido en nuestra norma interna): *"2.- Los Estados miembros prohibirán la introducción de especificaciones técnicas que mencionen los productos de una fabricación o de una procedencia determinada, o de los procedimientos particulares que tienen por objeto favorecer o eliminar a determinados contratistas, en las cláusulas contractuales propias de un contrato concreto, a menos que dichas especificaciones sean justificadas por el objetivo del contrato. Está especialmente prohibida la indicación de marcas, patentes o tipos, así como la de un origen o una producción determinada; no obstante, está autorizada una tal indicación acompañada de la mención "o equivalente", siempre que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de dar una descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los interesados"*¹²⁴.

¹²³ El art. 11 complementa al anterior porque persigue la misma finalidad de evitar discriminaciones basadas en aspectos técnicos: *Cuando los proyectos se sacan a concurso, o cuando los anuncios de concurso dejan a los contratistas la posibilidad de presentar variaciones al proyecto de la administración, los poderes adjudicadores no podrán rechazar una oferta que sea compatible con las prescripciones del pliego de condiciones porque haya sido establecida con un método de cálculo de las obras diferente a la del país donde se concierte el contrato. El licitador debe adjuntar a su oferta todas las justificaciones necesarias para verificar el proyecto y suministrar las explicaciones complementarias que los poderes adjudicadores consideran oportunas.*

¹²⁴ La Directiva aclaró también cuál es el concepto de especificaciones técnicas. Éstas, según el anexo II, *comprenden el conjunto de las disposiciones técnicas*

Esta Directiva marcó también la separación en dos fases de la selección de contratistas tal como hoy está plenamente configurado el procedimiento de contratación: una primera en la que se analiza la capacidad del empresario (identificada por la Directiva con los denominados criterios de selección cualitativa), y una segunda en la que se dilucida la adjudicación del contrato entre los empresarios que disponían de suficiente capacidad para ser adjudicatarios (asociada por la Directiva a los denominados criterios de adjudicación del contrato)¹²⁵. Es interesante comprobar que en estos momentos se construyó desde las Comunidades Europeas el sistema de acreditación de la solvencia empresarial (en sus diferentes modalidades: financiera y técnica)¹²⁶.

Hay una cuestión esencial que debemos aclarar inicialmente: la elección de unos u otros procedimientos de contratación no puede ser arbitraria. Según se desprende de las directivas comunitarias, los poderes adjudicadores utilizarán ordinariamente el procedimiento abierto o el restringido, y sólo en los supuestos excepcionales que ellas detallan cabe acogerse a la utilización de un procedimiento

contenidas especialmente en los pliegos de condiciones y que permitan determinar objetivamente una obra, un material, un producto o un suministro (entre otras: calidad y prestación) de tal manera que dicha obra, dicho producto o un suministro responda al uso a que es destinado por el poder adjudicador. Estas especificaciones técnicas incluye todas las propiedades mecánicas, físicas y químicas, las clasificaciones y las normas, las condiciones de prueba, control y homologación de las obras, así como de los elementos y materiales que constituyen dichas obras. Así mismo, comprenden las técnicas o métodos de construcción y todas las además condiciones de carácter técnico que el poder adjudicador pueda prescribir, por vía de reglamentación general o particular, en los que se refiere a las obras terminadas y a los materiales o elementos que constituyan dichas obras.

¹²⁵ El art. 23 de la Directiva estableció los casos en que los contratistas podían ser excluidos de la participación por razón de capacidad.

¹²⁶ En los términos detallados por los artículos 25 y 26 de la Directiva que estamos comentando.

negociado. Como expresan repetidamente las directivas sobre contratación pública tras presentar los supuestos admitidos para utilizar esa adjudicación directa, *"en todos los demás casos los poderes adjudicadores celebrarán sus contratos de obras recurriendo al procedimiento abierto o al procedimiento restringido"*.

Pero la fase que a nosotros más interesa, como es sabido, es la de adjudicación del contrato, y también hemos adelantado que esta Directiva sienta importantes bases que han ido conformando nuestro vigente sistema. Un interés especial tiene en ese sentido el artículo 29 porque establece los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para la adjudicación de los contratos. La lectura de estos criterios explica en buena medida la configuración actual de nuestros concursos. Los criterios que la Directiva contempla para la adjudicación de los contratos son, literalmente: *"o bien únicamente el precio más bajo"* (en cuyo caso en nuestro ordenamiento nos encontraríamos ante una subasta), *"o bien, en el caso en que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, a distintos criterios que variarán en función del contrato: por ejemplo, el precio, el plazo de ejecución, el costo de utilización, la rentabilidad, el valor técnico"* (destaquemos que la propia Directiva expresa que la relación de criterios de adjudicación tiene carácter ejemplar, es decir, enunciativa y no taxativa). En este último caso se establece, además, que los adjudicadores habrán de mencionar *"en el pliego de condiciones o en el anuncio del contrato, todos los criterios de adjudicación que pretendan utilizar, si fuera posible por orden decreciente de la importancia que les sea atribuida"*.

Con relación a las ofertas desproporcionadas o temerarias, tal como usualmente las denominamos, el apartado cinco de este artículo 29 establece una serie de pautas; y lo hace con carácter general, es decir, sin distinguir que se hayan utilizado unos criterios de adjudicación u otros (esto es, tanto da que se haya utilizado la

subasta o el concurso): *" Si, para un contrato determinado, las ofertas manifiestan un carácter anormalmente bajo, con relación a la prestación, el poder adjudicador verificará la composición de esas ofertas antes de adjudicar el contrato. Tendrá en cuenta dicha verificación. Con este propósito, solicitará al participante facilitar justificaciones necesarias y le señalará, en su caso, aquellas que se juzguen inaceptables. Si los documentos relativos al contrato estipulan la adjudicación al precio más bajo, el poder adjudicador deberá justificar ante el Comité de consulta instituido por Decisión del Consejo de 26 de julio de 1971 el rechazo de las ofertas que se consideren demasiado baratas".* La aplicación de este precepto debía hacerse de modo directo, con independencia de la transposición o la falta de ella por parte de la legislación nacional. Así lo declaró la STJCE de 22 de junio de 1989 (asunto 103/88, "Fratelli Costanzo")(TJCE 1989\149), al decir que *" el criterio de exclusión matemática impide a los licitadores que han presentado ofertas desproporcionadamente bajas probar que sus ofertas son serias...la aplicación de un criterio semejante, es contrario al objetivo de la Directiva, que trata de favorecer una concurrencia efectiva en el ámbito de los contratos de obras públicas...el artículo 29.5 de la Directiva 305/71, impide a los Estados miembros incluir disposiciones que prevean la exclusión de plano en contratos de obras públicas, de algunas ofertas, según un criterio matemático, debiendo incluir el procedimiento de verificación contradictorio previsto por la Directiva...al igual que el juez nacional, cualquier Administración, incluida la municipal, tiene la obligación de aplicar las disposiciones del artículo 29.5 de la Directiva del Consejo 305/1971, y de rechazar la aplicación de aquellas normas del derecho nacional que no resulten conformes con la misma"*¹²⁷.

¹²⁷ La sentencia fue dictada contra un órgano de contratación italiano, pero nuestro art. 109 RGCE no distaba mucho de la redacción de la norma italiana. SORIANO escribió que la fórmula española era más sibilina, al atribuir al órgano de contratación la posibilidad de apreciar la temeridad como facultad y no como

Con relación al procedimiento restringido, la Directiva hace una serie de previsiones que matizan el régimen de publicidad y de plazos con respecto al abierto, y lógicamente contempla la mecánica de la invitación de la Administración a los empresarios previamente seleccionados con arreglo a criterios de capacidad. El grueso de su régimen sigue las pautas establecidas para los procedimientos abiertos, por expresa remisión del art. 5.

Como anticipamos, la Directiva dedica su artículo noveno a admitir una serie de supuestos bajo los cuales no se aplican sus normas (a excepción de la establecida en el art. 10, esto es, las normas sobre introducción de especificaciones técnicas). Supone ello una importante excepción al régimen ordinario, que como vamos a ver, responde a las situaciones extraordinarias que habilitan la utilización del procedimiento negociado. Queremos reflejar literalmente cuáles fueron esos supuestos previstos por esta Directiva de 1971¹²⁸ para así observar cómo aquellas previsiones comunitarias

obligación (que es lo obligado por la directiva), con lo cual podría tener los mismos problemas que la norma italiana. SORIANO GARCÍA, J.E.: "Contrato de obras públicas. Ofertas temerarias. Efecto directo de las Directivas frente a la Administración". *Noticias CEE*, nº 64, mayo de 1990. Pág. 122.

Además, la práctica española tampoco se compadecía mucho con la Directiva comunitaria, ya que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, según Acuerdo de 19 de diciembre de 1986, declaraba informadas favorablemente con carácter general las adjudicaciones definitivas no confirmatorias de las adjudicaciones provisionales rechazadas por presumir fundadamente la desproporción o temeridad; esto suponía, pues, un rechazo automático que es justamente lo que las directivas europeas pretenden evitar.

¹²⁸ Esta relación de supuestos fue modificada por la Directiva 89/440, de manera que el nuevo texto distinguía procedimientos negociados con y sin publicidad previa: 2.- *Los poderes adjudicadores podrán adjudicar sus contratos de obras recurriendo al procedimiento negociado, tras publicar un anuncio de adjudicación y seleccionar a los candidatos conforme a criterios cualitativos conocidos, en los siguientes casos:*

a) cuando se presenten ofertas irregulares en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, o cuando las ofertas presentadas resulten inaceptables en relación con las disposiciones nacionales compatibles con lo dispuesto en el Título IV, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. Los poderes adjudicadores no publicarán un anuncio de adjudicación si incluyen en el procedimiento negociado a todas las empresas que cumplen los requisitos mencionados en los artículos 23 a 28 y que, con ocasión del anterior procedimiento abierto o restringido, han presentado ofertas ajustadas a los requisitos formales del procedimiento de contratación;

b) cuando las obras se realicen únicamente con fines de investigación, experimentación o perfeccionamiento y no con objeto de obtener una rentabilidad o de cubrir los costes de investigación y de desarrollo;

c) en casos excepcionales, cuando se trate de obras cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global.

3.- Los poderes adjudicadores podrán adjudicar sus contratos de obras recurriendo al procedimiento negociado, sin publicar previamente un anuncio de adjudicación, en los casos siguientes:

a) cuando no se presenten propuestas o ninguna propuesta adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, siempre que no se modifiquen de forma sustancial las condiciones originales del contrato y a condición de que se transmita un informe a la Comisión, a petición de ésta:

b) cuando, a causa de su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusividad, la ejecución de las obras sólo pueda encomendarse a un determinado empresario;

c) cuando, en la medida estrictamente necesaria, la urgencia apremiante producida por acontecimientos que los poderes adjudicadores no podrían prever, no es compatible con los plazos exigidos por los procedimientos abiertos, restringidos o negociados contemplados en el apartado 2. Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia apremiante no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores;

d) para aquellos trabajos complementarios que no figuren en el proyecto adjudicado inicialmente ni en el primer contrato firmado y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra tal y como estaba descrita, siempre que la adjudicación recaiga en el empresario que ejecuta dicha obra:

- cuando estos trabajos no puedan separarse técnica o económicamente del contrato principal sin causar inconvenientes mayores a los poderes adjudicadores,
- o cuando estos trabajos, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.

van coincidiendo con la ley española. El art. 9, rezaba, pues, así: "*Los poderes adjudicadores podrán efectuar sus contratos de obras sin aplicar las disposiciones de la presente Directiva, con excepción de las del artículo 10, en los siguientes casos:*

- a) en ausencia de ofertas, o en presencia de ofertas irregulares como consecuencia del recurso a uno de los procedimientos estipulados por la presente Directiva, o en presencia de ofertas inaceptables por contravenir disposiciones nacionales compatibles con las del Título IV, en tanto las condiciones del contrato inicial no sean modificadas fundamentalmente;*
- b) en aquellas obras en las cuales la ejecución no pueda ser confiada más que a un determinado contratista, por razones técnicas, artísticas, o por razones de protección de derechos de exclusividad;*
- c) en aquellas obras que se realicen únicamente a título de investigación, ensayo, estudio o puesta a punto;*
- d) en la medida estrictamente necesaria, cuando una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevistos para los*

En cualquier caso, el importe acumulado de los contratos adjudicados correspondientes a los trabajos complementarios no podrá ser superior al 50 por 100 del importe del contrato principal;

e) para nuevos trabajos que consistan en la repetición de obras similares confiadas al contratista titular de un primer contrato por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichos trabajos sean conformes a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un primer contrato adjudicado según los procedimientos citados en el apartado 4.

La posibilidad de recurrir a este procedimiento deberá ser expresada desde la iniciación de la primera operación, y el importe total previsto para la continuación de los trabajos se tomará en cuenta por parte de los poderes adjudicadores para la aplicación del artículo 4 bis. Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de tres años a partir de la formalización del contrato inicial.

4.- En todos los demás casos, los poderes adjudicadores celebrarán sus contratos de obras recurriendo al procedimiento abierto o al procedimiento restringido.

poderes adjudicadores no sea compatible con los plazos requeridos por otros procedimientos;

e) cuando las obras se declaren secretas, o cuando su ejecución deba estar acompañada de medidas de seguridad especiales, de acuerdo con las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas vigentes en el Estado miembro considerado, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad de dicho Estado.

f) en aquellos trabajos complementarios que no figuren en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato suscrito, y que se han hecho necesarios como consecuencia de una circunstancia imprevista para la ejecución de la obra tal y como estaba descrita, con la condición de que la atribución se haga al contratista que efectúa dicha obra:

- cuando dichos trabajos no puedan separarse técnica o económicamente del contrato general sin causar mayores inconvenientes a los poderes adjudicadores;

- o cuando dichos trabajos, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento;

en cualquier caso, el importe acumulado de los contratos efectuados para los trabajos complementarios, no podrá ser superior al 50 por 100 del importe del contrato inicial;

g) para nuevos trabajos que consistan en la repetición de obras similares confiadas al contratista titular de un primer contrato por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichos trabajos sean conformes a un proyecto base, y que dicho proyecto haya sido objeto de un primer contrato efectuado según los procedimientos expresados en el artículo 5.

La posibilidad de recurrir a este procedimiento deberá ser expresada desde la iniciación de la primera operación, y el importe

total considerado por la serie de trabajos será tenido en cuenta por los poderes adjudicadores para la aplicación de las disposiciones del artículo 5. Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de tres años a partir de la terminación del contrato inicial;

h) en casos excepcionales, cuando se trata de obras en las cuales su naturaleza o el azar no permita fijar previa y globalmente los precios.

Antes de terminar el mes de junio de cada año, los Estados miembros enviarán a la Comisión una relación indicando el número y el importe de los contratos efectuados en el año precedente en base al presente artículo, por lo menos en lo que concierne a los contratos efectuados por los Estados, Länder, regiones, provincias y departamentos. En la medida de lo posible, se detallarán los contratos efectuados en base a cada uno de los casos del presente artículo¹²⁹”.

Con la misma fecha de las dos Directivas expuestas anteriormente, 26 de julio de 1971, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros efectuaron una Declaración en el Consejo acerca de los procedimientos que se seguirán en materia de concesión de obras. La Declaración tenía relevancia en tanto que imponía a los poderes adjudicadores de los Estados miembros la obligación de efectuar un anuncio en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas cuando el importe global de las obras licitadas sobrepasase un millón de ecus. Dicho anuncio debía precisar el objeto de la concesión de forma que permitiera una estimación válida a los contratistas interesados, y las condiciones personales, técnicas y

¹²⁹ Este último párrafo da muestra del interés de las Comunidades Europeas por limitar la utilización de la contratación directa, pretendiendo conocer cuántos contratos se efectuaban por esta vía y poder así un seguimiento de la contratación considerada excepcional por vulnerar los principios de publicidad y concurrencia.

financieras que debieran cumplir los candidatos; además, el plazo para la presentación de las proposiciones debía comenzar a computarse desde la fecha del envío del anuncio al DOCE.

El 21 de diciembre de 1976, el Consejo aprobó la Directiva 77/62/CEE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. Los principales fundamentos para dictar esta Directiva estaban claros: en primer lugar, el TCE prohibía las restricciones a la libre circulación de mercancías en el sector de los suministros públicos; en segundo lugar el Consejo consideró necesario completar dicha prohibición con una coordinación de los procedimientos en materia de contratos públicos de suministro con el fin de garantizar, mediante el establecimiento en todos los Estados miembros de idénticas condiciones de participación en esos contratos, una transparencia que permitiera controlar la observancia de dicha prohibición; en tercer término se consideró que era necesario extender a los contratos de suministros (de importe igual o superior a 200.000 ecus) aquellos principios y métodos impuestos al contrato de obras por la Directiva 71/305/CEE.

Efectivamente, la característica más destacable que ofrece el texto de la Directiva 77/62 es precisamente el mimetismo con relación a la 71/305; se establecen los mismos principios relativos a la prohibición de las especificaciones técnicas que tengan un efecto discriminatorio, a la publicidad comunitaria de los contratos, al establecimiento de criterios objetivos de participación y al establecimiento de un procedimiento que permita su control por parte de todos los Estados miembros. Conocida esta circunstancia, sólo cabrían reflejarse matices, pero a nuestro entender, ninguna diferencia con relevancia que merezca ser expuesta, por lo que haremos más sucinta su descripción.

También en la Directiva relativa al contrato de suministro las prevenciones para evitar la discriminación por razón de la nacionalidad comienzan con las especificaciones técnicas¹³⁰, y también se detallan criterios para acreditar la solvencia (denominada capacidad en la normativa comunitaria)¹³¹.

Los sistemas de adjudicación son los mismos: abierto, restringido y excepcionales¹³². Como criterios de adjudicación se ofrece de nuevo la opción entre considerar únicamente el precio o bien una serie de criterios (entre los que se citan, también únicamente a efecto demostrativo el precio, el plazo de entrega, el coste de utilización, la rentabilidad, la calidad, las características estéticas y funcionales, el valor técnico, el servicio postventa y la asistencia técnica). Idénticas previsiones aparecen respecto de las ofertas anormalmente baratas. Reflejaremos también cuáles son estos supuestos excluidos de la aplicación de la Directiva sobre suministros, según su artículo 6:

a) en ausencia de ofertas, o en caso de ofertas irregulares tras haberse seguido cualquiera de los procedimientos establecidos en la presente Directiva o en caso de ofertas que no puedan aceptarse por contravenir disposiciones nacionales compatibles

¹³⁰ Esas prevenciones están situadas en el Título II de la Directiva, dentro del cual su artículo 7 establece lo siguiente estableció una serie de pautas para tratar de evitar la discriminación mediante especificaciones técnicas.

¹³¹ En el caso de la capacidad económica, los medios para su acreditación son los mismos que ya se establecieron para el contrato de obras. Para acreditar la capacidad técnica del suministrador podrían utilizarse uno o varios de los medios entre los descritos por la propia Directiva.

¹³² Ni esta Directiva ni la 71/305 otorga denominación alguna al procedimiento excepcional basado en las causas tasadas. Hemos de entender que, puesto que los procedimientos concretos de contratación han de ser los que prevean los ordenamientos internos de los Estados miembros, a las Directivas les resulta suficiente la previsión de que ciertos supuestos están exceptuados de su aplicación.

- con las prescripciones del título IV, en tanto las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente;*
- b) en el caso de suministros cuya fabricación o entrega, en razón de su especificidad técnica o artística o por cualquier otra razón que tenga como fin la protección de derechos exclusivos, no puedan encargarse más que a un proveedor determinado;*
 - c) cuando se trate de objetos que sólo se fabriquen con fines de investigación, prueba, estudio o perfeccionamiento;*
 - d) en la estricta medida de lo necesario, cuando una urgencia imperiosa motivada por hechos imprevisibles para los poderes adjudicadores impida que se observen los plazos establecidos en los apartados 1 y 2 del artículo 4;*
 - e) cuando se trate de entregas complementarias realizadas por el proveedor original y destinadas a renovar parcialmente los suministros o las instalaciones de utilización corriente o a la ampliación de los ya existentes, en el caso de que el cambio de proveedor obligase al poder adjudicador a la adquisición de un material de características técnicas diferentes y que estos cambios entrañasen incompatibilidades o dificultades técnicas desproporcionadas en las condiciones de utilización y mantenimiento;*
 - f) cuando se trate de suministros que se coticen y compren en bolsa en la Comunidad;*
 - g) cuando se trate de suministros declarados secretos o cuando su ejecución deba acompañarse de medidas especiales de seguridad según las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas en vigor en el Estado miembro interesado o en el caso de que lo exija la protección de intereses esenciales de la seguridad de ese Estado.*
 - h) en los contratos de suministro de equipos en el sector de la informática, supeditado a las decisiones del Consejo, adoptadas a propuesta de la Comisión, y que definan las clases de material a las que no se aplique la presente excepción. No podrá recurrirse a esta excepción a partir del primero de enero de 1981, salvo*

*decisión del Consejo que modifique esta fecha, a propuesta de la Comisión*¹³³.

2.3.- LA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA ESPAÑOLA AL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN.

2.3.1.- LA NATURALEZA DEL DERECHO COMUNITARIO: CONSECUENCIAS EN ORDEN A LA TRANSPOSICIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

En el tema que nos ocupa en este segundo Capítulo hemos de partir de la naturaleza del derecho comunitario; es decir, hay que tener en cuenta la diferente aplicación de los Reglamentos y las Directivas comunitarias. El propio TCE en su art. 189 establece que *el “reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, mientras que la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”*¹³⁴. Es

¹³³ El artículo 6 establece también la obligación de comunicar los contratos de suministro celebrados antes de que termine el mes de junio de cada año, tal como vimos para el contrato de obras.

¹³⁴ La jurisprudencia comunitaria también ha ido fijando los contornos de los instrumentos normativos europeos (entre los que no hemos citado, porque apenas nos atañen, a las decisiones y recomendaciones). Así como ejemplos, la STJCE de 14 de diciembre de 1971 declaró que *debido a su naturaleza misma y su función en el sistema de las fuentes del Derecho comunitario, el Reglamento produce efectos inmediatos y, como tal, confiere a los particulares una serie de derechos que las jurisdicciones nacionales tienen la obligación de proteger*; y con relación a la Directiva, la STJCE de 20 de mayo de 1992 expresa que *según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente la reproducción formal y textual de las normas de éstas en una disposición legal expresa y específica y puede considerarse realizada, en función del contenido de la misma, a través de un contexto jurídico*

decir, la Directiva deja a las autoridades nacionales la elección de las formas mediante las cuales dicta normas que hagan aplicables aquellas en su territorio. Porque las Directivas son unas normas que persiguen un resultado al que los Estados miembros deben llegar utilizando sus instrumentos normativos propios (en ese sentido es clarificador el texto del art. 100 del originario TCE cuando se refiere a la adopción de "*directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común*").

general, siempre y cuando éste garantice suficientemente la plena aplicación de la directiva de una manera suficientemente clara y precisa. No obstante, también se ha ido consolidando jurisprudencialmente una eficacia directa de las Directivas (en sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como las de 5 de febrero de 1963, 9 de marzo de 1978, o 19 de enero de 1982), en la medida en que estas disposiciones sean susceptibles de aplicación inmediata sin necesidad de ulterior transposición del derecho interno. Directamente referida a la contratación pública, en la STJCE de 22 de junio de 1989 (asunto 103/88, "Fratelli Costanzo")(TJCE 1989\149), el Tribunal reiteró el efecto directo de la Directiva 71/305, máxime una vez transcurrido el plazo para la transposición sin que el Estado lo hubiese hecho, utilizando términos tan contundentes como éstos: *Sería por otra parte contradictorio entender que los particulares pueden invocar las disposiciones de una directiva que cumpla las condiciones antes señaladas (acto preciso, claro, incondicional y no precisado de ulterior desarrollo), ante las jurisdicciones nacionales con la finalidad de censurar a la Administración, y sin embargo, entender que la misma no tiene obligación de aplicar las disposiciones del derecho nacional que no sean conformes con la misma. Resulta de todo ello que, allí donde se cumplan las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal para que las disposiciones de una directiva puedan ser invocadas por los particulares ante las jurisdicciones nacionales, todos los órganos de la Administración incluidos los entes descentralizados, como los Municipios, tienen la obligación de aplicar sus disposiciones* (debemos decir también que este criterio ya había sido adelantado por el propio Tribunal en su Sentencia de 20 de septiembre de 1988, "Beentjes", que ha sido objeto de múltiples comentarios doctrinales).

En materia de contratos públicos, la normativa comunitaria está contenida principalmente en directivas, y no en reglamentos, por lo que para su incorporación, España debía adaptar su normativa interna sobre la materia durante el año 1986 (pues así estaba determinado en el Acta de Adhesión). Se cumplía así con la obligatoria recepción del denominado acervo comunitario. A esos efectos se aprobó la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de bases de delegación al Gobierno para la aplicación de su Derecho¹³⁵; en ella se estableció un plazo de seis meses para el ejercicio de dicha delegación. La Ley 47/1985 incorporaba un anexo con las normas con rango de Ley que debían ser objeto de adaptación, y en el último lugar de las mismas aparecía el Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (respecto a nuestra materia, las Directivas que la Ley citó como de obligada transposición en ese momento fueron la 71/304, 71/305, 71/306, 72/277 y 77/62). Evidentemente, y aunque las bases de delegación se refiriesen a la modificación de normas con rango de Ley, también debía ser objeto

¹³⁵ El artículo 1 de esta Ley expresó que *para el cumplimiento de las obligaciones que España asumirá por su ingreso en las Comunidades Europeas, al amparo del artículo 82 de la Constitución, se delega en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley en el ámbito de las competencias del Estado, sobre las materias reguladas por las Leyes incluidas en el anexo, a fin de adecuarlas al ordenamiento jurídico comunitario y en la medida en que tales materias resulten afectadas por el mismo, así como sobre materias objeto de normas comunitarias, vigentes el 6 de noviembre de 1985, que exijan desarrollo por Ley y no se hallen actualmente reguladas*. De esta forma, el artículo 2 determinó que tendrían *la consideración de bases, a cuyo objeto, alcance, principios y criterios deberá ceñirse el Gobierno en la elaboración de los correspondientes Decretos Legislativos, las directivas y demás normas de Derecho comunitario cuya aplicación exija la promulgación de normas internas con rango de Ley*. La solución adoptada para la adaptación de nuestro derecho seguía el esquema contemplado por el art. 82 CE, pero también emuló, y así lo expresa el preámbulo de la Ley, los procesos que en su día desarrollaron Estados como Irlanda, Dinamarca o Grecia al incorporarse a las Comunidades Europeas.

de adaptación el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por el Decreto 3410/1975¹³⁶.

En el año 1985 se publicó el Libro Blanco para la realización del mercado interior, por la Comisión de las Comunidades Europeas, con el objetivo de lograr un mercado europeo único de mercancías, servicios, personas y capitales; objetivo que debía ser alcanzado en 1992¹³⁷. Se trataba de un documento con numerosas propuestas y medidas (en torno a trescientas) y que destacaba la importancia que para ese mercado único tenía la apertura de la contratación pública, entre otros aspectos como la supresión de los controles en las fronteras, la cooperación entre las empresas, el mercado común de servicios, la política común de normalización, los controles veterinarios y fitosanitarios, la política social comunitaria, o el mercado interior de la energía. El propio Libro Blanco cuantificaba

¹³⁶ Una interesante exposición sobre los principios que el TJCE ha fijado con relación a las obligaciones de los Estados en orden a la transposición del Derecho comunitario (entre otra serie de jurisprudencia comunitaria referente a distintos puede verse en RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M.: "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública". *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 6. Año 2000, págs. 5 y ss.

¹³⁷ La aprobación del Libro Blanco venía precedida por la constatación de que los efectos surtidos por las anteriores Directivas habían sido escasos. Un panorama sombrío era el que, en efecto, mostraba la Comunicación de la Comisión al Consejo sobre contratos públicos (COM (84) 717 final, 14 de diciembre de 1984). Tal comunicación o informe exponía numerosos inconvenientes: la falta de transposición o la transposición incorrecta de las Directivas a las legislaciones internas de algunos Estados; la fuerte crisis económica de los años setenta que motivó que los Estados reforzaran su protección a favor de las empresas nacionales; la ausencia de publicación en el DOCE de numerosos contratos públicos; el fraccionamiento de contratos para eludir la aplicación de la normativa comunitaria; la utilización abusiva de los procedimientos excepcionales de adjudicación; la fijación de criterios selectivos discriminatorios; la amplitud de los sectores excluidos, y la falta de previsión de mecanismos de control de los incumplimientos por parte de las primeras Directivas, entre otras.

que la contratación pública en la Comunidad tenía un peso aproximado de casi el 15 % de su producto interior bruto (unos 600.000 millones de ecus); sin embargo, sólo un 2 % de los contratos públicos se adjudicaban a empresas de Estados miembros distintos al licitante.

El Libro Blanco expresaba su propósito de lograr tres objetivos: una mayor transparencia en los procedimientos de adjudicación, una garantía más efectiva de los derechos de recurso, y la ampliación progresiva al conjunto de las materias, incluyendo los sectores inicialmente excluidos (transporte, agua, energía y telecomunicaciones) y a la cobertura de los servicios.

2.3.2.- EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 931/1986, DE 2 DE MAYO, POR EL QUE SE MODIFICÓ LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO.

En materia de contratación administrativa, y en cumplimiento del mandato de la Ley 47/1985, fue aprobado el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, de modificación de la Ley de Contratos del Estado para adaptarla a las directivas de la Comunidad Económica Europea. Se trata de una Ley de cinco artículos que dieron nueva redacción a diversos preceptos de la Ley de Contratos del Estado de 1965. Concretamente recibieron nueva redacción los artículos 9, 28, 29, 31, 34, 35, 36, 37, 83, 84, 87, 98, 99, 102, 106 y 109; se crearon los artículos 29 bis, 36 bis, 84 bis, 99 bis y 99 ter; y se dio nueva denominación al título primero del libro II (que pasó a rezar *De la clasificación, solvencia y registro de los empresarios*), a sus capítulo primero (en adelante, *De la clasificación, solvencia y registro de los contratistas de obras*), y segundo (en adelante, *De la clasificación y solvencia de los empresarios de suministros*).

Para la adaptación de la normativa reglamentaria se dictó el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, de modificación del

Reglamento de Contratación del Estado para adaptarlo al Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo de 1986, y a las Directivas de la Comunidad Económica Europea.

Antes de entrar a analizar las modificaciones que ambas normas efectuaron con relación a los sistemas de adjudicación de los contratos administrativos en España, diremos que tanto la Ley como el Reglamento entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (publicaciones que tuvieron lugar el día 13 de mayo de 1986, la Ley, y el 12 de diciembre el Reglamento), y que ambas previeron en sus disposiciones transitorias la inaplicación de los nuevos preceptos a los expedientes de contratación ya iniciados, sin perjuicio de su aplicación a los trámites ulteriores en cuanto fuera jurídicamente compatible con la legislación anterior.

Algún tiempo antes de esa entrada en vigor, y tratando de facilitar la labor de los órganos de contratación (entre otras razones dado el comentado efecto directo de las Directivas comunitarias y en tanto la efectiva adaptación de nuestro derecho interno se producía), la Junta Consultiva de Contratación Administrativa elaboró un documento titulado *Recomendación a dirigir por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a los distintos órganos de contratación, como consecuencia de la adhesión de España a las Comunidades Europeas* (posteriormente la Junta emitió una nueva Recomendación de 23 de marzo de 1988, sobre aplicación de la LCE adaptada a las directivas comunitarias sobre contratación pública; documento motivado también, como veremos, por el retraso de España en efectuar una correcta adaptación de nuestras normas), fechado el 18 de abril de 1986. La lectura de la Recomendación presenta un primer interés que consiste en apreciar el alcance del derecho comunitario de la contratación pública en el año 1986; el alcance, pues, del derecho de la contratación al que hubo de sumarse España.

La Junta Consultiva expresa una primera conclusión que nosotros hemos observado al estudiar un primer bloque de directivas comunitarias: hasta este momento, el derecho comunitario de la contratación pública sólo resultaba aplicable a los contratos de obras y de suministros¹³⁸ (con una serie de exclusiones en cada uno de ellos,

¹³⁸ Por aquellas fechas la normativa europea alcanzaba a los contratos de obras de cuantía igual o superior, IVA excluido, a 1.000.000 de unidades de cuenta europeas y a los contratos de suministros de cuantía igual o superior a 140.000 unidades de cuenta europeas, IVA excluido (a efectos de la contratación pública, la unidad de cuenta europea equivalía a 127,278 pesetas, según el cambio que había sido fijado para el año 1986). Tales cuantías suponen el conocido como umbral comunitario, y que posteriormente ha sufrido modificaciones.

Y aunque superasen ese umbral comunitario (es decir, fuese cual fuese su cuantía), no estaban sometidos a la publicación en el DOCE los siguientes contratos de obras que relacionó el nuevo art. 29 bis LCE:

1.- Los de instalaciones industriales de naturaleza mecánica, eléctrica o energética, salvo las partes de estas instalaciones que exijan la técnica de construcción inmobiliaria.

2.- Los de construcción e instalaciones nucleares de carácter científico o industrial.

3.- Los de excavaciones, perforación de pozos, dragados y evacuación de escombros efectuados en relación con la extracción de materias minerales.

4.- Los convocados por los Organismos públicos que gestionen servicios de transportes o de producción, distribución y conducción de agua o de energía.

5.- Aquellos en que, por su naturaleza o carácter aleatorio no sea posible la fijación previa de un presupuesto definitivo.

6.- Los efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado con un Estado no miembro de la Comunidad Económica Europea y que contenga disposiciones diferentes a las directivas de ésta en materia de contratación pública.

7.- Los convenidos con Empresas de un país no miembro de dicha Comunidad, en virtud de un acuerdo internacional que excluya a las Empresas de los Estados miembros de aquélla.

8.- Los realizados aplicando el procedimiento específico de una organización internacional.

En los casos de concesión o concierto con empresarios, cuando éstos deban ejecutar las obras que han de explotar, tampoco será obligatoria la publicación de los anuncios señalados en el párrafo primero de este artículo. En las obras que el

que vienen determinadas en las directivas, y que no exponemos porque carecen de relevancia para nuestro estudio). Las recomendaciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se centraron en las nuevas obligaciones de publicidad de licitaciones en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, que a juicio de la Junta resultaban directamente aplicables sin necesidad de normativa de adaptación (en un claro supuesto de la eficacia directa de las directivas de la que hemos hablado).

Respecto de los procedimientos de adjudicación, sin embargo, la Recomendación no se extiende porque considera que es precisa una adaptación expresa de nuestra normativa al nuevo procedimiento instaurado por el derecho comunitario: el procedimiento restringido, así como de otras cuestiones como los supuestos de contratación directa o las prohibiciones de contratar; hasta tanto dicha adaptación se produjese (situación que como sabemos, estaba próxima) sería preciso utilizar las formas de adjudicación vigentes (subasta, concurso, concurso-subasta, concurso restringido y contratación directa).

El Real Decreto Legislativo 931/1986 dio nueva redacción a una serie de artículos de la Ley de Contratos del Estado, como hemos dicho, y uno de ellos fue el número 28. Éste presentó las formas de contratación: subasta, concurso y contratación directa¹³⁹ (desechando

concesionario contrate con terceros para la ejecución y explotación del servicio, deberá respetar el principio de no discriminación de los contratantes en razón a su nacionalidad. Cuando el concesionario sea una Administración Pública queda sujeto, en las contrataciones que efectúe con terceros, a las disposiciones generales de esta Ley.

¹³⁹ Formas que son presentadas de manera muy cercana a las actuales: *la subasta versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al oferente que, sin exceder de aquél, haga la proposición económicamente más ventajosa; en el concurso la adjudicación recaerá en el oferente que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, sin atender exclusivamente al valor económico de la*

así el concurso-subasta, que no obstante, como indicó RAZQUÍN¹⁴⁰, sobrevivió gracias al trámite de admisión previa del art. 34 de la Ley. También se había dicho que en cualquier caso esa desaparición del concurso-subasta era nominal, porque el procedimiento restringido podía aportar las mismas ventajas de aquél pero con más agilidad de trámites, y sin sufrir los inconvenientes que habían hecho del concurso-subasta una figura poco usada¹⁴¹), e incorporó la distinción entre procedimientos abiertos y restringidos, en el sentido en que hemos visto que venían concebidos por las directivas comunitarias. Se determina así que *tanto para la subasta como para el concurso, el procedimiento de licitación podrá ser abierto o restringido*. El concepto de cada uno de estos procedimientos estaba muy claro en las directivas, con lo cual la transposición era casi mecánica: *en el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición; en el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos*.

Hemos dicho que se desechó el concurso-subasta¹⁴²; ciertamente ello fue así, y tal vez podamos afirmar que ello tuvo lugar

misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto; en la contratación directa el contrato será adjudicado al empresario, libre y justificadamente, elegido por la Administración.

¹⁴⁰ RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.: *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*. Ed. Aranzadi, 1996. Pág. 108. Razquín se refiere también al informe 24/87, de 22 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y a que la propia Junta propuso en 1989 la supresión de la admisión previa considerando que equivalía a un procedimiento restringido.

¹⁴¹ CLIMENT BARBERÁ, J.: "La selección de contratistas en los contratos de las Administraciones Públicas en el derecho comunitario y en el derecho español". *Noticias CEE*, nº 21, año 1986. Págs. 56 y 56.

¹⁴² Así lo pusieron también de manifiesto SANTÍAS y otros ("El derecho comunitario...", op. cit., pág. 189), que constataron que la subasta con admisión previa equivale al concurso-subasta y el concurso con admisión previa al concurso restringido, de manera que *la modificación introducida en los procedimientos*

más en el campo terminológico que en el material, porque tanto para la subasta como para el concurso, se previó la celebración de un trámite de admisión previa por el cual la Administración, con anterioridad a la consideración de las proposiciones de los empresarios, podía excluir a aquellos que no cumplieran los requisitos previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 34 LCE para la subasta y 35 para el concurso). A esos efectos, el órgano de contratación establecería en el pliego los criterios objetivos que hubieran de regular la admisión previa. Los documentos justificativos que se exigieran para dicha admisión previa se acompañarían en sobre independiente a la proposición y documentación administrativa, y a la vista de los mismos, el órgano de contratación resolvería sobre la admisión previa de los empresarios a la licitación. Si se trataba de una subasta, el Presidente de la Mesa de Contratación, en el acto público de adjudicación provisional notificaría el resultado de la admisión a las Empresas intervinientes y seguidamente la Mesa acordaría la adjudicación provisional al mejor de los postores admitidos; si se trataba de un concurso el Presidente notificaba el resultado de la admisión previa antes de la apertura de proposiciones y se continuaba el acto conforme a los trámites habituales¹⁴³. Para evitar la clara

abiertos debe ser calificada...de terminológica, constituyendo la verdadera innovación en la materia la introducción del procedimiento restringido.

¹⁴³ Como podemos apreciar, las diferencias con la tramitación del concurso-subasta son mínimas; con estas palabras describía el primitivo art. 34 LCE el desarrollo del concurso-subasta: *Para la adjudicación de contratos por el procedimiento de concurso-subasta, las Empresas interesadas deberán ser previamente admitidas a la subasta por el órgano de contratación correspondiente.*

A este efecto, dicho órgano establecerá en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos que hayan de regular la admisión previa. Los documentos justificativos que se exijan para dicha admisión se acompañarán en sobre independiente a la proposición y documentación a que se refiere el artículo 29 de esta Ley.

A la vista de los referidos documentos justificativos, el órgano de contratación resolverá sobre la admisión previa de los empresarios a la subasta.

incompatibilidad que podría existir en la aplicación del trámite de admisión previa y el procedimiento restringido, el art. 36 bis determinó que cuando se utilizase el procedimiento restringido no podría establecerse la admisión previa; en otras palabras, la admisión previa sólo cabía en los procedimientos abiertos, ya se sustanciaran mediante la forma de subasta o de concurso.

Con carácter general acerca de la reforma de la Ley diremos también que incorporó la imposibilidad de aplicar la reducción de plazos de la tramitación de urgencia en el procedimiento abierto; sólo podría hacerse en el restringido, para aquellos contratos que hubieran de ser anunciados en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (último párrafo del art. 90 RGCE, según la redacción dada por el Real Decreto 2528/1986).

Comenzaremos con la regulación para el contrato de obras y hemos de tener en cuenta que el artículo 36 bis que introdujo el Real Decreto Legislativo 931/1986 en la LCE contemplaba la utilización del procedimiento restringido sólo para los contratos cuya cuantía tenía relevancia comunitaria, esto es, que superaban el umbral del millón de unidades de cuenta europeas, IVA excluido. En tales casos podía utilizarse el procedimiento restringido, *"en el que se aplicarán las normas generales de esta Ley sin perjuicio de las siguientes normas especiales:*

- 1.- El envío del anuncio para la publicación de la licitación en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas" se efectuará con una antelación mínima de veintiún días naturales a la fecha*

El Presidente de la Mesa de Contratación, en el acto público de adjudicación provisional, notificará el resultado de la admisión a las empresas intervinientes, y seguidamente la Mesa acordará la adjudicación provisional al mejor postor de los admitidos, de acuerdo con las normas de aplicación al procedimiento de subastas.

señalada para la presentación de solicitudes. Dicho plazo se reducirá a doce días en caso de urgencia.

- 2.- Las solicitudes de participación deberán ir acompañadas de la documentación que acredite la personalidad del empresario, la clasificación, en su caso, y el cumplimiento de las condiciones de solvencia financiera, económica y técnica que se determinen en el anuncio.*
- 3.- El órgano de contratación seleccionará a los empresarios e invitará a los admitidos, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que, en cada caso, se señale y que no podrá ser inferior a veintiún días naturales. Dicho plazo se reducirá a diez días en caso de urgencia.*
- 4.- Los empresarios seleccionados presentarán sus proposiciones acompañadas del resguardo acreditativo.*
- 5.- Cuando se utilice el procedimiento restringido, no podrá establecerse la admisión previa regulada en el artículo 34 de esta Ley.*

Una vez presentadas las proposiciones, la adjudicación se efectuará por las normas generales de esta Ley, ya se trate de subasta o de concurso”.

Tomemos nota de que en el momento de la modificación por el Real Decreto Legislativo 931/86 se consideraba como forma absolutamente normal de adjudicación sólo a la subasta, a pesar de que como expusimos más arriba, las Directivas comunitarias contemplaban con la misma normalidad la adjudicación de los contratos atendiendo *o bien únicamente al precio más bajo, o bien, en el caso en que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, a distintos criterios que variarán en función del contrato.* A pesar de ello, como decimos, el nuevo art. 28 LCE declaró que *los órganos de contratación utilizarán normalmente la subasta como forma de adjudicación. El concurso y la contratación directa sólo procederán en los casos determinados en la presente Ley.*

Para el contrato de obras, pues, quedaba la utilización del concurso y de la contratación directa limitada a supuestos tasados, si bien el concurso no tenía el carácter excepcional de la contratación directa, y eso puede apreciarse tanto en el significado que se les otorga en el derecho comunitario como, obviamente, en el catálogo de supuestos recogidos en la Ley. Así se mantenía el concepto de utilización limitada del concurso por el que, como vimos, había optado la LCE en su redacción originaria de 1965. Retengamos, por tanto, que el concurso puede ser utilizado en los siguientes casos, expresamente previstos en el art. 35:

- “1.- Aquellos en los que no sea posible la fijación previa de un presupuesto definitivo.*
- 2.- Los que se refieren a la ejecución de obras cuyos proyectos o prescripciones técnicas no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y cuyos anteproyectos deban presentar los licitadores.*
- 3.- Cuando el órgano de contratación considere que el proyecto aprobado por la Administración es susceptible de ser mejorado por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores.*
- 4.- Aquéllos para la realización de los cuales facilite la Administración materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.*
- 5.- Los relativos a obras de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.*
- 6.- Todos aquellos para los que el precio ofertado no constituya el elemento esencial de la adjudicación”.*

La “normalización” del concurso en nuestro ordenamiento tuvo lugar poco tiempo después mediante la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, que dio nueva redacción

al recién expuesto artículo 35 LCE, incorporando su apartado sexto como presupuesto general para la utilización del concurso; es decir afirmando la posibilidad de emplear el concurso en aquellos casos en que no fuese únicamente el precio lo relevante a la hora de adjudicar el contrato. De este modo, el mencionado artículo 35 quedó redactado así: *" Se celebrarán mediante concurso los contratos en que la selección del contratista no se efectúe exclusivamente en atención a la oferta económicamente más ventajosa y, necesariamente, en los siguientes casos:*

- 1) Los que se refieren a la ejecución de obras cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores.*
- 2) Cuando el órgano de contratación considere que el proyecto aprobado por la Administración es susceptible de ser mejorado por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores.*
- 3) Aquellos para la realización de los cuales facilite la Administración materiales o medios auxiliares, cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.*
- 4) Los relativos a obras de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja".*

Procedimentalmente es importante tener en cuenta que el art. 36 declaró que los preceptos relativos a la celebración de la subasta regirían también para el concurso, excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a aquella forma de adjudicación. Y se previó también la posibilidad de celebración de concursos con trámite de admisión previa, al igual que en las subastas, cuya especial tramitación resultaba aplicable en estos casos (art. 35, último párrafo). Por lo demás, podríamos decir que la configuración del concurso se aproximó casi íntegramente a la actual, y siguiendo muy

de cerca las previsiones de las Directivas comunitarias; así el art. 36 reflejó que *en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad, el valor técnico u otros semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquélla*. Como vemos, los criterios se enuncian a modo ejemplificativo, tal como había hecho la Directiva 71/305. Y el mismo precepto recogió la posibilidad de que los licitadores introdujesen en sus proposiciones las modificaciones que puedan hacerlas más convenientes para la realización del objeto del contrato, dentro de los límites que señale expresamente el pliego de cláusulas administrativas.

Respecto a la contratación directa, el nuevo art. 37 dejó claro que sólo podría acordarse con relación a alguna de las circunstancias en él enumeradas, lo que debería justificarse en el expediente:

- “1.- Aquellas en que no sea posible promover concurrencia en la oferta o en que, por circunstancias técnicas o excepcionales, no convenga promoverla.*
- 2.- Las de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de necesidades apremiantes de demandaran una pronta ejecución que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el artículo 26 de esta Ley, y previo acuerdo del órgano de contratación.*
- 3.- Las de presupuesto inferior a 25.000.000 de pesetas.*
- 4.- Las que sean declaradas de notorio carácter artístico con arreglo al dictamen de Organismos competentes.*
- 5.- Las que sean declaradas secretas; aquellas cuya ejecución deba acompañarse de medidas de seguridad conforme a disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas, y aquellas que la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado*

lo exija. En estos casos será necesario que las obras no puedan realizarse directamente por la Administración.

- 6.- Las que no llegaran a adjudicarse por falta de licitadores o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, siempre que la adjudicación directa se acuerde en las condiciones fundamentales y precio no superior a los que hayan sido objeto de licitación.*
- 7.- Cuando el adjudicatario no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del contrato, siempre que la adjudicación directa se acuerde en las condiciones fundamentales y precio no superior a los que hayan sido objeto de licitación.*
- 8.- Las que tengan por finalidad continuar la ejecución de obras cuyos contratos hayan sido resueltos, con los mismos requisitos del apartado anterior, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, del apartado 2 de este mismo artículo.*
- 9.- Las que tengan por objeto la investigación, el ensayo, el estudio o la puesta a punto”.*

Es decir, con relación a la redacción originaria de la LCE se suprimieron los supuestos de la instalación y montaje de aparatos de faro y señales de navegación y, en general, instalación de instrumentos de control que exijan una gran precisión y seguridad (apartado 5) y la contratación de obras de interés militar que pudieran ser ejecutadas directamente por Organismos autónomos de carácter militar¹⁴⁴ (apartado 11).

¹⁴⁴ Según indicaron SANTÍAS y otros (“El derecho comunitario...”, op. cit., pág. 197), la justificación de tales supresiones responden, en el primer caso, a la innecesariedad, porque esos supuestos pueden subsumirse en el nuevo apartado 1 (por cuanto se darían circunstancias técnicas que harían inconveniente promover la concurrencia), y en el segundo de los casos a la consideración de que la relación entre la Administración y sus Organismos autónomos no constituye una relación contractual sometida a la LCE.

Excepto para los supuestos de los apartados 1 y 5, el órgano de contratación estaba obligado a consultar al menos a tres empresas capacitadas para la ejecución de las obras antes de realizar la ejecución, fijando con la seleccionada el precio justo del contrato y dejando constancia de todo ello en el expediente administrativo.

En aquellas fechas, SANTÍAS hizo una valoración de los supuestos de adjudicación directa incluidos en la LCE por el Real Decreto Legislativo de 1986. Resulta de interés la constatación de que la contratación directa por razón de la cuantía se situó por debajo de veinticinco millones de pesetas, aunque podría haberse apurado el límite del umbral comunitario, por debajo del cual los contratos carecían de relevancia para las Comunidades Europeas. No obstante, según señala SANTÍAS, la cifra de un millón de ecus se consideró elevada (ciertamente lo es, a nuestro juicio), y teniendo en cuenta los efectos de exclusión de publicidad y concurrencia que implica la contratación directa, la opción fue establecer el límite en esos veinticinco millones de pesetas. Los supuestos número 7 y 8 no estaban previstos en las Directivas comunitarias, aunque como sabemos sí gozaban ya de una importante tradición en nuestras normas sobre contratación administrativa; para SANTÍAS, estos supuestos no contradicen el espíritu de las Directivas comunitarias dado que se trata de contratos ya adjudicados anteriormente con publicidad y concurrencia, cuya completa ejecución no puede realizarse por causas no imputables al órgano de contratación; y además, cabría incluso entender que tales supuestos podrían encajarse en el apartado número dos (que si procede directamente de las Directivas europeas). Por último, la omisión de la contratación directa de las obras complementarias podría considerarse suplida por el régimen que para tales obras estableció el art. 157 RGCE¹⁴⁵.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pág. 198.

Dijimos anteriormente que las Directivas comunitarias hasta la fecha de la adhesión española se referían a los contratos de obras y de suministros; hemos expuesto la transposición de normas que realizó el Real Decreto Legislativo 931/86 para el primero de tales contratos y debemos ahora hacer lo mismo con relación al contrato de suministros. Para este contrato, el umbral comunitario se situó en 140.000 unidades de cuentas europeas, IVA excluido. Los contratos de suministro de cuantía igual o superior a aquella debían publicarse en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas¹⁴⁶. No obstante, quedaron excluidos de esta publicidad una serie de contratos, cualquiera que fuera su cuantía, exclusión ésta que deriva directamente de las Directivas comunitarias sobre la materia que ya expusimos (art. 84 bis):

“1.- Los convocados por Organismos que gestionen servicios de transporte o de producción, conducción y distribución de agua, de energía o de telecomunicaciones.

¹⁴⁶ Aunque, al igual que en el contrato de obras, también quedaban exceptuados de publicación en el DOCE, cualquiera que fuese su cuantía, una serie de contratos de suministros enumerados por el nuevo art. 84 bis del RGCE:

- 1.- Los convocados por Organismos que gestionen servicios de transporte o de producción, conducción y distribución de agua, de energía o de telecomunicaciones.*
- 2.- Los que sean consecuencia de un acuerdo internacional concluido con uno o varios Estados no miembros de la Comunidad Económica Europea, en relación a los suministros destinados a la realización o explotación en común de una obra pública.*
- 3.- Los que sean consecuencia de un acuerdo internacional concluido en relación con el estacionamiento de tropas y concerniente a Empresas de otro Estado.*
- 4.- Los convocados mediante un procedimiento específico de una Organismo internacional.*
- 5.- Los que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones de los artículos 36 y 223 del Tratado de Roma.*

En los suministros que un concesionario de servicios públicos contrate con terceros, deberá aquél respetar el principio de la no discriminación de los contratantes por razón de su nacionalidad.

- 2.- *Los que sean consecuencia de un acuerdo internacional concluido con uno o varios Estados no miembros de la Comunidad Económica Europea, en relación a los suministros destinados a la realización o explotación en común de una obra pública.*
- 3.- *Los que sean consecuencia de un acuerdo internacional concluido en relación con el estacionamiento de tropas y concerniente a Empresas de otro Estado.*
- 4.- *Los convocados mediante un procedimiento específico de un Organismo internacional.*
- 5.- *Los que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones de los artículos 36 y 223 del Tratado de Roma”.*

En el contrato de suministros la subasta no tiene la preeminencia que vimos en el contrato de obras, porque no parece que la adjudicación con exclusiva atención al precio sea el sistema óptimo para las compras; no obstante, se admitió la utilización de subasta en algún caso, lo cual de por sí supone una novedad porque no estaba prevista para el contrato de suministros en la redacción originaria de la LCE. Por ello, aunque el art. 87 expresó que los contratos de suministro se adjudicarían por subasta, concurso o contratación directa, también aclaró que la subasta podría ser utilizada *“en todas aquellas adquisiciones de escasa cuantía o en la que los productos a adquirir estén perfectamente definidos, por estar normalizados y no ser posible variar los plazos de entrega, ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, quedando por consiguiente el precio como único factor determinante de la adjudicación”*. Y con relación al concurso también se incorporó una relación no limitativa de criterios que deberían señalarse previamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares: el precio, el plazo de entrega, el coste de utilización, la rentabilidad, las características estéticas o funcionales, el valor único, el servicio posventa, la asistencia técnica u otras semejantes (la enumeración no taxativa de criterios era reflejo, al igual que comentamos para el

contrato de obras, de la Directiva 77/62). La utilización de la contratación directa quedaba limitada también a una serie de supuestos expresados por este art. 87, sin que se indicase expresamente la obligación de consulta a tres empresas, ni la necesaria justificación de las circunstancias habilitantes en el expediente. Los supuestos previstos con la nueva redacción que el Real Decreto Legislativo 931/86 dio al art. 87 LCE fueron los siguientes:

- “1.- Cuando no sea posible promover concurrencia en la oferta o no sea conveniente promoverla, como cuando verse el contrato sobre productos amparados por patentes, derechos de autor o que constituyan modelos de utilidad u obras artísticas o sobre cosas de las que haya un solo producto o poseedor.*
- 2.- Los de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de necesidades apremiantes que demandaren un rápido suministro, que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el artículo 26 de esta Ley, previa justificación razonada en el expediente.*
- 3.- Los de suministro de bienes que no excedan en total de 10.000.000 de pesetas, límite que se eleva a 25.000.000 de pesetas para los supuestos comprendidos en el número 3 del artículo 83.*
- 4.- Los que sean declarados secretos, aquellos cuya ejecución deba acompañarse de medidas de seguridad conforme a disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas y aquellos en los que la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado lo exija.*
- 5.- Los anunciados a subasta o concurso que no llegaren a adjudicarse por falta de oferentes o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarados admisibles o porque, habiendo sido adjudicados, el empresario no cumpla las condiciones fundamentales y precio no superior a los anunciados, a no ser que*

por la Administración se acuerde sacarlos nuevamente a licitación en las condiciones que en cada caso se establezcan.

- 6.- Los que se refieren a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria por acuerdo de la Dirección General del Patrimonio del Estado para su utilización común por la Administración. Cuando se trate de bienes de utilización específica por los servicios de un determinado Departamento ministerial la declaración de uniformidad corresponderá efectuarla al mismo, previo informe de la indicada Dirección General. En todo caso, la adopción del tipo de que se trate, deberá haberse efectuado previa e independientemente, en virtud de concurso, de acuerdo con lo prevenido en el presente título.*
- 7.- Los que tengan por objeto la adquisición de prototipos o la investigación, ensayo, estudio o puesta a punto.*
- 8.- Las entregas complementarias efectuadas por el suministrador originario, destinadas a la renovación parcial o a la ampliación de suministros o instalaciones existentes, cuando el cambio de suministrador obligara a la Administración a adquirir un material técnico diferente que suponga incompatibilidad o dificultades técnicas desproporcionadas en las condiciones de su utilización o mantenimiento”.*

Prácticamente las dos únicas cuestiones destacables de este nuevo precepto (que no hayamos dicho con relación a la contratación directa de obras) son, por un lado, que el apartado seis incorporó a nuestro ordenamiento los denominados concursos para determinación de tipo o acuerdos marco, y que procedían de las Directivas sobre los denominados sectores excluidos. Por otro, que su primer apartado fue completado por el nuevo art. 247 RGCE al establecer que *“para que la circunstancia de existir una sola patente, modelo de utilidad o productor o poseedor sea determinante de la contratación directa, es preciso que el empresario correspondiente sea el único capaz de*

servir las necesidades de la Administración, aspecto que se justificará en el expediente”.

Una de las incorporaciones importantes que efectuó el Real Decreto Legislativo de 1986 fue la regulación de la solvencia de los empresarios, que se añadía a la reciente previsión de la clasificación empresarial en nuestra legislación. De este modo, los nuevos arts. 99 bis y 99 ter establecieron cómo se acreditaba la capacidad financiera, económica y técnica del contratista de obras (aunque la forma de acreditar la capacidad financiera y económica era común para contratistas de obras y de suministros), y el art. 109 estableció los modos de acreditación de la capacidad técnica del contratista suministrador.

2.3.3.- EL REAL DECRETO 2528/1986, DE 28 DE NOVIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO.

El Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, se encargó de modificar el RGCE para adaptarlo a las nuevas prescripciones del Real Decreto Legislativo 931/1986 y a las Directivas de la Comunidad Económica Europea. Hemos de anticipar que los nuevos preceptos introducidos en el Reglamento General de Contratación del Estado reproducen en muchas ocasiones la misma letra de la Ley; como sabemos, en la actualidad no se opta por esta técnica, pero en la fecha que estamos estudiando ello era muy habitual. Por esa razón omitiremos el comentario de muchos nuevos preceptos reglamentarios ya que no añaden nada a lo que hemos expuesto al tratar la modificación de la Ley de Contratos del Estado. Como es natural, buena parte de la nueva letra introducida en el RGCE se dedicaba a la regulación de las prohibiciones de contratar y de la solvencia, y podríamos decir que en cuanto a los procedimientos y formas de adjudicación poco se añade a lo que ya hemos expuesto más arriba: se volvieron a definir las formas de contratación, se adaptó el régimen

de publicidad de las licitaciones a las nuevas obligaciones comunitarias, y se enumeraron de nuevo los supuestos en los que cabe la utilización del concurso y de la adjudicación directa, fundamentalmente. No obstante, hemos de resaltar una incorporación al art. 109 RGCE, relativa a los trámites para la adjudicación de obras mediante subasta. La apreciación de bajas desproporcionadas o temerarias se mantenía mediante el mismo criterio, pero se añadió la obligación para el órgano de contratación de justificar ante el Comité Consultivo de la Comunidad Económica Europea para los contratos públicos su decisión de adjudicar a favor de un contratista incurso en presunción de temeridad, si el anuncio de licitación había sido publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

También incorporó el Reglamento aquellas previsiones comunitarias relativas a los supuestos en que los empresarios soliciten en tiempo hábil informaciones complementarias sobre los pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas; en estos supuestos, el nuevo art. 95 RGCE determinó que el órgano de contratación debería comunicarlas al solicitante con seis días de anticipación, cuando menos, al último del plazo señalado para la recepción de ofertas, plazo que podía reducirse a cuatro días en la tramitación de urgencia. Y se incorporó también por este precepto la posibilidad de que los órganos de contratación prorrogasen los plazos previstos de presentación de proposiciones cuando las ofertas no pudieran ser formuladas sin inspeccionar previamente los lugares donde hubiera de realizarse la obra o sin consultar los documentos anexos al pliego de condiciones¹⁴⁷. Y en la misma línea de

¹⁴⁷ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe de 20 de noviembre de 1989, interpretó que el segundo párrafo de este art. 95 RGCE debía ser entendido en el sentido de que la expresión utilizada de "podrán", para caracterizar las facultades de los órganos de contratación, constituye a éstos en la obligación de acordar dicha prórroga, cuando las ofertas no puedan ser formuladas

transparencia hacia los licitadores, el nuevo art. 238 ter del RGCE dispuso para el contrato de suministros que *"en el procedimiento abierto, cuando los empresarios hayan solicitado en tiempo hábil los pliegos de bases y los documentos complementarios, el órgano de contratación o el servicio correspondiente deberá remitirlos dentro del plazo de cuatro días hábiles siguientes al de recepción de la petición"*. Para el contrato de obras la obtención de esta información se articuló de otra forma, pues el art. 96 RGCE sencillamente incluyó como dato obligatorio en los anuncios de licitación la indicación de la dirección del servicio al que se podían solicitar los pliegos de condiciones y la documentación complementaria, así como la fecha límite para efectuar tal petición y el importe y las modalidades de pago del precio que debiera satisfacerse por la obtención de la documentación.

Con relación a la modificación del RGCE diremos finalmente que la nueva redacción que se dio al art. 115 dispuso que los criterios objetivos de los concursos, que debían aparecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, debían indicarse, cuando fuese posible, por orden decreciente de su importancia siguiendo las pautas de las directivas comunitarias, como vimos.

2.4.- LOS PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL DERECHO COMUNITARIO TRAS LA ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA (1986-2004).

Como hemos dicho en alguna otra ocasión en este trabajo, es imposible cortar limpiamente los períodos normativos, así que cualquier división de los períodos de las que vamos efectuando es

sin inspeccionar previamente los lugares donde ha de realizarse la obra o sin consultar los documentos anexos al pliego de condiciones.

artificial y puede ser discutible. Más aún podemos afirmar esto con referencia a la normativa comunitaria, que no ha girado en torno a la incorporación de España y a la adaptación que nuestro Estado hizo de la normativa sobre contratación pública en 1986. No obstante, con la intención de hacer un poco más inteligible la evolución de las cuestiones que nos interesan hemos optado por exponer el contenido de las Directivas anteriores a nuestra incorporación, posteriormente relatar cómo se produjo esta adaptación de nuestro derecho, y a continuación vamos a analizar cuál ha sido la evolución posterior de los procedimientos de adjudicación en el derecho comunitario.

La Directiva 77/62 fue modificada, entre otras, por la Directiva del Consejo de 22 de marzo de 1988 (Directiva 88/295/CEE). Las razones que justificaban la modificación eran de peso: la culminación del mercado interior antes del 31 de diciembre de 1992 tal como marcaba el Libro Blanco, la suscripción del Acuerdo GATT, y la incorporación de España y Portugal, fundamentalmente. La Comunidad Europea entendió que España acababa de adaptar su normativa en 1986, y era conveniente dar un margen temporal suficiente para que nuestro derecho interno fuera asumiendo las siguientes normas comunitarias; por ello, el preámbulo de esta Directiva expresa que *" el Reino de España ha adoptado recientemente una legislación interna para la aplicación de la Directiva 77/62/CEE, y que habida cuenta de que nuevas modificaciones en esta fase afectarían negativamente la adaptación del sector privado en este país, resulta apropiado conceder al Reino de España un periodo suplementario para que pueda aplicar en su totalidad la presente Directiva"*. En consonancia con tal declaración, la Directiva concedió a España un plazo suplementario que finalizaba el 1 de marzo de 1992 para hacer la completa adaptación a esta nueva Directiva 88/295 sobre contratos de suministros.

Queremos describir varios aspectos destacables de esta Directiva 88/295; uno de ellos es el hecho de definir los distintos procedimientos de adjudicación, inclusive los “procedimientos negociados”, concebidos allí como *aquellos procedimientos nacionales en los que el poder adjudicador establezca contactos con proveedores de su elección y negocie los términos del contrato con uno o con varios de ellos*¹⁴⁸ (en los mismos términos en que se hizo

¹⁴⁸ Además, el artículo 7 dio nueva redacción al artículo 6 de la Directiva 77/62, que quedó del siguiente modo:

1.- *Al adjudicar contratos públicos de suministro, los poderes adjudicadores aplicarán los procedimientos que se definen en las letras d), e) y f) del artículo 1, adaptados a la presente Directiva, en los supuestos que a continuación se establecen.*

2.- *Los poderes adjudicadores podrán adjudicar sus contratos de suministro por el procedimiento restringido cuando así esté justificado.*

Dicho recurso al procedimiento restringido estará justificado, en particular, por:

- *la necesidad de respetar un equilibrio entre el valor del contrato y los costes del procedimiento;*
- *la naturaleza específica de los productos que se desee adquirir.*

3.- *Los poderes adjudicadores podrán celebrar contratos de suministro por el procedimiento negociado cuando se presenten ofertas irregulares en respuesta a un procedimiento abierto o restringido o cuando las ofertas resulten inaceptables con arreglo a disposiciones nacionales conformes a lo dispuesto en el Título IV, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. En tales casos, los poderes adjudicadores publicarán un anuncio de la adjudicación, a menos que incluyan en tales procedimientos negociados a todas las empresas que cumplan los requisitos de los artículos 20 a 24 y que, durante el anterior procedimiento abierto o restringido, hayan presentado ofertas que cumplan los requisitos formales del procedimiento de licitación.*

4.- *Los poderes adjudicadores también podrán celebrar contratos de suministro por procedimiento negociado, sin publicación previa de anuncio de adjudicación, en los casos siguientes:*

a) cuando no se presenten proposiciones en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, siempre que no se modifiquen de forma sustancial las condiciones originales del contrato y a condición de que se transmita un informe a la Comisión;

b) cuando los productos de que se trate se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, no aplicándose esta condición

posteriormente, no podía ser de otro modo, en la Directiva del Consejo de 18 de julio de 1989, 89/440/CEE). Además, se ha dicho¹⁴⁹

a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costos de investigación y desarrollo;

c) cuando, a causa de su especificidad técnica o artística, o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, tan sólo pueda encomendarse la fabricación o suministro del producto en cuestión a un único proveedor;

d) en la medida en que sea estrictamente necesario cuando, por razones de extrema urgencia producida por acontecimientos imprevisibles para los poderes adjudicadores, no puedan respetarse los plazos establecidos para los procedimientos abiertos o restringidos.

En ningún caso podrán ser imputables a los poderes adjudicadores las circunstancias invocadas para justificar extrema urgencia;

e) para suministros complementarios efectuados por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente o bien una extensión de los suministros o instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligaría al poder adjudicador a adquirir material que posea características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables no podrá, como regla general, ser superior a tres años.

5.- En cualquier otro supuesto, los poderes adjudicadores adjudicarán sus contratos de suministro por el procedimiento abierto.

6.- En el caso de los procedimientos restringidos o negociados, los poderes adjudicadores redactarán un acta en la que se justifique el recurso a dicho procedimiento y que incluirá como mínimo el nombre y la dirección del poder adjudicador, el valor, la cantidad y la naturaleza de las mercancías compradas, el número de solicitudes de participación, el número de candidatos invitado a presentar ofertas y, en su caso, el número de candidatos no seleccionados y las razones de la desestimación de su candidatura. Respecto de los procedimientos negociados, el acta indicará igualmente las circunstancias a que hacen referencia los anteriores apartados 3 y 4, debidamente motivadas, que justifiquen el recurso a dichos procedimientos.

Dicha acta, o sus principales puntos, se comunicarán a la Comisión a instancia de ésta.

¹⁴⁹ SANTÍAS VIADA y otros: "El derecho comunitario...". Op. cit., pág. 87. Ponen de manifiesto también que esta Directiva 88/295 efectuó una ampliación de los plazos de licitación y a la extensión de la publicidad oficial en los contratos; no obstante,

que la Directiva 88/295 efectuó una “jerarquización” de los procedimientos de contratación, en tanto que sienta la primacía del procedimiento abierto al afirmar *“que el procedimiento abierto favorece al máximo el establecimiento de iguales condiciones de participación en la contratación pública en todos los Estados miembros; que conviene adoptar dicho procedimiento como norma exigiéndose una justificación, así como la confección de las correspondientes actas, para poder recurrir a los demás procedimientos”*. Los mismos autores vaticinaron que una de las reformas que debería efectuarse en nuestra legislación (concretamente en el art. 87 LCE) habría de ser la de cambiar la terminología y pasar a denominar procedimientos negociados a las contrataciones directas, además de reflejar la distinción de procedimientos negociados con y sin publicidad¹⁵⁰.

Expusieron también una serie de convenientes reformas que deberían efectuarse en nuestra legislación interna, algunas de las cuales han tenido lugar. Así propusieron que una futura reforma de la LCE suprimiera la limitación de utilizar el procedimiento restringido sólo cuando el contrato a licitar superase el umbral comunitario. Y con relación a los supuestos de procedimiento negociado, propusieron fundamentalmente la eliminación en el apartado 1 de la referencia a *que “no convenga promover concurrencia en la oferta”*, por posible contradicción con la Directiva, y la inclusión en el supuesto de imperiosa urgencia de que se trate de acontecimientos imprevisibles para los poderes adjudicadores y no imputables a los mismos. Apuntaron también la posible compatibilidad con las Directivas de la

ambas son cuestiones que entendemos accesorias en este trabajo. También habla de la jerarquización del procedimiento abierto sobre el restringido, Antonio SACCHETTINI: *La Comunidad Europea y los contratos públicos: nociones básicas y desarrollo reciente*. Ed. Marcial Pons. Cámara de Contratistas de Castilla y León. Madrid, 1996; pág. 103.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pág. 218.

adjudicación mediante procedimiento negociado de aquellos contratos que habiendo sido adjudicados porque la oferta era aceptable, hubieran sido resueltos posteriormente porque el empresario no cumpliera las condiciones necesarias para su formalización; los supuestos afines que las Directivas contemplaban se referían a los casos en que las ofertas no existían (*contratos anunciados a subasta o concurso que no lleguen a adjudicarse por falta de oferentes*) o eran irregulares o inaceptables (*las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles*). A favor de la permanencia, no obstante, los autores esgrimieron varios argumentos: en primer lugar, el hecho de que la redacción de la LCE efectuada por el Real Decreto Legislativo 931/86 ya había optado y mantuvo el supuesto en nuestro derecho; en segundo lugar, el hecho de que las directivas no definen qué sea una oferta irregular, por lo que podemos entender que ésta sea cualquier oferta que habiendo sido aceptada por el órgano de contratación no se traduce posteriormente en la formalización de un contrato; y en tercer lugar, la importancia que tiene el hecho de que la nueva adjudicación no modifique sustancialmente las condiciones originales del contrato. La Directiva 88/295 efectuó también una distinción entre el supuesto en que hubiera ausencia de ofertas (en cuyo caso podría acudir a un procedimiento negociado sin publicidad) y aquel otro en que las ofertas presentadas fuesen irregulares o inaceptables (en este caso cabría un procedimiento negociado con anuncio de licitación, salvo que se incluyeran en el nuevo procedimiento a todas las empresas con capacidad que durante el anterior procedimiento abierto o restringido hubieran presentado ofertas que cumplieran los requisitos formales). Por último, aludiremos a que estos autores pusieron de manifiesto también la necesidad de incorporar el requisito de que las contrataciones mediante procedimientos negociados sin publicidad de suministros o entregas complementarias tengan lugar dentro de los tres años siguientes al suministro principal.

La Directiva 88/295 dedicó especial atención a la regulación de la publicidad comunitaria de las licitaciones (con innovaciones importantes como la previsión del anuncio indicativo de los contratos a celebrar por el poder adjudicador durante todo el año), pero entendemos que su estudio cae fuera del propósito de este trabajo.

La Directiva 89/440/CEE también concedió a España un plazo de adaptación que concluía el día 1 de marzo de 1992, como es natural, por las mismas razones que ya expusimos al hablar de la 88/295. Muchas de las cuestiones de necesaria adaptación son comunes a las que hemos expuesto con relación al contrato de suministro, y por ello intentaremos no ser reiterativos (nos referimos a cuestiones como la nueva denominación del procedimiento negociado, la distinción entre negociados con y sin publicidad, los requisitos de la imperiosa urgencia, la distinción entre supuestos de inexistencia de proposiciones respecto a aquellos otros en que las ofertas son irregulares o inaceptables).

Queremos resaltar que la Directiva 89/440 avanzó en la motivación de los acuerdos de adjudicación, estableciendo la obligación para todo poder adjudicador de comunicar a los candidatos o licitadores rechazados que lo solicitaran, "*en el plazo de quince días a partir de la recepción de la solicitud, los motivos del rechazo de su candidatura o de la presentación de su oferta, y en el caso de la presentación de oferta, el nombre del adjudicatario*"¹⁵¹. Aunque en principio esta previsión sólo estaba contemplada para el contrato de obras, y no para el de suministros, su aparición ya supuso a nuestro

¹⁵¹ La motivación exigida por la Directiva 89/440 alcanza también a los supuestos de desistimiento de la licitación por parte de la Administración, pues según aquella, *el poder adjudicador comunicará a todo candidato o licitador que lo solicite los motivos por los que ha decidido renunciar a adjudicar un contrato ofertado o reiniciar el procedimiento. Informará también a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas de esta decisión.*

entender un avance cualitativo. Y el avance en este terreno incluía la elaboración de un acta por cada contrato adjudicado con un contenido mínimo regulado por la propia Directiva: el nombre y la dirección del poder adjudicador, el objeto y el importe del contrato; los nombres de los candidatos o licitadores seleccionados y la justificación de su selección; los nombres de los candidatos o licitadores excluidos y los motivos de su rechazo; el nombre del adjudicatario y la justificación de la elección de su oferta así como, si se conoce ya, la parte del contrato que el adjudicatario tenga previsto subcontratar con terceros; y por lo que respecta a los procedimientos negociados, la justificación de las circunstancias que motivan el recurso a dichos procedimientos. Ese acta debe comunicarse a la Comisión si ésta lo solicitara.

Otro aspecto de la Directiva 89/440 que queremos resaltar es que ésta da pasos adelante en la configuración de los procedimientos administrativos de adjudicación de los contratos; siempre encaminados a garantizar la igualdad de oportunidades en la participación, la no discriminación y la transparencia en la licitación de los contratos públicos. Esta Directiva fijó como criterios de atribución el principio de la oferta más baja o el de la más ventajosa, a elegir en el momento de la iniciación del procedimiento¹⁵². Y también, por ejemplo, el nuevo art. 13 introducido por esta Directiva determinó la obligación de los poderes adjudicadores de aportar los pliegos de condiciones y sus documentos complementarios en el plazo de seis días siguientes a la recepción de la solicitud, y las informaciones complementarias a los pliegos antes de los seis días anteriores a la fecha límite fijada para la recepción de ofertas (estas previsiones se hacen para los procedimientos abiertos, aunque es cierto que el artículo 14 establece los mismos plazos para los restringidos y negociados. Con relación a los procedimientos

¹⁵² En este sentido, SACCHETTINI, A.: "La Comunidad Europea...". Op. cit., pág. 102.

restringidos y negociados con publicidad, el nuevo artículo 14 también establece previsiones de interés: por ejemplo, se dispone que *los poderes adjudicadores invitarán a presentar sus ofertas simultáneamente y por escrito a los candidatos seleccionados*; se dispone también que la carta de invitación irá acompañada del pliego de condiciones y de los documentos complementarios, y se fija un contenido mínimo de tales cartas de invitación¹⁵³. Se dispone así mismo que las solicitudes de participación en los procedimientos de contratación podrán hacerse por carta, telegrama, télex, telecopiadora o teléfono, si bien en los cuatro últimos casos deberán confirmarse por carta enviada antes de que expire el plazo de recepción de ofertas; y el art. 22 precisa que cuando los poderes adjudicadores contraten por el procedimiento restringido podrán indicar los límites inferior y superior dentro de los que se sitúe el número de empresas a las que piensa invitar (dichos límites deberán establecerse en función de las características de la obra a realizar y el número de candidatos admitidos a la licitación debe ser el suficiente para garantizar una competencia real), teniendo en cuenta que las empresas a invitar no deben ser menos de cinco ni más de veinte. El mismo art. 22 establece que en el procedimiento negociado el número

¹⁵³ En efecto, según el art. 14.2, dichas cartas deben incluir al menos:

a) en su caso, la dirección del servicio al que se puedan solicitar el pliego de condiciones y los documentos complementarios, y la fecha límite para realizar esta solicitud, así como el importe y las modalidades de pago de la suma que eventualmente deba abonarse para obtener estos documentos;

b) la fecha límite de la recepción de ofertas, la dirección a la que éstas deban ser enviadas y la o las lenguas en que deban estar redactadas;

c) una referencia al anuncio publicado;

d) la indicación de los documentos que eventualmente se deban adjuntar, ya sea en apoyo de las declaraciones verificables hechas por el candidato con arreglo al apartado 7 del artículo 12, ya sea como complemento a las informaciones previstas en este mismo artículo y en las mismas condiciones que las previstas en los artículos 25 y 26.

e) los criterios de adjudicación del contrato si no figuraren en el anuncio.

de candidatos admitidos a negociar no podrá ser menor de tres, siempre que haya un número suficiente de candidatos adecuados.

Como es sabido, las Comunidades Europeas iniciaron la regulación separada de la contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (a partir de la Directiva del Consejo de 17 de diciembre de 1990, Directiva 90/531/CEE). Hemos de decir que en esta regulación no se innova en materia de procedimientos de adjudicación, con lo cual preferimos ceñirnos a la normativa que pudiéramos considerar de carácter general.

Los contratos públicos de servicios han sido también objeto de atención por parte del derecho comunitario. Si en los primeros momentos la normativa estuvo centrada en los contratos de obras y suministros, en 1992 se aprobó la primera Directiva relativa a la materia. Concretamente fue aprobada la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. Realmente la lectura de la Directiva sugiere una primera conclusión, y es la de que sus predecesoras para los contratos de obras y suministros habían mostrado claramente el camino o las líneas fundamentales que debían seguirse en las sucesivas regulaciones de contratos públicos. Queremos decir que la Directiva sobre contratos de servicios sigue fielmente las líneas maestras trazadas para los contratos de obras y suministros. La justificación de la regulación no podía ser distinta tampoco, y así el Consejo expresa la necesidad de completar el mercado interior, la exigencia para ello de coordinar los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios, y considera que hay que seguir las indicaciones del Libro Blanco sobre la realización del mercado interior en cuanto al calendario y programa de acción para liberalizar el mercado de los contratos públicos. En orden a conseguir este último objetivo en el terreno de los servicios,

se elabora esta Directiva para regir en la medida en que estos contratos no estuviesen comprendidos en la Directiva 71/305 sobre los contratos públicos de obras o en la 77/62 sobre los contratos públicos de suministros.

Y, evidentemente, decir que se produce una continuidad con los esquemas de las anteriores Directivas no supone un descubrimiento por nuestra parte, pues además de ser de pura lógica, es anunciado por el propio preámbulo de la Directiva 92/50/CEE¹⁵⁴. Siguiendo ese esquema, el art. 1 define una serie de conceptos, y entre ellos define en los términos ya conocidos a los procedimientos abierto, restringido y negociado (agrega también la definición de los concursos de proyectos, que consisten en "*aquellos procedimientos nacionales que tengan por objeto permitir a la entidad adjudicadora adquirir planes o proyectos, principalmente en los campos de la ordenación territorial, el urbanismo, la arquitectura o la ingeniería y el procesamiento de datos; dichos proyectos serán seleccionados por un jurado después de haber sido objeto de una licitación con o sin asignación de premios*").

Como no podía ser de otro modo, se enunció claramente que las entidades adjudicadoras han de velar por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios (art. 3.2), y se estableció la aplicación de la Directiva a los contratos

¹⁵⁴ pues se dice allí que "*las normas de adjudicación de contratos públicos de servicios deben ser lo más parecidas posible a las que rigen los contratos públicos de suministro y de obras...las normas de adjudicación de contratos públicos de las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE pueden ser pertinentes, con las adaptaciones precisas para tomar en consideración las características propias de la adjudicación de contratos de servicios, como las relativas a la elección del procedimiento negociado, el concurso de proyectos, las variantes, la forma jurídica bajo la que operan los prestadores de servicios, la reserva de determinadas actividades a ciertas profesiones y las cuestiones de registro y control de calidad*"

de servicios cuyo importe estimado fuese igual o superior a 200.000 ecus (IVA excluido)¹⁵⁵.

La regla general para la elección de procedimiento prevista por la Directiva 92/50 es la habitual: la utilización de los contratos por procedimiento abierto o restringido (art. 11.4). La utilización de los procedimientos negociados está limitada a los supuestos tasados, con distinción entre procedimientos negociados con y sin publicidad previa¹⁵⁶.

¹⁵⁵ La Directiva efectuó también una serie de exclusiones a su aplicación. De esa forma se determinó la aplicación a los servicios adjudicados por las entidades del sector de Defensa con la excepción de los contratos a los que se aplique el artículo 223 del Tratado; tampoco es de aplicación la Directiva cuando los servicios sean declarados secretos, cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas especiales de seguridad de acuerdo con las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas vigentes en el Estado miembro de que se trate, ni cuando lo exija la protección de los intereses esenciales del Estado (art. 4). Por último, el art. 5 determinó la inaplicación de la Directiva a los contratos públicos regulados por normas de procedimiento distintas y adjudicados:

- a) en virtud de un acuerdo internacional celebrado entre un Estado miembro y uno o varios países terceros, referente a servicios destinados a la realización o explotación común de un proyecto por los Estados signatarios...
- b) a empresas de un Estado miembro o de un país tercero en aplicación de un acuerdo internacional relativo al establecimiento de tropas;
- c) en virtud de un procedimiento específico de una organización internacional.

¹⁵⁶ El art. 11.2 enumera los supuestos en los que podrían adjudicarse los contratos de servicios mediante procedimiento negociado con publicidad y el apartado número 3 hace lo propio para los supuestos de procedimiento negociado sin publicidad:

a) cuando las ofertas recibidas tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido sean irregulares, o no puedan aceptarse por contravenir disposiciones nacionales conformes a lo establecido en los artículos 23 a 28, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. En tales casos, la entidad adjudicadora no estará obligada a publicar un anuncio de licitación cuando incluya en el procedimiento negociado a todos los licitadores que reúnan las condiciones establecidas en los artículos 29 a 35 y que hayan presentado en el anterior procedimiento abierto o restringido ofertas que se ajusten a los requisitos formales del procedimiento de adjudicación de contratos;

b) excepcionalmente, cuando por sus características o por los riesgos que entrañen no sea posible fijar previamente un precio global para los servicios;

c) cuando la naturaleza del servicio, especialmente cuando se trate de servicios intelectuales y de los servicios de la categoría 6 del anexo I A, no permita establecer las condiciones del contrato con la precisión necesaria para adjudicarlo seleccionando la mejor oferta con arreglo a las normas que rigen los procedimientos abiertos o restringidos.

3.- Las entidades adjudicadoras podrán adjudicar contratos públicos de servicios por procedimiento negociado, sin publicar previamente un anuncio de licitación, en los siguientes casos:

a) en ausencia de ofertas o en caso de que éstas no sean apropiadas, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente y se facilite a la Comisión un informe a petición de ésta;

b) cuando, por razones técnicas o artísticas o por cualquier otra razón relacionada con la protección de derechos exclusivos, los servicios sólo puedan ser prestados por un determinado prestador de servicios;

c) cuando el contrato en cuestión forme parte de la continuidad de un concurso de proyecto y, con arreglo a las normas aplicables, deba adjudicarse a uno de los ganadores del concurso. En este último supuesto, se deberá invitar a todos los ganadores a participar en las negociaciones.

d) en la medida en que sea absolutamente necesario, cuando los plazos exigidos para los procedimientos abiertos, restringidos o negociados contemplados en los artículos 17 a 20 no puedan cumplirse debido a una urgencia extrema motivada por hechos que las entidades adjudicadoras no hayan podido prever. Las entidades adjudicadoras no deberán ser en ningún caso los responsables de las circunstancias que justifiquen tal urgencia extrema;

e) cuando se trate de servicios complementarios que no figuren en el proyecto inicialmente contemplado ni en el primer contrato celebrado pero que, como consecuencia de circunstancias imprevistas, resulten necesarios para la realización del servicio tal como estaba descrito, siempre que la adjudicación recaiga en el prestador de servicios que preste dicho servicio:

- cuando esos servicios complementarios no pueden separarse del contrato principal técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores, o

- cuando, aun siendo posible separar esos servicios de la ejecución del contrato inicial, resulten absolutamente necesarios en fases ulteriores.

Como hemos apuntado, la Directiva prevé la celebración de concursos de proyectos como modalidad de la contratación de servicios, y caen dentro de su ámbito aquellos cuyo valor o el del premio sean igual o superior a 200.000 ecus. La regulación de estos concursos persigue también la igualdad de oportunidades para participar y el favorecimiento de la concurrencia; de este modo, el apartado 5 del art. 13 estableció que *"cuando los concursos reúnan a un número limitado de participantes, las entidades adjudicadoras establecerán criterios de selección claros y no discriminatorios. En todos los casos, al fijar el número de los candidatos invitados a participar en los concursos de proyectos se deberá tener en cuenta la necesidad de garantizar una verdadera competencia"*. También incidió la Directiva en la configuración de los jurados para estos concursos determinando que ha de estar compuesto exclusivamente de personas físicas independientes de los participantes en el concurso; cuando se exija una cualificación específica para participar en un concurso, al menos un tercio de los miembros deberá poseer las mismas cualificaciones u otras equivalentes, y se determinó también que los proyectos debían ser presentados de manera anónima.

En cualquier caso, el valor total estimado de los contratos adjudicados para la prestación de servicios complementarios no podrá superar el 50 % del importe del contrato principal;

f) cuando se trate de servicios nuevos que consistan en la repetición de otros similares que hayan sido confiados al proveedor de servicios titular de un primer contrato por las mismas entidades adjudicadoras, siempre que se ajusten a un proyecto de base que haya sido objeto de un primer contrato adjudicado con arreglo a los procedimientos mencionados en el apartado 4. En el momento en que se publique el anuncio de licitación del primer proyecto, deberá comunicarse la posibilidad de recurrir al procedimiento negociado, y los poderes adjudicadores deberán tomar en consideración el coste total estimado de los servicios subsiguientes al aplicar las disposiciones del artículo 7. Este procedimiento únicamente podrá aplicarse durante los tres años siguientes a la celebración del contrato inicial.

Debemos insistir en el paralelismo de las previsiones de la Directiva 92/50/CEE con el régimen que conocemos para los contratos de obras y suministros. Por ello no nos detendremos ni reproduciremos muchos de los aspectos que la Directiva contiene (como en relación a las prescripciones técnicas, solvencia, o publicidad, cuestiones que además no son el centro de nuestro trabajo), ya que no añaden nada nuevo a lo que ya hemos expuesto. Como es de esperar, se contemplan las posibilidades de adjudicar el contrato o bien atendiendo únicamente al precio más bajo, o a la oferta económicamente más ventajosa, en cuyo caso el art. 36.1.a) de la Directiva enumera enunciativamente distintos criterios: la calidad, la perfección técnica, las características estéticas y funcionales, la asistencia y el servicio técnico, la fecha de entrega, el plazo de entrega o de ejecución, y, claro está, el precio.

Con relación al contrato de suministros se aprobó la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de dichos contratos públicos. Las motivaciones y los criterios que se van asentando en materia de procedimientos se aprecian claramente con una lectura del preámbulo de la Directiva. Así, entre otras consideraciones, se afirma la pretensión de dar mayor claridad a la normativa puesto que la Directiva 77/62/CEE había sido modificada varias veces; pero se pretende también alinear la regulación con los sistemas vigentes para los contratos de obras y de servicios. Consideraba el Consejo que *"la alineación debe referirse, en particular, a la definición funcional del poder adjudicador, al recurso al procedimiento abierto o al procedimiento restringido, a la necesidad de justificar el rechazo de candidatos o licitadores, a las modalidades de elaboración de los informes sobre los procedimientos de adjudicación, a la referencia a las normas técnicas comunes, a la publicación y participación, a los criterios de adjudicación y a la introducción del procedimiento del Comité consultivo"*. Y más aún sobre las cuestiones que nos interesan

se afirma nuevamente que *"el procedimiento negociado debe considerarse excepcional y que, por lo tanto, sólo debe aplicarse en los casos taxativamente enumerados, y que conviene establecer las reglas comunes de participación en los contratos públicos de suministros, que deben incluir criterios de selección cualitativa y los criterios de adjudicación de los contratos"*. Por lo demás, la parte dispositiva de la Directiva no añade nada destacable a los aspectos que ya conocemos de los procedimientos y formas de adjudicación, o la forma de elección de los mismos¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Como venimos haciendo, reflejaremos los supuestos de utilización del procedimiento negociado, para así poder apreciar las pequeñas diferencias surgidas entre unas directivas y otras. Así, el art. 6.2 de esta Directiva 93/36/CEE dispuso: *Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos de suministro por el procedimiento negociado cuando se presenten ofertas irregulares en respuesta a un procedimiento abierto o restringido o cuando las ofertas resulten inaceptables con arreglo a disposiciones nacionales conformes a lo dispuesto en el título IV, siempre que se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. En tales casos, los poderes adjudicadores publicarán un anuncio de licitación, a menos que incluyan en tales procedimientos negociados a todas las empresas que cumplan los requisitos de los artículos 20 a 24 y que, durante el anterior procedimiento abierto o restringido, hayan presentado ofertas que cumplan los requisitos formales del procedimiento de licitación.*

3.- Los poderes adjudicadores también podrán adjudicar contratos de suministro por el procedimiento negociado, sin publicidad previa de anuncio de licitación, en los casos siguientes:

a) cuando no se presenten proposiciones, o cuando se presenten proposiciones inadecuadas, en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, siempre que no se modifiquen de forma sustancial las condiciones originales del contrato y se transmita un informe a la Comisión;

b) cuando los productos de que se trate se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, no aplicándose esta condición a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo;

c) cuando, a causa de su especificidad técnica o artística, o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, tan sólo pueda encomendarse la fabricación o suministro del producto a un determinado proveedor;

El Consejo aprobó el 14 de junio de 1993 la Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Ciertamente poco añade esta Directiva a los sistemas de adjudicación del contrato de obras que ya habían establecido anteriores directivas sobre la materia. Ésta en concreto se dictó atendiendo, entre otras razones, a lograr mayor racionalidad y claridad del texto normativo, habida cuenta de que la Directiva 71/305/CEE había sufrido diversas modificaciones. Así, la nueva resultaría de aplicación a los contratos públicos de obras cuyo importe, IVA excluido, fuese igual o superior a 5.000.000 de ecus. Las diferencias con sus predecesoras pueden radicar en matices, pero no en aspectos de relieve¹⁵⁸.

d) cuando, en la medida estrictamente necesaria, la extrema urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para los poderes adjudicadores en cuestión, no sea compatible con los plazos exigidos por los procedimientos abiertos, restringidos o negociados contemplados en el apartado 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias imputables a los poderes adjudicadores para justificar la extrema urgencia;

e) para suministros complementarios efectuados por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligara al poder adjudicador a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables no podrá, por regla general, ser superior a tres años.

¹⁵⁸ Los procedimientos y formas de adjudicación son los mismos, pues están ya plenamente consolidados, y la elección de los mismos sigue los mismos criterios. Se mantuvo la distinción de procedimientos negociados con y sin publicidad, y los supuestos previstos por el art. 7 de la Directiva fueron los siguientes: *Los poderes adjudicadores podrán adjudicar sus contratos de obras recurriendo al procedimiento negociado, tras publicar un anuncio de licitación y seleccionar a los candidatos conforme a criterios cualitativos conocidos, en los casos siguientes:*

a) cuando se presenten ofertas irregulares en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, o cuando las ofertas presentadas resulten inaceptables en relación con las disposiciones nacionales compatibles con lo dispuesto en el título IV,

siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. Los poderes adjudicadores no publicarán un anuncio de licitación si incluyen en el procedimiento negociado a todas las empresas que cumplen los criterios mencionados en los artículos 24 a 29 y que, con ocasión del anterior procedimiento abierto o restringido, han presentado ofertas ajustadas a los requisitos formales del procedimiento de adjudicación del contrato;

b) cuando las obras se realicen únicamente con fines de investigación, experimentación o perfeccionamiento y no con objeto de obtener una rentabilidad o de cubrir los costes de investigación y de desarrollo;

c) en casos excepcionales, cuando se trate de obras cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global.

3.- Los poderes adjudicadores podrán adjudicar sus contratos de obras recurriendo al procedimiento negociado, sin publicar previamente un anuncio de licitación, en los casos siguientes:

a) cuando no se presenten ofertas o ninguna oferta adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, siempre que no se modifiquen de forma sustancial las condiciones iniciales del contrato y a condición de que se transmita un informe a la Comisión, a petición de ésta;

b) cuando, a causa de su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusividad, la ejecución de las obras sólo pueda encomendarse a un determinado contratista;

c) cuando, en la medida estrictamente necesaria, la urgencia apremiante producida por acontecimientos imprevisibles para los poderes adjudicadores, no sea compatible con los plazos exigidos por los procedimientos abiertos, restringidos o negociados contemplados en el apartado 2. Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia apremiante no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores;

d) para aquellas obras complementarias que no figuren en el proyecto adjudicado inicialmente ni en el primer contrato formalizado y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarias para la ejecución de la obra tal y como estaba descrita, siempre que la adjudicación recaiga en el contratista que ejecuta dicha obra:

- cuando dichas obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato principal sin causar inconvenientes mayores a los poderes adjudicadores,

- o cuando dichas obras, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento.

No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras complementarias no podrá ser superior al 50 % del importe del contrato principal;

No obstante todo lo expuesto, la adaptación de nuestro derecho interno a las directivas sobre contratación pública no fue del todo acertada¹⁵⁹, y así lo puso de manifiesto el TJCE en la sentencia de 17 de noviembre de 1993 (asunto C-71/92) (TJCE 1993\179); en ella se declaró el incumplimiento de España por deficiente adaptación de diversos aspectos de nuestra normativa de las Directivas 71/305 y 77/62. La sentencia se refiere a diversos aspectos, pero por lo que a nosotros nos ocupa, la impugnación se había referido a los arts. 37.1º.1, 2, 7 y 8, y 87.4º.1, 2 y 5 LCE (además de sus homólogos en el RGCE: 117 y 247, y el art. 120.1. 1, 2 y 6 TRRL). En especial, el Tribunal condenó a España por la utilización de la adjudicación directa basada en la urgencia, expresando acerca de la norma española que permitía *“la contratación directa en casos que no están previstos por las Directivas o subordina la utilización de la contratación directa a requisitos menos estrictos que los derivados de las disposiciones correspondientes a las Directivas”*.

e) para nuevas obras que consistan en la repetición de obras similares realizadas por el contratista titular de un primer contrato adjudicado por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichas obras sean conformes a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un primer contrato adjudicado según los procedimientos mencionados en el apartado 4.

La posibilidad de recurrir a este procedimiento deberá ser expresada desde el inicio del procedimiento de adjudicación del primer contrato, y el importe total previsto para la continuación de las obras se tomará en cuenta por parte de los poderes adjudicadores para la aplicación del artículo 6. Únicamente se podrá utilizar este procedimiento durante un periodo de tres años a partir de la celebración del contrato inicial.

¹⁵⁹ Explicaciones sobre las razones de la deficiente transposición las hay muy diversas. SANTÍAS encuentra el motivo principal en *la circunstancia de haber sido necesario aprovechar la estructura de la legislación de contratos del Estado, con su regulación prioritaria del contrato de obras, en la que ha sido necesario intercalar los pertinentes preceptos de Directivas comunitarias independientes sobre contratos de obras y sobre contratos de suministro*; señala también la existencia de errores debidos a la redacción de las Directivas y a la urgencia en la adaptación. SANTÍAS VIADA, J.A. y otros: “El derecho comunitario...”. Op. cit., pág. 215.

Esa errónea adaptación, junto a otros factores, fueron los determinantes de la aprobación¹⁶⁰ de una nueva Ley, la 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas¹⁶¹. La Exposición de Motivos de la LCAP relata que una primera adaptación se efectuó con carácter urgente mediante el Real Decreto Legislativo 931/1986 y el Real Decreto 2528/1986, pero con posterioridad el derecho comunitario de la contratación pública siguió evolucionando (y también las condenas al Estado español); esas circunstancias, unidas a la entrada en vigor el 1 de enero de 1994 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y a la consideración de algunos aspectos del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, supusieron buena parte de las motivaciones para la promulgación de una nueva Ley de Contratos para todas las Administraciones Públicas españolas. En definitiva, la LCAP viene a adaptar nuestro derecho interno a las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, que a su vez aglutinaban el contenido de las Directivas anteriores (77/62, 71/305, 88/295 y 89/440).

¹⁶⁰ Una descripción de la tramitación parlamentaria de la ley, e incluso de algunos precedentes que no llegaron a prosperar puede verse en *Contratos de las Administraciones Públicas*, 3ª edición. Ed. El Consultor. Madrid, 2000. Págs. 51 y ss.

¹⁶¹ En realidad, España estaba obligada a efectuar la plena adaptación antes del 1 de mayo de 1992, pero (e incluso lo recordaron las Directivas codificadas de 1993), pero esta adaptación se demoró, como vemos, hasta la Ley 13/1995, de 18 de mayo, LCAP. Este retraso motivó que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa emitiera una serie de Recomendaciones, tratando de paliar el déficit de aplicación de las Directivas comunitarias por nuestros órganos de contratación: estas recomendaciones fueron la ya citada de 23 de marzo de 1988, la de 12 de julio de 1993 y la de 21 de octubre de 1994. Ésta última trató de precisar los extremos de las Directivas comunitarias sobre contratación pública que debían considerarse directamente aplicables hasta tanto se aprobase la ley. Estos extremos eran relativos únicamente a la publicidad de los contratos, lo que supuso, a juicio de Razquín, un criterio harto discutible porque la jurisprudencia del TJCE había fijado ya otros criterios más amplios para la aplicación directa de las directivas de contratación. RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M.: "Contratos Públicos...". Op. cit., pág. 127.

La LCAP supone una gran novedad en nuestro sistema normativo por muy diversas razones de las que sólo queremos apuntar una: el contrato de obras no se erige ya en el centro de la Ley, alrededor del cual giraba el resto de normas. Con la nueva Ley, y sin quitar importancia al contrato de obras, se establece una parte general aplicable a todos los contratos, y una especial, con títulos dedicados a las especialidades de cada contrato administrativo típico. Respecto a las cuestiones que nos ocupan, la LCAP hizo una transposición muy fiel de los procedimientos de adjudicación de los contratos; así, su art. 74 estableció claramente la existencia de tres tipos de procedimientos, acogiendo además la denominación comunitaria de los mismos: abierto, restringido y negociado (cuya denominación sustituyó a la de la contratación o adjudicación directa). Además, podemos anticipar otra serie de aspectos procedimentales que fueron establecidos por la LCAP como reflejo de las Directivas europeas: se establece el cómputo de los plazos en días naturales (en lugar de días hábiles como hace la Ley de Procedimiento Administrativo); se adoptan las mismas referencias a los precios con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, y se adopta completamente el sistema comunitario de publicidad de las licitaciones. Sin embargo, consideramos más útil reservar el estudio de la LCAP para un próximo Capítulo¹⁶².

¹⁶² La LCAP fue modificada en varias ocasiones (por las Leyes 11/1996, de 27 de diciembre, 13/1996, de 30 de diciembre, 66/1997, de 30 de diciembre, 46/1998, de 17 de diciembre, 50/1998, de 30 de diciembre, y 53/1999, de 28 de diciembre). Únicamente destacaremos dos aspectos con relevancia respecto a los sistemas de adjudicación de los contratos, en la Ley 53/99 (cuya motivación principal era la transposición de la Directiva 97/52): por un lado, se estableció el carácter potestativo de la mesa de contratación para los procedimientos negociados, en aras de una simplificación procedimental, y por otro, llamó la atención (GIL IBAÑEZ, J.L.: "La recepción del Derecho comunitario...". Op. cit., pág. 16) la falta de incorporación de las previsiones de la Directiva 97/52 respecto a la forma de presentación de las ofertas. Esta Directiva (que en este punto modificó los arts. 23 de la Directiva 92/50, 15 de la 93/36, y 18 de la 97/52) estableció que *las ofertas se presentarán por escrito, directamente o por correo. Los Estados miembros podrán*

Para finalizar esta etapa es muy importante conocer también el documento denominado "Libro Verde sobre la contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro". Se trata de un documento elaborado por la Unión Europea en 1996 cuya lectura es interesante desde diversos puntos de vista, y nos orienta sobre el camino que han seguido las preocupaciones recientes de la Unión Europea en materia de contratación pública. Fundamentalmente porque realiza una profunda reflexión sobre la evolución y los resultados alcanzados por el derecho comunitario de la contratación pública hasta ese momento y se plantea una serie de interrogantes para orientar los siguientes pasos que debía dar esa parcela del derecho europeo¹⁶³. Respecto al análisis de lo ya conseguido, se

autorizar la presentación de las ofertas por cualquier otro medio que permita garantizar que todas las ofertas contengan la totalidad de la información necesaria para su evaluación; que se mantenga la confidencialidad de las ofertas presentadas en espera de su evaluación; si fuese necesario por razones de prueba jurídica, que se confirmen las ofertas en el plazo más breve posible, por escrito o mediante el envío de una copia compulsada de las mismas; y que la apertura de las ofertas se efectúe después de finalizado el plazo de presentación de las mismas. La falta de incorporación de estas previsiones estaba, posiblemente, justificada, pues esas previsiones ya se encontraban en el art. 100 RGCE, como el propio Gil Ibáñez admite.

¹⁶³ En este documento la Comisión sigue respaldando sus argumentos con cifras, y así expone, entre otros datos, que en la Unión Europea las administraciones dedicaban por aquellas fechas unos 720.000 millones de ecus anuales a adquirir bienes y servicios, lo que representaba el 11 % del producto interior bruto de la Unión. Los objetivos de la Unión en nuestra materia siguen siendo los mismos en estas fechas que en sus orígenes; en palabras del Libro Verde: *crear las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación, conseguir una utilización racional del erario público mediante la elección de la mejor oferta, facilitar a las empresas el acceso a un mercado único que ofrezca extensas zonas de ventas, y reforzar la competitividad de las empresas europeas como resultado de todo el proceso. Una eficaz política europea de contratación pública es esencial para que el mercado único genere un crecimiento sostenido a largo plazo y cree empleo, fomenta el desarrollo de empresas capacitadas para aprovechar las posibilidades que les ofrece el mayor mercado*

reconoce un gran avance no exento de dificultades, pues como expresa el documento, se trata *"de un proceso difícil y a veces doloroso, especialmente donde antes reinaban las relaciones basadas en costumbres, vínculos privilegiados y preferencias nacionales. Se están abandonando prácticas adquisitivas muy arraigadas pero ineficaces; algunos organismos compradores han podido comprobar ya que aplicando las normas comunitarias se obtiene la mayor calidad al mejor precio posible. Comienza a abrirse la contratación pública de otros Estados miembros, se intensifica la competencia, y nuestras empresas están cada vez mejor preparadas para enfrentarse a los retos internacionales. Sin embargo, aún queda camino por recorrer hasta llegar al aprovechamiento pleno de nuestra política de contratación pública"*.

Por lo que estrictamente atañe a nuestro objeto de estudio, el Libro Verde puso de manifiesto el excesivo recurso de los órganos de contratación al procedimiento negociado, especialmente al carente de publicidad, a pesar de su configuración como procedimiento excepcional; si bien la Comisión reconoce que en los casos analizados la utilización del procedimiento negociado ha propiciado unos resultados económicos más satisfactorios que los conseguidos mediante el uso de concursos, es evidente que la utilización

integrado del mundo y para hacer frente a la competencia en los mercados mundiales, y permita al contribuyente y al usuario obtener servicios públicos de mejor calidad a menor coste...Dada la gran dimensión de la contratación pública en Europa, el establecimiento de sistemas de compra eficaces puede representar ahorros considerables para los gobiernos, y con ello para los contribuyentes. Este tipo de consideraciones cobra especial significación dentro de las políticas de reducción de déficit presupuestarios dictadas por los criterios de convergencia de Maastricht. Otras ventajas menos evidentes de una política abierta en materia de contratación pública son expuestas por el Libro Verde, y pueden ser las no poco importantes de propiciar una adjudicación de contratos públicos limpia, no discriminatoria y transparente que reduzca el peligro de fraude y corrupción en las administraciones públicas.

injustificada del procedimiento negociado va en detrimento del objetivo de transparencia de los contratos. Otro de los problemas puestos de manifiesto por el Libro Verde con relación a los procedimientos de adjudicación de los contratos es la reiterada utilización de criterios de capacidad técnica de los empresarios en la fase de adjudicación de los contratos; sobre esta cuestión tendremos ocasión de volver, pero repetidamente la Unión Europea ha insistido (y citado sentencias como la Beentjes) en que los aspectos de capacidad, de solvencia de los empresarios tienen su momento de valoración en la fase de selección, que es previa a la de adjudicación del contrato.

Y otro aspecto de gran importancia del Libro Verde de 1996 es el capítulo dedicado a los procedimientos electrónicos de contratación. Es fácilmente constatable que los órganos de contratación siguen utilizando los instrumentos administrativos tradicionales para desarrollar sus procedimientos de contratación; pero cómo expresivamente expone el Libro Verde, *"la Unión Europea no puede permitirse el lujo de quedarse cada vez más atrás en este terreno"*; así, la Comisión plantea que a medio plazo debería articularse la utilización de medios electrónicos para la publicidad y notificaciones en materia de contratación, y en un plazo mayor la implantación de sistemas de adjudicación de contratos enteramente electrónicos. El objetivo expresamente formulado por la Comisión en el Libro Verde fue el de elaborar un programa de medidas que precisaran las modalidades de desarrollo de los procedimientos electrónicos en el plazo de los siguientes cinco años.

2.5.- LA MÁS RECIENTE INFLUENCIA COMUNITARIA: DIRECTIVAS 2004/18 Y 2004/17, DE 31 DE MARZO, SOBRE COORDINACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS.

La Unión Europea va a marcar definitiva e inexorablemente el rumbo de la contratación pública de los Estados miembros, guiándoles hacia una convergencia cada vez mayor, tendente a asegurar los principios y objetivos de los que hemos hablado en este Capítulo. Los pasos en esta dirección son cada vez más firmes, y el calado de ese acervo comunitario, aunque siga un ritmo posiblemente lento, es ya muy importante.

En el año 2004 el Parlamento y el Consejo aprobaron dos Directivas de gran importancia porque, en lo que a este trabajo respecta, avanza hacia la modernización de los sistemas de adjudicación. Y como veremos, estas Directivas están muy centradas en aspectos de los que nos interesan, los relativos a los sistemas de adjudicación de los contratos.

Se trata de la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Los Estados miembros están obligados, y esto es muy importante, a la transposición de estas Directivas antes del próximo día 31 de enero de 2006.

Ambas partes tienen el propósito de efectuar una refundición de los textos precedentes sobre la materia para contribuir a la

simplificación y modernización que también demanda el Libro Verde, y además, ajustarse a la jurisprudencia del TJCE, *“ en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para tender 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”* del Tratado (en particular, de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia).

Vemos, pues, como apuntábamos al principio de este Capítulo, que la Unión Europea va contemplando ya la instrumentalidad de la contratación pública con relación a los objetivos sociales y medioambientales¹⁶⁴. Tanto es así, que a nuestro entender, el interés porque la contratación pública sea instrumental para esas políticas es razón suficiente en estas nuevas Directivas para que el derecho comunitario entre en un terreno en el que hasta ahora no había incidido, cual es, como sabemos, el de la fase de ejecución de los contratos. Efectivamente, o al menos así lo vemos nosotros, ocurre cuando el art. 26 de la Directiva 2004/18 establece 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 podrán*

¹⁶⁴ Específicamente, el quinto considerando de la Directiva 2004/18 anuncia que la misma *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.*

referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental”.

Estas dos nuevas Directivas reiteran, pues, el sometimiento de todos los contratos a los principios del Tratado, pero establece expresamente una serie de disposiciones de coordinación para aquellos contratos que excedan determinada cuantía¹⁶⁵, para garantizar los efectos de la directiva y abrir la competencia.

Ambas Directivas consideran admisible que los órganos de contratación desarrollen el denominado “diálogo técnico” anterior al procedimiento de adjudicación; se trata de la posibilidad de solicitar o aceptar asesoramiento que podrá utilizarse para determinar el pliego de condiciones, siempre que dicho asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia. Se trata de una actividad preparatoria que puede redundar en una mejor preparación del contrato, sin duda, pero que debe utilizarse con cautela para que no acabe siendo un instrumento para favorecer claramente a un concreto empresario.

Pero el primer gran aspecto que debemos destacar en estas Directivas es su apuesta por la innovación tecnológica de los sistemas de adjudicación. Estas Directivas nos encaminan hacia las nuevas técnicas electrónicas de compra, pues en palabras de la propia norma, *“permiten ampliar la competencia y mejorar la eficacia del sistema público de pedidos, en particular mediante el ahorro de tiempo y dinero que entraña la utilización de las mismas”*. Se pretende otorgar a los órganos de contratación el marco jurídico necesario para aprovechar esas ventajas que ofrecen las compras electrónicas. Así, a continuación describiremos los nuevos instrumentos que se

¹⁶⁵ Estos umbrales están previstos en los artículos 16 de la Directiva 2004/17 y 7 de la Directiva 2004/18.

contemplan: sistemas dinámicos de compra, subastas electrónicas, técnicas de centralización de adquisiciones, acuerdos marcos y diálogo competitivo, fundamentalmente.

Como veremos, la posibilidad de implantación de estos instrumentos se ofrece con carácter potestativo a los Estados miembros: *podrán* prever, se dice generalmente. Ello responde a la idea que ya se anuncia en el preámbulo de las Directivas: la diversidad de los distintos Estados miembros; dada esta diversidad, se considera que conviene dejar a los propios Estados 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.

Respecto a los criterios de adjudicación del contrato, siguen siendo los clásicos: o bien solamente el precio más bajo, o bien la oferta económicamente más ventajosa (utilizando distintos criterios vinculados al objeto del contrato, para lo cual el art. 53 da algunos ejemplos en los cuales destacamos únicamente la aparición ya de las características medioambientales). Los criterios en este último caso deberán aparecer ponderados, pero hay que notar que se admite ahora la posibilidad de que no sea posible esa ponderación, en cuyo caso sólo aparecerán los criterios por orden decreciente de su importancia.

Y con relación a los procedimientos de adjudicación, se relacionan nuevamente los supuestos en que es admisible el procedimiento negociado, aunque con distinta sistematización, dado el carácter compilador de estas Directivas¹⁶⁶. También se establece un

¹⁶⁶ Art. 30.1.- *Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos públicos por procedimiento negociado, previa publicación de un anuncio de licitación, en los casos siguientes:*

a) *cuando se presenten ofertas irregulares o cuando las ofertas presentadas resulten inaceptables en relación con las disposiciones nacionales compatibles con lo dispuesto en los artículos 4, 24, 25 y 27 y en el capítulo VII en respuesta a un procedimiento abierto o restringido o a un diálogo competitivo, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato;*

Los poderes adjudicadores podrán no publicar un anuncio de licitación en el procedimiento negociado a todos los licitadores, y sólo a ellos, que cumplan los criterios contemplados en los artículos 45 a 52 y que, con ocasión del procedimiento abierto o restringido o del diálogo competitivo anterior, hayan presentado oferta conformes con los requisitos formales del procedimiento de adjudicación;

b) *en casos excepcionales, cuando se trate de contratos de obras, de suministro o de servicios que, por sus características o por los riesgos que entrañen, no permitan fijar previa y globalmente los precios;*

c) *en el ámbito de los servicios, en particular en el sentido de la categoría 6 del anexo II A, y para las prestaciones intelectuales, como la elaboración del proyecto de una obra, en la medida en que las características de la prestación sean tales que no se puedan establecer las condiciones del contrato con la precisión necesaria para su adjudicación seleccionando la mejor oferta con arreglo a las normas que rigen los procedimientos abiertos o restringidos.*

d) *en el caso de los contratos públicos de obras, respecto de las obras que se realicen únicamente con fines de investigación, experimentación o perfeccionamiento y no con la finalidad de obtener una rentabilidad o de cubrir los costes de investigación y de desarrollo.*

.../...

Art. 31: Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos públicos por procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, en los casos siguientes:

1) respecto de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios:

a) *cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no haya ninguna oferta, ninguna oferta adecuada o ninguna candidatura, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente y se facilite a la Comisión un informe si ésta así lo solicita;*

b) *cuando, por razones técnicas o artísticas o por cualquier otra razón relacionada con la protección de derechos de exclusividad, el contrato sólo pueda encomendarse a un operador económico determinado;*

c) *en la medida en que sea absolutamente necesario, cuando la urgencia imperiosa, consecuencia de hechos imprevisibles para los poderes adjudicadores en cuestión, no es compatible con los plazos exigidos para los procedimientos abiertos, restringidos o negociados con publicación de un anuncio de licitación*

contemplados en el artículo 30. Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores.;

- 2) *respecto de los contratos públicos de suministro:*
 - a) *cuando los productos de que se trate se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo; esta condición no se aplica a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo;*
 - b) *en el caso de entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, bien una ampliación de los suministros o de instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligara al poder adjudicador a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas; la duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, por regla general, ser superior a tres años;*
 - c) *cuando se trate de suministros cotizados y comprados en una bolsa de materias primas;*
 - d) *para la compra de suministros en condiciones especialmente ventajosas, ya sea a un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, ya sea a síndicos o liquidadores tras una quiebra, un concordato judicial o un procedimiento de la misma naturaleza existente en las legislaciones o reglamentaciones nacionales;*
- 3) *respecto de los contratos públicos de servicios, cuando el contrato en cuestión sea la consecuencia de un concurso y, con arreglo a las normas aplicables, deba adjudicarse al ganador o a uno de los ganadores de dicho concurso; en este último supuesto, se deberá invitar a todos los ganadores del concurso a participar en las negociaciones;*
- 4) *respecto de los contratos públicos de obras y contratos públicos de servicios:*
 - a) *con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal y como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio:*
 - *cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores, o bien*

procedimiento especial de adjudicación, muy poco detallado, para el caso de los contratos públicos relativos al proyecto y ejecución de obras para la construcción de un conjunto de viviendas sociales en los que, debido a su importancia, la complejidad y la duración estimada de las obras correspondientes, la planificación deba establecerse desde el principio por un equipo en el que colaboren estrechamente los delegados de los poderes adjudicadores, los expertos y el contratista que tenga a su cargo la ejecución de las obras (art. 34).

Como venimos apuntando, ambas Directivas son muy similares, de modo que vamos a optar por analizar una de ellas, la 2004/18 (la elección es casi puramente anecdótica dados los parecidos), y pondremos de manifiesto las diferencias, en su caso.

-
- *cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.*

No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50 % del importe del contrato inicial;

- b) *en el caso de nuevas obras o servicios que consistan en la repetición de obras o servicios similares encargados al operador económico titular de un contrato inicial adjudicado por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichas obras o dichos servicios se ajusten a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado según el procedimiento abierto o restringido.*

La posibilidad de hacer uso de este procedimiento estará indicada desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y los poderes adjudicadores tendrán en cuenta el importe total previsto para la continuación de las obras o de los servicios a efectos de la aplicación del artículo 7.

Únicamente se podrá utilizar este procedimiento durante un período de tres años a partir de la celebración del contrato inicial.

2.5.1.- EL DIÁLOGO COMPETITIVO.

En materia de procedimientos de adjudicación, seguramente es el diálogo competitivo la novedad más importante, pues estamos nada menos que ante un nuevo procedimiento (que se añade a los tradicionales abierto, restringido y negociado, y a los concursos de proyectos, de los que posteriormente hablaremos), definido por el art. 11.c) 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”*.

El diálogo competitivo está previsto para contratos particularmente complejos (art. 29) en los que el órgano de contratación estime que el uso de los procedimientos abierto o restringido no permite la adjudicación del contrato. La propia Directiva¹⁶⁷ que se consideran particularmente complejos aquellos contratos para los que el órgano de contratación *“no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos, con arreglo a las letras b), c) o d) del apartado 3 del artículo 23, aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos y/o no se encuentre objetivamente capacitado para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto”* (art. 11). Particularmente complejos son, como veremos en el próximo Capítulo, los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP). Y para todos estos

¹⁶⁷ La Directiva venía precedida del impulso de otros estudios y documentos comunitarios para la implantación de este nuevo procedimiento. Así lo había hecho, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión sobre las prioridades de la política de contratación pública comunitaria, de 11 de marzo de 1998 (IP/98/233).

supuestos, y en palabras de la propia Comisión Europea¹⁶⁸, el diálogo competitivo *"debería permitir garantizar la flexibilidad necesaria para debatir con los candidatos todos los aspectos del contrato durante la etapa de puesta en marcha, velando siempre porque dicho diálogo se desarrolle respetando los principios de transparencia e igualdad de trato, sin poner en peligro los derechos que el Tratado confiere a los operadores económicos"*.

En el diálogo competitivo los contratos se adjudicarán con el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

El procedimiento se inicia con la publicación de un anuncio de licitación en el que el poder adjudicador da a conocer sus necesidades y requisitos (29.2). Con los candidatos seleccionados, el poder adjudicador llevará a cabo un diálogo cuyo objetivo será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer lo mejor posible sus necesidades; en el transcurso de ese diálogo, podrán debatir todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados (29.3).

El procedimiento puede desarrollarse en fases sucesivas para reducir el número de soluciones que han de examinarse durante la fase del diálogo, si así se estableció en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo.

El diálogo se prolongará hasta que el órgano de contratación esté en condiciones de determinar las soluciones que puedan responder a sus necesidades; en ese momento deberá declararse cerrado el diálogo, informar a todos los participantes e invitarles a presentar su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo. Dichas ofertas

¹⁶⁸ Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 30.4.2004.

deberán incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del contrato (29.6).

Los poderes adjudicadores evaluarán las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, y seleccionarán la oferta económicamente más ventajosa.

Habida cuenta de la actividad que los empresarios pueden verse obligados a desarrollar en un procedimiento de este tipo, el art. 29.8 establece que los poderes adjudicadores podrán prever premios y pagos para los participantes en el diálogo.

Y parece que los autores de la Directiva no ignoran tampoco los riesgos que conlleva un procedimiento de este tipo, pues establecen reiteradamente unas cautelas: *“Durante el diálogo, los poderes adjudicadores darán un trato igual a todos los licitadores. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. Los poderes adjudicadores no podrán revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste”*. Y posteriormente, se contemplan las posibilidades de pedir aclaraciones, precisiones o ajustes en las ofertas, tanto a las de todos los licitadores, como al adjudicatario; en esos casos se advierte de que no podrán alterarse elementos fundamentales o esenciales de la oferta o la licitación que suponga falsear la competencia o tenga un efecto discriminatorio. Veremos si son suficientes estas cautelas tan principales.

2.5.2.- EL CONCURSO DE PROYECTOS.

El concurso de proyecto figura también en las nuevas Directivas como *“procedimientos que tienen por objeto permitir al poder adjudicador adquirir planos o proyectos, principalmente en los campos de la ordenación territorial, el urbanismo, la arquitectura y la ingeniería o el proceso de datos. Dichos planos y proyectos serán seleccionados por un jurado después de haber sido convocada una licitación con o sin asignación de primas”* (art. 1.11.e) Directiva 2004/18). El Título IV de la Directiva 2004/18 dicta normas aplicables a los concursos de proyectos en el sector de servicios, y afectan tanto a los concursos de proyectos organizados en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios como a los concursos de proyectos con primas de participación o pagos a los participantes (art. 67.2), siempre que rebasen unos determinados umbrales (art. 67.1). La mayoría de los preceptos de este Título IV se dedican a regular la publicidad de los concursos, aunque existen algunos preceptos dedicados a otros aspectos procedimentales. De ellos, destacaremos los arts. 73 y 74, que establecen normas sobre el jurado. Éste debe estar compuesto exclusivamente por personas físicas independientes de los participantes, y cuando se exija una cualificación profesional específica para participar en un concurso de proyectos, al menos un tercio de los miembros del jurado deberá poseer dicha cualificación u otra equivalente. Además, se establecen seis normas acerca de la toma de decisiones del jurado:

- 1ª.- El jurado tendrá autonomía de decisión o de dictamen.
- 2ª.- El jurado estudiará los planes y proyectos presentados por los candidatos de forma anónima y atendiendo únicamente a los criterios indicados en el anuncio de concurso.
- 3ª.- El jurado hará constar su clasificación de los proyectos en un informe, firmado por sus miembros y elaborado con arreglo a los

méritos de cada proyecto, junto con sus observaciones y cualesquiera aspectos que requieran aclaración.

4ª.- Deberá respetarse el anonimato hasta que el jurado emita su dictamen o decisión.

5ª.- De ser necesario, podrá invitarse a los candidatos a que respondan a preguntas que el jurado haya incluido en el acta para aclarar cualquier aspecto de los proyectos.

6ª.- Se redactará un acta completa del diálogo entre los miembros del jurado y los candidatos.

2.5.3.- EL ACUERDO MARCO.

El art. 1.5 de la Directiva 2004/18¹⁶⁹ define el “acuerdo marco” como *“un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas”*. Posteriormente, el art. 32 se ocupa de detallar las características de ese acuerdo marco. En la Comunicación de la Comisión sobre las prioridades de la política de contratación pública comunitaria, de 11 de marzo de 1998 (IP/98/233), se proponía la utilización más frecuente de los contratos marcos (basados en listas de proveedores autorizados), especialmente en ámbitos en los que los productos y los precios puedan evolucionar rápidamente.

En primer lugar, para la celebración de un acuerdo marco han de seguirse todas las normas de procedimiento previstas para todas las fases hasta la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo

¹⁶⁹ Anteriormente, algunos documentos comunitarios habían expuesto la necesidad de impulsar estas herramientas. Por ejemplo, la Comunicación de la Comisión sobre las prioridades de la política de contratación pública comunitaria, de 11 de marzo de 1998 (IP/98/233)

marco (32.2); y la adjudicación se efectuará en base a uno de los criterios de adjudicación clásicos en el derecho comunitario (bien la oferta económicamente más ventajosa, o bien solamente el precio más bajo).

El acuerdo marco puede celebrarse con un único operador económico (32.3) o con varios de ellos; en este último caso habrán de ser al menos tres, siempre que haya un número suficiente de operadores económicos que respondan a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación (32.4). Aunque se establece que en la adjudicación de los contratos sucesivos las partes no podrán en ningún caso introducir modificaciones sustanciales en los términos establecidos en el acuerdo marco, la Directiva contempla dos posibilidades en el caso de que el acuerdo se haya celebrado con varios operadores. Por un lado cabe la realización de los contratos mediante la aplicación de los términos establecidos en el acuerdo marco, sin convocar a las partes a una nueva licitación. Pero cabe también que no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, una vez convocadas las partes a nueva licitación tomando como base los mismos términos, precisándolos si fuera necesario, y, si ha lugar, otros indicados en el pliego de condiciones del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:

- a) por cada contrato que haya que adjudicar, los poderes adjudicadores consultarán por escrito a todos los operadores económicos que sean capaces de realizar el objeto del contrato;
- b) los poderes adjudicadores fijarán un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico teniendo en cuenta factores como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta;

- c) las ofertas se presentarán por escrito y su contenido deberá seguir siendo confidencial hasta que expire el plazo previsto para responder a la convocatoria;
- d) los poderes adjudicadores adjudicarán cada contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en el pliego de condiciones del acuerdo marco.

Por último, hemos de consignar que existe un límite temporal, y es que la duración del acuerdo marco no podrá superar los cuatro años, salvo casos excepcionales que deberán ser debidamente justificados en particular por el objeto del contrato.

Una valoración en este momento puede ser aventurada, pero nosotros creemos que el contrato marco puede ser un buen instrumento que dote de agilidad (de la que tan necesitada está la contratación administrativa española) la celebración de numerosos contratos. Hay órganos de contratación que a menudo licitan gran cantidad de contratos de características muy similares o idénticas, y para ellos sería de mucha utilidad la celebración de acuerdos marco que simplificasen enormemente la tramitación. Porque es fácil también observar cómo a pesar de que el número de contratos de idénticas características sea elevado, las empresas que resultan adjudicatarias son siempre una serie en la que existen pocas variaciones, a veces incluso si se hace un seguimiento a lo largo de un periodo de tiempo plurianual. Por ello, aunque el art. 32 dice que los Estados miembros "*podrán prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores celebren acuerdos marco*", es decir, parece que será potestativo para los Estados el hacerlo, nosotros entendemos que podría ser un acierto el incorporarlos a nuestro sistema de contratación administrativa.

2.5.4.- LOS SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN.

El art. 1.6 de la Directiva 2004/18 lo define como *“un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones”*.

También la adopción de los sistemas dinámicos se presenta por el art. 33 en unos términos potestativos para los Estados miembros, lo que nos merece la misma opinión que vertíamos anteriormente para los acuerdos marco.

Se trata de un sistema (que también echábamos en falta hasta ahora, dadas las posibilidades técnicas actuales y la posibilidad de que la Administración se beneficie de la competencia que existe en los bienes que son objeto de compras corrientes) que puede ofrecer muchas posibilidades para la gestión, y en definitiva, para la economía de las compras; como el propio preámbulo de la Directiva expone, *“permitirá, mediante la creación de una lista de licitadores ya aceptados y la posibilidad ofrecida a nuevos licitadores de integrarse en ella, que los poderes adjudicadores dispongan de una gama especialmente amplia de ofertas (gracias a los medios electrónicos utilizados), garantizando así una utilización óptima de los fondos públicos mediante una amplia competencia”*.

Deberán ser admitidos en el sistema todos los licitadores que cumplan los criterios de selección y que hayan presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones y a los posibles documentos complementarios.

El dinamismo del sistema se pone de manifiesto, por un lado, en la posibilidad de que esas ofertas indicativas podrán mejorarse en cualquier momento, siempre que sigan siendo conformes al pliego de condiciones, claro está. Y se pone también de manifiesto, por otro lado, en la posibilidad de que en cualquier momento cualquier operador económico puede presentar una oferta indicativa; en tal caso, el órgano de contratación dispondrá de un plazo máximo de quince días para evaluar la oferta, informando cuanto antes al licitador de su admisión en el sistema dinámico (lo que procederá si cumple con los requisitos del pliego) de adquisición o del rechazo de su oferta indicativa (33.4).

También en el sistema dinámico de adquisición habrán de seguirse las normas del procedimiento abierto en todas sus fases hasta la adjudicación del contrato (art. 33.2), aunque el propio art. 33 establece algunas especificidades del sistema:

- a) habrá de publicarse un anuncio de licitación en el que se precisará que se trata de un sistema dinámico de adquisición;
- b) en el pliego de condiciones se precisará, entre otras cosas, la naturaleza de las adquisiciones previstas que formen parte del sistema, así como toda la información necesaria relativa al sistema de adquisición, el equipo electrónico utilizado y los arreglos y especificaciones técnicas de conexión;
- c) desde la publicación del anuncio hasta la expiración del sistema, se ofrecerá por medios electrónicos el acceso sin restricción, directo y completo al pliego de condiciones y a todo documento complementario e indicarán en el anuncio la dirección de internet en la que estos documentos pueden consultarse.

Una vez implantado el sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores invitarán a todos los licitadores admitidos en el sistema a presentar una oferta para cada contrato específico que se vaya a celebrar en el marco del sistema. Se adjudicará el contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en el anuncio de licitación para la puesta en práctica del sistema dinámico de adquisición (33.6).

También en este sistema existe la limitación temporal de cuatro años, salvo en casos excepcionales debidamente justificados.

2.5.5.- LAS CENTRALES DE COMPRA.

Se trata a nuestro modo de ver de una de las herramientas que pueden resultar más útiles, y que debería utilizarse mucho más en España. Mediante las centrales de compra, y tal como las describe el preámbulo de la propia Directiva 2004/18, un poder adjudicador se encarga de efectuar adquisiciones o adjudicar contratos públicos/acuerdos marco destinados a otros poderes adjudicadores. Estas técnicas contribuyen, debido a la importancia de las cantidades adquiridas, a ampliar la competencia y racionalizar el sistema público de pedidos. Por ello, la Unión Europea entiende que *“debe establecerse la definición comunitaria de las centrales de compras y definirse las condiciones en las que, dentro del respeto de los principios de no discriminación e igualdad de trato, puede considerarse que los poderes adjudicadores que adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras han respetado la presente Directiva”*.

Ciertamente poco añaden las Directivas al desarrollo de las centrales de compra, aunque posiblemente tampoco son precisas muchas más normas que las que se recogen. Tanto el art. 11 de la 2004/18 como el 29 de la 2004/17 se limitan a admitir que los Estados

miembros podrán prever la posibilidad de que las entidades adjudicadoras adquieran obras, suministros o servicios por medio de centrales de compra. Ello con una exigencia: se considerará que las entidades adjudicadoras que adquieran obras, suministros o servicios por medio de una central de compras han respetado las disposiciones de las Directivas siempre que la central de compras respete dichas disposiciones.

Como decimos, probablemente no hacen falta muchas más normas, pero si estamos convencidos de que puede ser un instrumento muy útil, y que desde hace tiempo muchos veníamos demandando. Mediante una central de compras pueden beneficiarse enormemente las Administraciones con menores recursos, pues no necesitarán emplear recursos en desarrollar expedientes de contratación, y porque evidentemente se obtienen mejores precios al comprar mayores cantidades de bienes o servicios (aunque se trate únicamente de la expectativa de vender a mayor número de administraciones).

2.5.6.- LAS SUBASTAS ELECTRÓNICAS.

Las nuevas Directivas consideran también que las subastas electrónicas constituyen una técnica en expansión¹⁷⁰, por lo que aspiran a definir las y garantizar que se desarrollan con respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. El preámbulo de estas Directivas expone que el recurso a las subastas electrónicas permite a los poderes adjudicadores pedir a los

¹⁷⁰ Bastante tiempo antes de la aprobación de esta Directiva, los documentos de la Unión Europea ya expresaban claramente la necesidad de impulsar el uso de procedimientos electrónicos de contratación. Así lo hicieron, por ejemplo, el *Libro Verde La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*. Comisión Europea, 27 de noviembre de 1996; también la Comunicación de la Comisión sobre las prioridades de la política de contratación pública comunitaria, de 11 de marzo de 1998 (IP/98/233).

licitadores que presenten nuevos precios, revisados a la baja, y cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, mejorar asimismo elementos de la oferta distintos del precio. Para garantizar el respeto del principio de transparencia, conviene que sólo sean objeto de subasta electrónica los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, sólo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes. En cambio, aquellos aspectos de las licitaciones que impliquen la valoración de elementos no cuantificables no deben ser objeto de subastas electrónicas. Por consiguiente, no deben ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos de obras y determinados contratos de servicios cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras.

Así, el art. 1.7 de la Directiva 2004/18 define la subasta electrónica como *un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticos*. Y el propio precepto desecha la utilización de subastas electrónicas para aquellos contratos cuyo contenido es incompatible con ellas, en el sentido descrito por el preámbulo.

El art. 54 de la Directiva 2004/18 (y el 56 de la 2004/17) se dedica con un detalle casi reglamentario, a la subasta electrónica.

La primera idea que debemos retener es que cabe la utilización de la subasta electrónica tanto en un procedimiento abierto,

restringido o en el negociado del art. 30.1.a)¹⁷¹, siempre que las especificaciones del contrato puedan establecerse de manera precisa.

En las mismas condiciones podrá utilizarse la subasta electrónica cuando se convoque a una nueva licitación a las partes en un acuerdo marco con arreglo al segundo guión del párrafo segundo del apartado 4 del artículo 32, o a una licitación en el marco del sistema dinámico de adquisición.

La subasta electrónica habrá de basarse o bien únicamente en los precios, cuando el contrato se adjudique al precio más bajo, o bien en los precios y/o en los valores de los elementos de las ofertas indicados en el pliego de condiciones, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa.

Las Directivas también indican un contenido obligatorio de los pliegos para subastas electrónicas:

- a) los elementos a cuyos valores se refiere la subasta electrónica, siempre que sean cuantificables y puedan ser expresados en cifras o porcentajes;
- b) en su caso, los límites de los valores que podrán presentarse, tal como resultan de las especificaciones del objeto del contrato;
- c) la información que se pondrá a disposición de los licitadores durante la subasta electrónica y el momento en que, en su caso, dispondrán de dicha información;

¹⁷¹ Esto es, cuando se presenten ofertas irregulares o cuando las ofertas presentadas resulten inaceptables en relación con las disposiciones nacionales compatibles con lo dispuesto en los artículos 4, 24, 25 y 27 y en el capítulo VII en respuesta a un procedimiento abierto o restringido o a un diálogo competitivo, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato.

- d) la información pertinente sobre el desarrollo de la subasta electrónica;
- e) las condiciones en las que los licitadores podrán pujar, y en particular las diferencias mínimas que se exigirán, en su caso, para pujar;
- f) la información pertinente sobre el dispositivo electrónico utilizado y sobre las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.

La subasta electrónica puede desarrollarse en varias fases, y la Directiva detalla una serie de extremos para propiciar que todos los participantes tengan las mismas oportunidades (plazos, información, conocimiento de la clasificación en que se halla su oferta, etc... Eso si, en ningún momento podrá conocerse la identidad de los licitadores durante el desarrollo de la subasta electrónica; sin duda, se trata de evitar la confabulación de los licitadores, objetivo previsto en las subastas desde sus orígenes históricos, como ya conocemos).

Los poderes adjudicadores cerrarán la subasta electrónica de conformidad con una o varias de las siguientes modalidades:

- a) indicando la fecha y la hora fijadas previamente en la invitación a participar a participar en la subasta;
- b) cuando no reciban nuevos precios o nuevos valores que respondan a los requisitos relativos a las diferencias mínimas. En tal caso, los poderes adjudicadores especificarán, en la invitación a participar en la subasta, el plazo que respetarán a partir de la recepción de la última presentación antes de dar por concluida la subasta electrónica;
- c) cuando concluya el número de fases establecido en la invitación a participar en la subasta.

2.5.7.- NORMAS DE CARÁCTER GENERAL.

En este apartado queremos reflejar una serie de normas que están contenidas en estas dos Directivas, y que tienen un carácter general para todos los procedimientos de adjudicación.

2.5.7.1.- *Ofertas anormalmente bajas.*

Sin duda, el derecho comunitario quiere seguir avanzando en la determinación de las ofertas excesivamente económicas, y partiendo de la conocida obligación del poder adjudicador de solicitar por escrito las precisiones oportunas sobre la composición de la oferta, antes de rechazarla, aclara una serie de extremos a los que podrán referirse esas precisiones (art. 57 Directiva 2004/17 y 2004/18):

- 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.

El poder adjudicador que compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado sólo podrá rechazar dicha oferta por esa única razón si

consulta al licitador y éste no puede demostrar, en un plazo suficiente fijado por el poder adjudicador, que tal ayuda se ha concedido legalmente. El poder adjudicador que rechace una oferta por las razones expuestas deberá informar de ello a la Comisión.

2.5.7.2.- Normas aplicables a las comunicaciones y a las invitaciones e información para los candidatos y licitadores.

Conociendo la serie de novedades que contienen estas Directivas, y que gran parte de ellas son de contenido tecnológico, se explica que una de las preocupaciones de aquellas sea el aseguramiento de las comunicaciones. El art. 42 establece una serie de normas a estos efectos. Para empezar, *" todas las comunicaciones y todos los intercambios de información a los que se refiere el Título II podrán hacerse, a elección de los poderes adjudicadores, por carta, por telefax o por vía electrónica con arreglo a los apartados 4 y 5, por teléfono en los casos y condiciones contemplados en el apartado 6, o mediante una combinación de dichos medios"*.

Los medios de comunicación que resulten elegidos por los poderes adjudicadores no deben restringir el acceso de los operadores económicos a los procedimientos de adjudicación, deben estar a disposición del público y ser compatibles con las tecnologías de la información y la comunicación de uso general, sin ser discriminatorios, y deben garantizar la protección de la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y de las solicitudes de participación; 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 (42.2, 3 y 4).

Se establecen también unas normas de contenido técnico para los dispositivos de transmisión y recepción electrónica de las ofertas y

de las solicitudes de participación, así como para el envío de las mismas (42.5 y 6).

El art. 40 detalla las condiciones que deben reunir las invitaciones para participar en procedimientos restringidos, diálogo competitivo y procedimientos negociados, y el art. 41 establece cuál ha de ser el régimen de información a suministrar acerca de las decisiones tomadas en el transcurso de la celebración de un contrato marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición.

2.6.- REFLEXIONES FINALES DEL CAPÍTULO.

Es preciso efectuar una recapitulación para no perder la orientación y tener presente cuáles son las acciones de la Unión Europea que han influido en nuestros vigentes sistemas de adjudicación de los contratos administrativos.

Y también es preciso recoger alguna impresión acerca de los resultados de las acciones emprendidas por la Unión con relación a nuestro tema; obviamente no podemos aspirar aquí a efectuar una profunda evaluación de los efectos logrados por las directivas comunitarias sobre la materia, pero si al menos una consideración somera de los mismos, y de las previsiones de futuro que se vislumbran. Sabemos que con relación a los contratos, las acciones legislativas comunitarias se iniciaron con una serie de directivas conocidas como de liberación (70/32, 71/304, 71/305 y 77/62), siendo destacable que si las primeras sólo suprimían restricciones, las últimas contuvieron ya medidas de carácter positivo para crear condiciones de igualdad para todas las empresas comunitarias. Conviene recordar que estas medidas consistieron en el diseño de un sistema de publicidad de las licitaciones, en la prohibición de especificaciones técnicas discriminatorias, y sobre todo en cuanto a nosotros nos interesa, en la

obligación de promover concurrencia mediante la utilización ordinaria de procedimientos abiertos y restringidos y sólo negociados en casos excepcionales, así como en la introducción de criterios objetivos de selección y los principios de la oferta más baja o de la oferta más ventajosa.

Es interesante reflejar las observaciones de SAMANIEGO¹⁷² en el sentido de que las Directivas comunitarias se han centrado en tres aspectos básicos de la contratación pública: la oferta de los contratos a todas las empresas europeas, los requisitos exigibles a esas compañías, y los criterios que pueden utilizarse en la adjudicación de los contratos. Por el mismo orden, en sentido decreciente, se sitúan las posibilidades vinculantes y de control del incumplimiento de las obligaciones comunitarias. Es decir, es muy fácil constatar si ha existido incumplimiento de las obligaciones de publicidad comunitaria de un contrato, y también es bastante fácil detectar si se ha incumplido en cuanto a la exigencia de requisitos para participar a las empresas, pues están establecidos de forma muy minuciosa en la normativa. Sin embargo, es muy difícil demostrar que el uso de unos u otros criterios selectivos sirve para favorecer a empresarios nacionales y perjudicar al resto de empresarios comunitarios.

No obstante, se ha dicho que estas acciones no han sido determinantes para la apertura de los contratos públicos; SACCHETTINI¹⁷³ expuso tres razones esenciales de esa insuficiencia: la limitación del ámbito de aplicación de las Directivas (recordemos que en principio quedaban excluidos los transportes, el agua, la energía y las telecomunicaciones), la inadecuada transposición al derecho nacional y la ausencia de eficaces vías de recurso. El resultado, expone SACCHETTINI ha sido "*una tendencia general a privilegiar al*

¹⁷² SAMANIEGO BORDIÚ, G.: *La apertura...* Op. cit., págs. 105 y 106.

¹⁷³ SACCHETTINI, A.: *La Comunidad Europea...* Op. cit., pág. 100.

derecho de establecimiento (instalación permanente de empresas de un Estado miembro sobre el territorio de otro) en comparación con el derecho a la libre prestación de servicios”.

Incluso más contundente en ese enjuiciamiento de las medidas comunitarias ha sido BERMEJO¹⁷⁴, quien considera que la aplicación práctica del marco jurídico que suponían esas primeras Directivas supuso un rotundo fracaso, fundamentalmente a causa de la inaplicación práctica por parte de los Estados. Nos resulta de interés traer aquí cuáles fueron las causas de esta ineficacia, expuestas por BERMEJO: *entre las “corruptelas jurídicas” determinantes de esa situación se encuentran la utilización de determinados criterios de selección de contratistas que favorecían a ciertos licitadores, a través de, por ejemplo, la incorrecta utilización de los procedimientos de adjudicación (concurso y subasta), la “descentralización” de los contratos, una utilización abusiva de las excepciones en los procedimientos ordinarios de contratación, los “errores” en la transposición al Derecho interno de las Directivas, la aplicación de normativas nacionales sobre “prescripciones técnicas” de los contratos, claramente restrictivas para las empresas no nacionales, las “debilidades” de las propias Directivas comunitarias y, last but not least, la ausencia de dinamismo político de los Estados miembros en la transposición de las Directivas e impulso de la adaptación de los Ordenamientos nacionales”.* A buen seguro ninguna de estas causas nos resultan extrañas porque habremos tenido ocasión de observarlas en la práctica de estos últimos años. BERMEJO reseñó también cómo el problema en la utilización de los procedimientos de adjudicación se agudizó *“con la excesiva proliferación del procedimiento de*

¹⁷⁴ BERMEJO VERA, J.: “Objetivos, principios y prospectiva de la política comunitaria de contratos públicos”. *Revista Galega de Administración Pública*. Núm. 29. Sept.-dic. 2001, págs.146 y ss. Las mismas razones expone GIMENO FELIÚ, J.M.: *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*. Ed. Civitas. Madrid, 2003. Págs. 22 y 23.

“concurso” que, si aparentemente, satisface los objetivos de concurrencia competitiva, al abusar injustificadamente de esta fórmula, se producían mayores costes en las contrataciones”. La denominada por BERMEJO “descentralización” (territorial o funcionalmente) de los contratos es un fenómeno que todos hemos podido conocer y que en muchas ocasiones ha sido englobado, como uno de sus representantes más alarmantes, dentro de la huída del derecho administrativo; es fácil conocer que esa descentralización dificulta el control o más bien el cumplimiento de los objetivos de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, y es igualmente fácil conocer la existencia de la reiterada jurisprudencia que ha ido insistiendo en el carácter funcional y no formal de los poderes adjudicadores, en contra de la errónea transposición de las directivas comunitarias y de las prácticas contractuales por parte de algunos Estados (España, entre ellos). A esta última cuestión se refiere precisamente BERMEJO cuando habla de “errores” de transposición de Directivas, pues el propio profesor añade que tales errores eran en realidad conductas deliberadamente omisivas de los Estados, como una abundante jurisprudencia comunitaria ha ido poniendo de relieve.

Tampoco hemos de pasar por alto la importancia que tiene el mero desconocimiento de la normativa comunitaria por parte de muchos órganos de contratación; buen ejemplo de ello es la STJCE de 26 de septiembre de 2000 (TJCE 2000\221), pues en ella *“ el propio Gobierno francés reconoce el fundamento de estas críticas de la Comisión, pero sostiene que los incumplimientos cometidos se deben, esencialmente, a la inexperiencia de los órganos de contratación de que se trata en la aplicación de las normas comunitarias de contratación pública*”. Por lo tanto, este factor está también muy presente, pues no olvidemos de que no todos los órganos de contratación están en condiciones de recibir un asesoramiento jurídico cualificado sobre la contratación administrativa. Por ello, el calado de las reglas comunitarias sobre la contratación pública no es

un fenómeno instantáneo, sino que está necesitando varias décadas hasta conseguir sus objetivos.

Esta situación descrita planteaba a los poderes comunitarios la necesidad de acometer una serie de reformas importantes, que se plasmaron en unas nuevas directivas (88/295, 89/440, 90/531, 92/13, 92/50, 93/36, 93/37 y 93/38, fundamentalmente) que reforzaron los mecanismos de transparencia, accesibilidad, información y equidad de los procedimientos de adjudicación y que pretendían cerrar huecos al ampliar el ámbito de aplicación a los servicios y a los llamados sectores excluidos. Se cerraba también con éstas Directivas un proceso que puede denominarse de codificación o incluso de refundición en textos únicos, de la normativa comunitaria sobre contratación pública¹⁷⁵.

En esta época tuvieron singular relevancia los Libros Blanco y Verde; el primero de ellos por cuanto puso de manifiesto una serie de carencias y nuevos objetivos para seguir avanzando en la construcción de un derecho común de la contratación pública y que fue seguido de una importante codificación, y el segundo, que también hizo una importante tarea de diagnóstico, por cuanto plantea decididamente la necesidad de modernizar los sistemas de contratación pública.

Podemos afirmar que el derecho comunitario es en la actualidad esencial para conocer nuestros sistemas de adjudicación de los contratos. Como hemos visto, la configuración de aspectos claves en la contratación pública como la publicidad de los contratos, o los procedimientos y formas concretas de adjudicación de los mismos están contruidos bajo las pautas de las Directivas que hemos expuesto. La existencia de tres procedimientos (abierto, restringido y negociado) y sus perfiles son pura transposición de normativa

¹⁷⁵ RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.: "Contratos Públicos...". Op. cit., pág. 44.

comunitaria: desde el concepto hasta los supuestos de utilización del procedimiento negociado. La influencia comunitaria es máxima en España pues, como ya dijimos, nuestro legislador ha optado por adoptar la misma regulación para todos los contratos administrativos (salvo, claro está, las obligaciones de publicidad, que sólo alcanzan a los contratos que superan el umbral económico previsto), sin distinguir como han hecho otros Estados, un régimen para los contratos que superan el umbral comunitario y otro para los que no lo hacen.

Las últimas Directivas anuncian un horizonte desafiante; los órganos de contratación españoles van a tener ante sí un importante reto de modernización, con lo que ello implica de utilización de nuevos medios técnicos y de difícil adaptación por parte de nuestras Administraciones (que, con todas sus virtudes, no son el aparato organizativo que más fácilmente se adapta a las novedades tecnológicas). No obstante, las dificultades y los esfuerzos que serán precisos, es ineludible abordar ese proceso de modernización. La contratación administrativa no puede quedar al margen de esas posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, aplicadas con todas las garantías que sean precisas, y que pueden suponer herramientas de enorme valor para agilizar los procedimientos y beneficiar las economías públicas.

CAPITULO III

**LOS PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE
ADJUDICACIÓN EN LA LEY DE CONTRATOS DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SU TEXTO
REFUNDIDO**

CAPÍTULO III: LOS PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN EN LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SU TEXTO REFUNDIDO.

3.1.- INTRODUCCIÓN. LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SU TEXTO REFUNDIDO.

3.1.1.- EL FORMALISMO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

3.1.2.- PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN.

3.2.- LA ELECCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y LAS FORMAS DE ADJUDICACIÓN.

3.3.- LA SUBASTA.

3.3.1.- EL AUTOMATISMO COMO PRINCIPAL VIRTUD.

3.3.2.- LA SUBASTA COMO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

3.3.2.1- *La calificación documental y la subsanación de defectos y errores.*

3.3.2.2.- *Desarrollo del acto público.*

3.3.2.3.- *El rechazo de las proposiciones por razones formales.*

3.3.2.4.- *La propuesta de adjudicación.*

3.3.2.5.- *Las bajas temerarias.*

3.3.2.6.- *Los grupos de empresas.*

3.3.2.7.- *Cuestiones diversas: propuesta de adjudicación, reclamaciones contra la actuación de la Mesa, sorteo y plazo para adjudicar.*

3.4.- EL CONCURSO.

3.4.1.- LOS CRITERIOS SELECTIVOS.

3.4.1.1.- *Concepto y reglas formales.*

3.4.1.2.- *El precio como criterio en el concurso. Las condiciones económicas pactadas en convenios colectivos.*

3.4.1.3.- *Otros criterios selectivos.*

3.4.1.4.- *La experiencia como criterio selectivo.*

3.4.2.- LAS OFERTAS DESPROPORCIONADAS O TEMERARIAS.

3.4.3.- PROCEDIMIENTO.

3.4.3.1.- *Los informes de valoración.*

3.4.4.- DISCRECIONALIDAD, MOTIVACIÓN Y CONTROL JURISDICCIONAL DEL CONCURSO.

3.5.- EL PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO.

3.6.- EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO.

3.6.1.- CONCEPTO Y PROCEDIMIENTO.

3.6.2.- SUPUESTOS EN QUE PUEDE UTILIZARSE EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO.

3.6.2.1.- *Procedimiento negociado y publicidad comunitaria.*

3.6.2.2.1.- Aspectos comunes a los supuestos de procedimiento negociado con publicidad comunitaria.

3.6.2.2.- *Procedimiento negociado sin publicidad.*

3.6.2.2.1.- Supuestos para el contrato de obras.

3.6.2.2.2.- Supuestos para el contrato de gestión de servicios públicos.

3.6.2.2.3.- Supuestos para el contrato de suministro.

3.6.2.2.4.- Supuestos para los contratos de consultoría y asistencia y para los de servicios.

3.6.2.3.- *El procedimiento negociado en los contratos privados, administrativos especiales y administrativos mixtos.*

3.7.- PREFERENCIA PARA LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS A FAVOR
DE DETERMINADAS EMPRESAS.

3.8.- EL CONTRATO MENOR.

3.9.- REFLEXIONES FINALES DE ESTE CAPÍTULO.

3.1.- INTRODUCCIÓN. LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SU TEXTO REFUNDIDO.

En el presente Capítulo vamos a tratar sobre el sistema de adjudicación de los contratos administrativos que precede inmediatamente al vigente. En el título nos hemos referido a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) de 1995¹⁶⁷ y también al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) de 2000¹⁶⁸. Las variaciones entre una norma y la otra son inapreciables en la mayoría de las ocasiones¹⁶⁹

¹⁶⁷ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE de 19 de mayo de 1995). Pueden encontrarse numerosos comentarios sobre la aprobación de aquella Ley, sobre sus objetivos y detalles. Con especial claridad analizó el previo Proyecto de Ley SANTÍAS VIADA, J.A.: “La reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, dentro de las *Jornadas sobre Contratación Pública* organizadas por la Universidad de Valladolid en 1993. Ed. Marcial Pons-Cámara de Contratistas de Castilla y León. Madrid, 1996. Págs. 37 y ss.

¹⁶⁸ Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE 21 de junio de 2000).

¹⁶⁹ La aprobación del TRLCAP respondía al cumplimiento del mandato dictado por la Disposición final 2ª de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre (que a su vez había modificado, como veremos, a la LCAP de 1995). Ese mandato al Gobierno le fijaba el plazo de seis meses para elaborar un texto refundido con facultades de regularización, aclaración y armonización. De ese modo, el Gobierno aprobó el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este nuevo texto legal incorporó las modificaciones que la LCAP había sufrido por sucesivas leyes (algunas de las cuales citaremos a continuación). Incorporó también una serie de especificaciones de cara a la introducción del euro, modificando las cuantías derivadas de la aplicación de las

directivas comunitarias. Y, en cuanto a la armonización, regularización y aclaración, el TRLCAP efectuó estas operaciones:

- Art. 12.4.d), relativo a la exclusión de la posible constitución de Junta de Contratación en los casos de adquisición centralizada de suministros.
- Art. 15.2), permitiendo la acreditación de la capacidad de obrar de empresarios extranjeros no comunitarios mediante informe de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique en domicilio de la empresa.
- Art. 21.3), recuperando la expresión *en caso de condena por sentencia firme* para los procedimientos de declaración y efectos de la prohibición de contratar (expresión que había sido suprimida por la Ley 9/96).
- Art. 23.1), sustituyendo la expresión *representación diplomática española*, por la de *Misión Diplomática española*.
- Art. 25.1), reordenando y clarificando los supuestos en que se excluía el límite de los 20 millones para la clasificación de ciertos contratos de servicios.
- Art. 25.5) excluyendo la clasificación previa con relación a la referencia a la solvencia económica, financiera y técnica que había introducido la Ley 66/97, y efectuando una remisión completa a los artículos 16 a 19 de la Ley.
- Arts. 33.3.b) y 4.b), modificando algunos motivos de suspensión de clasificaciones.
- Art. 39.b), suprimiendo una expresión final que había introducido la Ley 53/99 y que con relación a las excepciones para las garantías en los contratos de suministro, incidía en los contratos de arrendamiento financiero y con opción de compra siempre que fueran unidos al mantenimiento de los bienes objeto del contrato.
- Art. 95.3), aumentando la proporción en las penalidades diarias sobre el precio del contrato por demora, que pasó de 1/5.000 a 20/100.000.
- Art. 112, estableciendo el supuesto de resolución contractual cuando las penalidades por demora alcanzan un múltiplo de 5 % (hasta ese momento estaba fijado en el 20 %).

Además, el TRLCAP derogó todas las normas que habían modificado a la LCAP hasta ese momento, y posiblemente la operación más importante del Texto Refundido consistió en incorporar la más relevante (como veremos) de esas modificaciones previas: la operada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre. Por lo demás, y como se ha dicho, el TRLCAP se limitó a agrupar la normativa dispersa y ha realizado una serie de ajustes técnicos, utilizando muy limitadamente aquellas facultades de armonización, regularización y aclaración (CEBALLOS REVILLA, H.: "Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto

y por eso es mejor su tratamiento conjunto teniendo en cuenta que el propósito central de nuestro trabajo es poner al descubierto la evolución de los procedimientos administrativos de adjudicación de los contratos administrativos y de la utilización de los mismos por parte de la Administración. Por ello, en muchas ocasiones nos referiremos a esa regulación que ha estado vigente hasta hace poco tiempo como el sistema de la LCAP, o del TRLCAP. En cualquier caso, queremos dejar claro que vamos a dedicar bastantes páginas a ese sistema por dos razones: la primera, porque ha estado vigente hasta fechas recientes; y la segunda, porque conviene detallar muy bien cuál era ese sistema para en el siguiente Capítulo poner mejor de relieve cuáles son las diferencias (y por lo tanto la evolución) apreciables en el vigente sistema, el de la Ley de Contratos del Sector Público.

La LCAP debía cumplir una serie de objetivos declarados en su Exposición de Motivos. Desde luego, uno de ellos va a estar siempre presente desde 1986, y no es otro que la incorporación del derecho comunitario sobre la materia. Pero también se pretendía agilizar el procedimiento contractual, y dicha Exposición relataba cómo algunas de sus medidas en esa dirección la imposibilidad de declarar desierta la subasta con bajas temerarias cuando existieran postores en los que no concurriera esa circunstancia; la posibilidad de adjudicar el contrato al licitador o licitadores siguientes al adjudicatario, por orden de ofertas, en los supuestos de resolución por falta de formalización del contrato o de incumplimiento del mismo por parte del contratista; la contratación por procedimiento negociado en prestaciones accesorias o complementarias del contrato principal; o la potenciación de los contratos menores.

Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 17. Año 2000, págs. 2834 y 2835).

También hay que dejar constancia inicialmente de que en este período se sucedieron diversas (o más bien numerosas) reformas de la LCAP de 1995¹⁷⁰, la más importante de las cuales fue realizada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre¹⁷¹. Ésta declaró en su Exposición de motivos la intención de incidir especialmente en los procedimientos de adjudicación. Por un lado, introduciendo una serie de disposiciones que tenían por objeto incrementar la concurrencia y aumentar la transparencia y objetividad en aquéllos; por otro, simplificándolos en lo posible con respecto a los principios básicos de la contratación pública.

3.1.1.- EL FORMALISMO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

Pues bien, los procedimientos y formas de adjudicación son los cauces a través de los que la Administración adjudica sus contratos. La Administración, sometida a reglas distintas que las que rigen en el tráfico entre particulares, en el tráfico privado, no puede adjudicar

¹⁷⁰ Normalmente introducidas a modo de parches parciales por normas cuyo objeto principal nada tenía que ver muchas veces con la contratación pública: Ley 9/1996, de 15 de enero, de medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos a causa de la persistencia de la sequía; Ley 11/1996, de 27 de diciembre, de Medidas de disciplina presupuestaria; Ley 13/1996, de 30 de diciembre, Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social...

¹⁷¹ La recopilación y comentario de las modificaciones introducidas en la LCAP por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, puede encontrarse, por ejemplo, en: POZO VILCHES, J.: "La reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". *Actualidad Administrativa*, núm. 36. Año 2000; BALADO, M.: "Notas sobre la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas". *Revista de Estudios Locales*, núm. 36. Marzo de 2000; SANTÍAS 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. Año 2001.

sus contratos de cualquier forma, sino que ha de hacerlo siguiendo un procedimiento legal y reglamentariamente detallado.

Como hemos visto en los Capítulos precedentes, desde el siglo XIX las normas han ido configurando la adjudicación de los contratos de la Administración como una materia muy reglada. Los procedimientos de adjudicación de los contratos son, por ello, muy formalistas (con excepción del procedimiento negociado, como veremos), en tanto que las formalidades en el procedimiento administrativo pretenden ser la garantía de unos principios determinados. En este sentido ya pudimos ver cómo en el mismo origen de la normativa española sobre contratación administrativa (a partir del Real Decreto de 27 de febrero de 1852) estaba el propósito de garantizar por un lado la evitación de fraudes, y la inversión del dinero público. Estas ideas están plenamente asumidas en la actualidad, y los propios tribunales de justicia lo han expresado en múltiples ocasiones; por ejemplo, en sentencias como la del Tribunal Supremo de 22-9-88, o la del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 117/2001, de 19 de febrero, que lo expresó con gran claridad: *“las normas sobre adjudicación de los contratos tienen un sentido especialmente garantista, por cuanto pretenden facilitar la plenitud de los principios de publicidad y concurrencia, de modo que se asegure la igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación pública, y a diferencia de otras disposiciones, como las que regulan las facultades de dirección y de interpretación de los contratos, las relativas a formas de adjudicación no aportan prerrogativas o privilegios a la Administración, sino que por el contrario suponen importantes restricciones al limitar, por las referidas razones de garantías señaladas antes, el haz de facultades en manos de aquélla”*. Es decir, podemos ver que en nuestros días los procedimientos y formas de contratación siguen respondiendo a las clásicas ideas que cristalizaron en el siglo diecinueve, especialmente la de limitar la libertad de la Administración para adjudicar sus contratos; es decir,

evitar corruptelas. Este propósito, que vimos que estuvo en la raíz del Decreto de Bravo Murillo¹⁷², sigue estando muy de actualidad y pesó mucho en la elaboración de la LCAP de 1995.

Podemos considerar, por lo tanto, que el formalismo de la contratación administrativa responde en parte al recelo de la sociedad y el legislador hacia la Administración. Lo expresaba claramente la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 11-2-76 (sala de lo contencioso): *"a diferencia de los contratos civiles, que salvo algunas excepciones tienen fundamentalmente un carácter consensual y espiritualista, los contratos administrativos son esencialmente formalistas, principalmente como garantía de que el interés público es debidamente respetado, pero quizá también como reminiscencia de la tradicional desconfianza de la Administración para con los administradores, exigiendo para su formalización unos módulos concretos (subasta, concurso, concurso-subasta y concierto directo), previo el rígido cumplimiento de todos los formalismos establecidos para cada caso, cuya infracción será determinante de la nulidad absoluta cuando se refiera a formalidades de necesario cumplimiento, que al ser de orden público puede y debe ser declarada de oficio por la propia Administración y, en su defecto, por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-administrativa"*.

Prueba también de ese espíritu es el hecho de que en esta fase de selección del contratista lo que se otorga a la Administración no son privilegios ni prerrogativas, sino formalidades y limitaciones; en esta fase las garantías se ofrecen a los empresarios (igualdad de oportunidades, promoción de la concurrencia competitiva, transparencia en las actuaciones administrativas, secreto de las

¹⁷² Cuando se consideró la necesidad de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos y de garantizar la Administración contra los tiros de la maledicencia...

proposiciones, la motivación o la posibilidad de impugnación de actos administrativos, son muestras de lo que decimos). Por el contrario, una vez adjudicado el contrato, aunque el empresario, ya contratista, no queda desamparado, la ley otorga una serie de prerrogativas importantísimas de las que puede (y debe) hacer uso la Administración para asegurar el correcto cumplimiento de la prestación y la satisfacción del interés público subyacente en todo contrato administrativo. Esta idea es expresada por el Tribunal Supremo en sentencias como la de 9-7-01 (RJ 2001\6904), al decir que *“es evidente que las prerrogativas de interpretación, modificación y resolución...vienen referidas a los contratos administrativos ya perfeccionados, perfeccionamiento que en consolidada jurisprudencia se produce en el momento de la adjudicación definitiva del contrato..., no siendo de aplicación a las incidencias que puedan surgir durante las actuaciones preparatorias del contrato, que tienen lugar con carácter previo a su adjudicación y consiguiente perfeccionamiento”*.

Una visión a distancia nos permite ver que el procedimiento de contratación está articulado en dos etapas: una primera en la que la Administración desarrolla una serie de actuaciones de carácter interno y preparatorias del expediente de contratación. Como veremos, es justamente en el trámite de aprobación del expediente cuando se concretan el procedimiento y forma de adjudicación a seguir, de forma que se desarrollará a partir de ese momento una segunda etapa en la que se inician las actuaciones en las que participan los terceros (en este caso los empresarios interesados en la ejecución del contrato).

Ya hemos adelantado que durante más de doce años la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP) y el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de

junio (B.O.E. de 21 de junio de 2000 y corrección de errores en B.O.E. de 21 de septiembre de 2000), en adelante TRLCAP, han sido las normas principales en cuanto a procedimientos y formas de adjudicación; la distinción entre procedimientos y formas fue acogida también por estos textos legales.

3.1.2.- PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN.

La LCAP distinguía entre procedimientos y formas de contratación, y el mantenimiento de esa distinción había sido aconsejado incluso por el Consejo de Estado con relación al Anteproyecto de aquella Ley¹⁷³.

No es que resultara fácil apreciar la distinción, y por eso tampoco han incidido mucho en ella los autores¹⁷⁴. Esencialmente podemos considerar que la diversidad de procedimientos responde a la posibilidad, más o menos amplia, de concurrencia de empresarios para participar en el procedimiento administrativo de adjudicación del contrato. Ramón DE BENITO los describe como "*los cauces o procesos establecidos para dar publicidad a la voluntad de la Administración para celebrar el contrato y para promover la concurrencia entre empresarios interesados en la contratación*"¹⁷⁵, y BALLESTEROS como "*el sistema aplicado por la Administración respecto de la selección de candidatos que pueden presentar ofertas*"¹⁷⁶.

¹⁷³ Dictamen núm. 1270/93, Recopilación de Doctrina Legal. Año 1993, pág. 398.

¹⁷⁴ Así RAZQUÍN LIZÁRRAGA escribía que la LCAP *parece* diferenciar entre procedimientos y formas de adjudicación. RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M.: *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996. Pág. 142.

¹⁷⁵ DE BENITO ZALDO, R.: "La adjudicación del contrato administrativo en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". *Actualidad Administrativa* nº 11, marzo de 1997. Pág. 174.

¹⁷⁶ BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A.: "La aplicación de la LCAP por los Entes locales". *El Consultor* núm. 17, septiembre de 1995. Pág. 2352.

El art. 73.1 TRLCAP ofrecía tres procedimientos (que ya conocemos) de adjudicación de contratos administrativos: *“La adjudicación de los contratos podrá llevarse a cabo por procedimiento abierto, restringido o negociado”*.

Por otra parte, las formas de adjudicación son los tipos de expedientes a seguir, o podríamos decir incluso que son el modelo de expediente administrativo que la Administración debe utilizar para llegar hasta la adjudicación del contrato. También DE BENITO y BALLESTEROS han definido las formas de contratación: el primero de ellos como *“los sistemas que se establecen para elegir al adjudicatario de entre los titulares de las ofertas presentadas a través de los procedimientos”*¹⁷⁷, y el segundo de los autores citados se refiere a la forma de contratación como *“el sistema que emplea el órgano de contratación para seleccionar, de entre las ofertas recibidas, la más ventajosa, adjudicándole el contrato”*¹⁷⁸. Aunque nosotros queremos destacar la definición de SÁNCHEZ MORÓN y GARCÍA TORRES, pues ponen el acento en el aspecto distintivo de las dos formas de contratación; para ellos *“las formas de adjudicación son en realidad dos configuraciones posibles del procedimiento abierto y del restringido basadas en la diferencia de criterio de adjudicación”*¹⁷⁹. Así, la subasta efectúa la adjudicación a favor de la oferta más económica sin incurrir en temeridad, y el concurso, la adjudicación a favor de la proposición más ventajosa en su conjunto. El art. 74.1 TRLCAP concretaba que *“tanto en el procedimiento*

¹⁷⁷ DE BENITO ZALDO, R.: “La adjudicación del contrato administrativo en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. *Actualidad Administrativa*, núm. 11, marzo de 1997. Pág. 174.

¹⁷⁸ BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A.: *La aplicación de la LCAP...* Op. cit., pág.2352.

¹⁷⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M. y GARCÍA TORRES, J.: “Actuaciones preparatorias, tramitación del expediente de contratación y adjudicación de los contratos”, dentro de *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Director, Rafael Gómez-Ferrer Morant. Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1996. Pág. 375.

abierto como en el restringido la adjudicación podrá efectuarse por subasta o por concurso". Del tenor literal de este precepto nosotros entendemos que el procedimiento de adjudicación es algo más amplio que la forma, pues generalmente aquél engloba a una de éstas.

De lo dicho hasta ahora podemos resumir, pues, que la distinción entre los distintos procedimientos de adjudicación radica en las posibilidades de participación que los mismos ofrecen a los empresarios. Así, es en el procedimiento abierto donde tales posibilidades de participación son mayores, porque cualquier persona interesada que cumpla con los requisitos de capacidad exigidos por la normativa sobre contratación administrativa puede presentar una proposición. Ello está expresado por el art. 73.2 TRLCAP al decir que *en "el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición"*. Se puede decir que el procedimiento abierto es el más básico o sencillo; en palabras ya escritas, *"el procedimiento abierto es un procedimiento sencillo, lineal, compuesto de una sola fase, durante la cual, partiéndose de la publicación del anuncio del contrato en el periódico oficial que corresponda, cualquier empresario interesado en la contratación puede presentar oferta en el plazo que se establezca"*¹⁸⁰.

Siguiendo un orden decreciente, el procedimiento restringido permite menor concurrencia que el abierto, pues en virtud del art. 74.3 TRLCAP, en el mismo *"sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos"*. En este caso, por tanto, la Administración efectúa una previa selección de los contratistas que van a participar en la licitación, descarta previamente a una serie de ellos porque de un primer estudio de su

¹⁸⁰ DE BENITO ZALDO, R.: *La adjudicación del contrato administrativo...* Op. cit., pág. 177.

documentación la Administración considera que no son de interés para la ejecución del contrato que se pretende.

Y en último término en cuanto a las oportunidades de participación, se encuentra el procedimiento negociado. Se trata en este caso, como veremos con detalle, de un procedimiento excepcional, y en el mismo se restringen al máximo las posibilidades de participación a los empresarios. Aquí la participación es mínima, y previa invitación de la Administración a los empresarios que van a participar. Según el art. 74.4 TRLCAP, "*en el procedimiento negociado el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios*".

Un último aspecto queremos reseñar acerca de los conceptos de procedimiento y forma de adjudicación; hemos apuntado anteriormente que el procedimiento de adjudicación es un concepto más amplio que la forma, puesto que aquél suele englobar a una de éstas. Hemos expuesto que el procedimiento sólo alude a las posibilidades más o menos amplias de participación de los empresarios interesados. Mas, por si solo, la regulación del procedimiento no es suficiente para llegar a la adjudicación del contrato (excepción hecha del procedimiento negociado, como tendremos ocasión de ver). Por eso establece la Ley, en su art. 75.1, que "*tanto en el procedimiento abierto como en el restringido la adjudicación podrá efectuarse por subasta o por concurso*". En cambio, las formas de adjudicación (y también el procedimiento negociado, como hemos anticipado) sí disponen de una regulación detallada del expediente que la Administración ha de desarrollar para adjudicar los contratos.

3.2.- LA ELECCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y LAS FORMAS DE ADJUDICACIÓN.

A continuación es oportuno que nos preguntemos por el régimen de utilización de unos u otros procedimientos y formas de adjudicación. Este ha sido desde el principio uno de los objetivos de este trabajo: analizar cuáles son las posibilidades de optar por unos u otros sistemas que tiene la Administración.

De este modo, la pregunta básica o inicial sería la de si podemos utilizar cualquiera de las formas o procedimientos de adjudicación previstos en la Ley. El TRLCAP fue una norma que continuó la antigua tradición de desconfianza hacia las personas que trabajan en la Administración¹⁸¹. De hecho, ha sido común la consideración de que el legislador español trató de que la LCAP de 1995 fuese un instrumento válido contra la corrupción frente a la que la sociedad española tenía una especial sensibilidad en aquel tiempo. Es decir: como es natural, sigue siendo una constante en la normativa sobre contratos públicos el articular unos procedimientos administrativos que eviten la arbitrariedad en la inversión de fondos públicos. Cuestión distinta es que la Ley de Contratos resultara un instrumento eficaz de lucha contra la corrupción. Por lo tanto, en la Ley se regularon una serie de procedimientos, muy reglados, para tratar de garantizar, en la mayor medida posible, principios como los de publicidad, concurrencia de empresas a los contratos públicos, y transparencia en la gestión de fondos de la Administración.

En consonancia con lo expuesto en el anterior párrafo, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas primó la utilización de procedimientos abiertos; su artículo 75 establecía que "*los órganos de*

¹⁸¹ Recordemos cómo esa desconfianza se plasmaba ya en la letra de la Exposición de motivos del Real Decreto de 27 de febrero de 1852.

contratación utilizarán normalmente la subasta y el concurso como formas de adjudicación. El procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato". Es oportuno aquí que recordemos cómo esta preferencia por los procedimientos abiertos también concuerda perfectamente con las previsiones de las Directivas comunitarias (que perseguían, recordemos, la mayor concurrencia y competitividad posible en la adjudicación de los contratos públicos).

Aunque tendremos ocasión de analizar la cuestión más detalladamente, en la redacción de las leyes de 1995 y 2000 también se apreciaba el recelo hacia la utilización del procedimiento negociado, y la pretensión de que su utilización tuviera un carácter restrictivo.

Otro presupuesto de partida en cuanto a las pautas de elección de los procedimientos nos la ofrecía el art. 75.2 TRLCAP, al establecer que *"en todo caso, deberá justificarse en el expediente la elección del procedimiento y forma utilizados"*. No obstante la dicción literal del precepto, nosotros entendemos que la justificación no era precisa en *todo caso*, sino únicamente cuando el procedimiento elegido fuera restrictivo de la publicidad y concurrencia. Como en cualquier otra materia, sería precisa la justificación de la excepción, pero no la de la regla general; esto es, no tendría sentido exigir que el órgano de contratación justifique la celebración de una subasta por procedimiento abierto. Esta consideración está, además, en consonancia con las declaraciones originarias de las Directivas comunitarias sobre contratación administrativa cuando expresaban que *"el procedimiento abierto favorece al máximo el establecimiento de iguales condiciones de participación en la contratación pública en todos los Estados miembros; que conviene adoptar dicho procedimiento como norma exigiéndose una justificación, así como la*

confección de las correspondientes actas, para poder recurrir a los demás procedimientos”.

Hasta ahora tenemos, pues, que considerar la preferencia por los procedimientos abiertos, la utilización normal de la subasta y el concurso, y la obligación de justificar la elección de procedimientos que sean restrictivos de la publicidad y concurrencia. Además de estas dos pautas hay que tener también en cuenta algunas prescripciones según los tipos de contratos que desmitifican notablemente la extendida idea de que la forma ordinaria, común o más frecuente de adjudicación es la subasta¹⁸². Así, en el contrato de suministro se consideraba por las leyes que ahora estudiamos que la forma ordinaria de adjudicación era el concurso, quedando la subasta relegada para su utilización únicamente *“en aquellas adquisiciones de escasa cuantía en las que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados y no ser posible variar los plazos de entrega, ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, quedando por consiguiente el precio como único factor determinante de la adjudicación”* (art. 180.1 TRLCAP). *“En los demás casos, el contrato de suministro se adjudicará por concurso, salvo que, a tenor de lo dispuesto en los artículos siguientes, pueda utilizarse el procedimiento negociado”* (art. 180.2 TRLCAP).

La misma regla sirvió para la adjudicación de los contratos de consultoría y asistencia y para los de servicios, puesto que el art. 208.3 TRLCAP afirmaba que *“el concurso será la forma normal de adjudicación de estos contratos”*, mientras que el mismo artículo

¹⁸² Parece compartir esta idea (que ya expusimos en nuestra monografía *Procedimientos y formas de adjudicación de los contratos administrativos*. CEMCI, Granada, 2003. El presente trabajo incorpora diversas referencias a dicha obra) SANTÍAS VIADA, J.A.: “La adjudicación de los contratos. Procedimientos, formas y criterios de adjudicación”, dentro de *Derecho de los contratos públicos*. Ed. Praxis. Barcelona, 1995. Pág. 509.

establecía que *"la subasta como forma de adjudicación sólo podrá utilizarse en contratos de escasa cuantía en los que su objeto esté perfectamente definido técnicamente y no sea posible introducir modificaciones de ninguna clase en el mismo, quedando el precio como único factor determinante de la adjudicación"*.

Y respecto al contrato de gestión de servicios públicos, el art. 159.1 TRLCAP disponía que *"los contratos de gestión de servicios públicos ordinariamente se adjudicarán por procedimiento abierto o restringido, mediante concurso"*; para este contrato ni siquiera se contempla la posibilidad de utilización de la subasta como forma de adjudicación.

Es decir, y recapitulando, en el sistema de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas los procedimientos "preferidos" por la Ley eran los que permitían mayor concurrencia de empresarios frente a los que la restringían; es decir, por orden decreciente de preferencia: procedimiento abierto, restringido, y negociado. Y en cuanto a las formas, aunque tanto la subasta como el concurso eran consideradas de utilización normal, era preciso atender a la regulación de cada uno de los contratos típicos, pues así comprobaremos que en la mayoría de ellos, la forma ordinaria de adjudicación era el concurso. Dicho en otras palabras, siendo la subasta y el concurso las formas normales de adjudicación, la regulación de cada uno de los contratos típicos determinaba cuál de ambas es la forma "más normal", común, usual u ordinaria en esa clase de contrato.

Vimos en su momento que la LCE de 1965 y el RGCE establecían que los órganos de contratación utilizarían normalmente la subasta como forma de adjudicación (en realidad, y como hemos comprobado reiteradamente en este trabajo, la subasta había sido tradicionalmente la forma general de adjudicación de los contratos

administrativos en España. Por ello escribió GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁸³ que *“la selección de contratistas ha estado presidida desde el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 hasta la promulgación de la LCE por el principio de subasta necesaria por entender que este procedimiento, dominado por un automatismo absoluto (adjudicación necesaria al mejor postor), garantizaba mejor que ningún otro las finalidades perseguidas por la licitación al eliminar toda discrecionalidad de la Administración y asegurar a ésta el mejor precio posible. La complejidad creciente de la contratación administrativa y el acelerado proceso de tecnificación que exige una atención cada vez mayor sobre los problemas de este tipo fueron relegando el procedimiento de subasta...”*

En el sistema de la LCAP, subasta y concurso se nos presentan inicialmente en un plano de igualdad (pero tengamos en cuenta, como hemos dicho, las prescripciones legales concretas para cada uno de los contratos típicos), de manera que el único factor orientativo que la Ley proporciona para la elección de la subasta o el concurso es el hecho de que *la selección del empresario no se efectúe exclusivamente en atención a la oferta cuyo precio sea más bajo* (art. 85 TRLCAP). Bastará que el órgano de contratación motive en el pliego que la selección no se efectúa exclusivamente en atención al precio más bajo para utilizar el concurso; a *sensu contrario*, la subasta queda relegada a aquellos supuestos en que el único aspecto que interese al órgano de contratación en la selección del contratista sea el precio. Estos supuestos, como es fácil comprender, son en la actualidad escasos. El art. 85 TRLCAP, de todos modos, expresaba cuatro casos en los que, en particular, procedía la utilización de la forma de concurso:

¹⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I”. Ed. Civitas-Revista de Occidente. Madrid, 1974. Pág. 520.

- “a) Aquéllos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores.*
- b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación aprobada por la Administración es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.*
- c) Aquéllos para la realización de los cuales facilite la Administración materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.*
- d) Aquéllos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja”.*

Quedémonos aquí, pues más adelante analizaremos con más detalle la utilización de cada una de estas formas de adjudicación de modo individualizado.

3.3.- LA SUBASTA.

A continuación pretendemos efectuar un análisis pormenorizado de los sistemas de adjudicación tal como estaban contemplados en el TRLCAP. No obstante el interés por reflejar aquella regulación, debemos recordar que la idea global de este trabajo es la de poner al descubierto cuál ha sido la evolución histórica de estas instituciones jurídicas. Por ello, trataremos de poner de manifiesto qué aportaron de nuevo las normas que preceden inmediatamente a las vigentes, y qué heredaron a su vez de las que rigieron antes.

3.3.1.- EL AUTOMATISMO COMO PRINCIPAL VIRTUD.

Ya hemos dicho que la subasta es una forma de adjudicación cuya aplicación es posible tanto dentro de un procedimiento abierto como de uno restringido. También dijimos, aunque no está de más reiterarlo en este momento, que la subasta es con toda seguridad, la forma de adjudicación que mayor garantía ofrece en el respeto a los principios de la Ley de Contratos, que como sabemos coinciden con los que defienden las Directivas comunitarias.

Como hemos visto y seguiremos comprobando, la subasta ofrece, como mínimo, dos ventajas¹⁸⁴ o virtudes: la objetividad y la obtención de un mejor precio. Desde luego, no hay ningún sistema o procedimiento perfecto que satisfaga todas nuestras expectativas burocráticas o de economía, y la práctica nos muestra que ese mejor precio de remate en las subastas produce un mayor número de incidencias en la ejecución del contrato, y seguramente, una merma de la calidad del resultado final. Sin embargo, no es éste el lugar en el que debemos ahondar en este análisis, por lo que lo dejamos sólo apuntado¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Acerca de las ventajas de la subasta, tanto de orden burocrático como económico, hay que destacar la monografía de PASQUAL I ROCABERT, J., OCAÑA PÉREZ DE TUDELA, C., ESPINOSA ALEJOS, M.P.: *Asignación de contratos públicos y subastas, con aplicación al caso español*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1998. Sólo por extraer una idea en la que los autores resumen las bondades de la subasta, en su página 83 expresaban que *en definitiva, la ventaja comparativa de una subasta sobre otros sistemas de asignación es que, bajo los supuestos de no uniformidad de los precios y calidades, constituye una solución ahorradora en lo referente a los costes de obtención de la información*.

¹⁸⁵ Un análisis de estas cuestiones puede consultarse en GANUZA FERNÁNDEZ, J.J.: "Contratos, subastas y sobrecostes en las obras públicas: un análisis teórico". *Cuadernos Económicos de I.C.E.*, núm. 57. Año 1994, págs. 77 y ss.

Eso sí, conviene que maticemos que esa mayor garantía que hemos predicado respecto a los principios que la subasta presenta en comparación con los demás procedimientos y formas viene referida sólo al modo de adoptar la decisión de la adjudicación, y no a los momentos de la publicidad y la concurrencia. Decimos esto porque la publicidad y participación siguen el mismo régimen en el concurso, o incluso, en el procedimiento negociado con publicidad. Sin embargo, en la toma de la decisión para adjudicar, las mayores garantías las ofrece la subasta porque la mayoría de sus adjudicaciones se producen de manera automática, por aplicación de las normas que para la misma establecían el TRLCAP y su Reglamento. La jurisprudencia ha respaldado este automatismo al considerar que no cabe el rechazo de la adjudicación a favor de la única empresa que presentó oferta a la subasta y que cumplía los requisitos de los pliegos y cuya proposición se ajustaba al tipo de licitación (SSTS 6-2-89, RJ 1989\813; 12-7-89, RJ 1989\5751; y 3-5-99, RJ 1999\4298)¹⁸⁶.

Puede decirse que en la subasta casi no hay resquicio para la discrecionalidad. Casi, porque ya veremos cómo hay cierto margen para ella en el incidente de apreciación de la temeridad. Pero salvando esa posibilidad, y teniendo en cuenta que ese incidente no aparece en todas las licitaciones, es justo afirmar que la discrecionalidad es mínima en la subasta. En ella predomina el automatismo, pues la adjudicación del contrato tiene lugar tras la simple constatación de la cuantía de una oferta económica y sus competidoras. Ese automatismo al que vimos que se refirió GARCÍA DE

¹⁸⁶ La STS de 9-7-01 (RJ 2001\6904) admitió el rechazo de una proposición única sólo porque en aquel caso se trataba de una subasta con trámite de admisión previa; el Tribunal sostuvo que *no existía derecho alguno de la empresa licitante a la adjudicación del contrato, aun siendo la única ofertante, al tratarse no de una subasta pura, sino de una subasta con trámite de admisión previa, que podría haber concluido en el rechazo de aquella oferta y consiguiente declaración de desierto del contrato.*

ENTERRÍA es la virtud que desde sus orígenes hizo de la subasta el sistema de adjudicación preferente; ya vimos, aunque merece la pena recordarlo ahora, que la Exposición de Motivos del Real Decreto de Bravo Murillo basaba la aplicación de la subasta en la necesidad de *"establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos y de garantizar la Administración contra los tiros de la maledicencia"*.

Y evidentemente, aún en el sistema de la LCAP se mantuvo el mismo esquema; es decir, el sistema prefiere la subasta porque ofrece mayor garantía de objetividad gracias a su automatismo en la adjudicación. En ocasiones podemos apreciar que a pesar de que la Ley consideraba que son formas igualmente normales el concurso y la subasta, subsistía una cierta predilección por ésta frente a aquella, de modo que el recelo entre los operadores jurídicos existía no sólo con relación al procedimiento negociado, sino también, aunque en mucha menor medida, frente al concurso. Como muestra, la STSJ de Asturias de 19 de febrero de 2001 (JUR 2001\117532): *"toda tendencia de las Administraciones Públicas a emplear formas de adjudicación distintas de la subasta, como son el concurso o la contratación directa, supone una especie de huida interna de evitar la forma más garantista, cuando esa huida se hace fuera de los casos previstos legalmente"*.

En su definición, la subasta no ha experimentado evolución en los últimos años y el art. 74.2 TRLCAP expresaba que *"la subasta versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo"*. Es decir, debía utilizarse la subasta cuando al órgano de contratación sólo le interesara seleccionar al empresario que ofreciese ejecutar el contrato al precio más bajo posible, lo que repercutiría inmediatamente en la economía de la Administración.

La utilización de la subasta presupone, desde luego, que la Administración ya cuenta con un proyecto completamente definido y que no contempla siquiera la posibilidad de recibir sugerencias de alternativas a ese proyecto. Siendo así es posible establecer la comparativa entre un único factor: el precio ofertado por los distintos licitadores.

La adjudicación automática a favor de la oferta más baja encuentra un límite que más adelante analizaremos, y es aquel supuesto en que *“el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias”* (art. 83.2.b) TRLCAP). Ahora queremos formular algunas reflexiones sobre las virtudes del precio más bajo en la subasta. Como dijimos, desde sus orígenes se consideró que el automatismo que propiciaba la elección del precio más bajo era un aspecto muy saludable (y ciertamente lo es), y también una reflexión inicial nos dice que contratar a precio bajo beneficia la economía de la Administración. Durante una época se consideró incluso que la subasta lograba que el contrato fuese finalmente celebrado al precio más adecuado. Recordemos nuevamente cómo el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 exponía que *“la Administración, al celebrar contratos, no debe proponerse una sórdida ganancia, abusando de las pasiones de los particulares, sino averiguar el precio de las cosas y pagar por ellas lo que sea justo...De este modo, ignorando los licitadores la extensión de las propuestas de sus coopositores, calcularán tranquilamente lo que puedan ofrecer, y ofrecerán cuanto puedan, por el temor de que otros hagan lo mismo, y por medio de este regulador la Administración celebrará contratos dentro de los límites que la equidad y la justicia prescriben”*. Al menos en nuestros días, todas estas ventajas son cuando menos discutibles, o dicho de otro modo, no son ventajas en términos absolutos. Para empezar, porque hay que presumir que los proyectos de la Administración están bien elaborados (deben venir precedidos de

un serio estudio presupuestario por parte de un técnico en la materia), y contemplan unos precios de mercado (en la práctica se acusa frecuentemente a estos proyectos de contener precios manifiestamente inferiores a los del mercado). Por ello, aunque los proyectos contemplan también un beneficio industrial (cuantificado generalmente en un seis por ciento), muy frecuentemente los porcentajes de baja que ofrecen los licitadores superan con mucho el beneficio industrial previsto. Eso hace temer que la ejecución del contrato se resienta en aspectos como la calidad o el cumplimiento de plazos. Es decir, si bien es indiscutible que la subasta garantiza mejor que ningún otro sistema la transparencia y la objetividad en la adjudicación, es cuestionable que el precio del contrato sea razonable¹⁸⁷. Así lo entiende también DE BENITO, para quien *“la subasta presenta las innegables ventajas derivadas de su mayor virtud depuradora de los precios, hasta llegar al precio real o precio justo, y de su carácter absolutamente automático y objetivo, que la hace inmune a cualquier sospecha de corrupción. Al tiempo que, por otra parte, ofrece los inconvenientes de no prestar la debida atención a las condiciones técnicas de las ofertas y a las características personales de los licitadores, al menos en su forma pura; pudiendo dar lugar, también, debido a su automatismo, a la adjudicación a favor de proposiciones que, por ser excesivamente económicas, no garanticen racionalmente un correcto cumplimiento”*¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Por ejemplo, podemos recordar que el Tribunal de Cuentas en sus informes sobre los Sectores Autonómico y Local de 1996 y 1997, y sobre el Sector Público Estatal de 1998, aconsejaba la utilización preferente de la subasta porque en ella las bajas son mayores que en los concursos

¹⁸⁸ DE BENITO ZALDO, R.: *La adjudicación del contrato administrativo...* Op. cit., pág. 178. Para él, estos inconvenientes pueden paliarse con la exigencia de adecuados requisitos de clasificación y con el mecanismo de las bajas temerarias. Nosotros consideramos que en la práctica, ambos son paliativos poco eficaces o insuficientes.

3.3.2.- LA SUBASTA COMO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

El título de este epígrafe pretende impedir que olvidemos la idea básica de que los procedimientos y formas de adjudicación son procedimientos administrativos. Con una regulación específica, pero procedimientos administrativos que se someten supletoriamente a la ley de procedimiento administrativo común (en nuestros días, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Pues bien, partiendo de esa premisa, si bien es cierto que el procedimiento administrativo de la subasta no comienza con las actuaciones de la Mesa de contratación (pues previamente ha habido una serie de importantísimas actuaciones administrativas de carácter interno y también externo: aprobación de pliegos, de expediente, publicidad, etc.), nosotros hemos acotado el objeto de nuestro estudio en aquella parte del procedimiento más cercana, o más inmediata, a la adjudicación del contrato. Podemos considerar que esa parte del procedimiento que a nosotros más nos interesa se inicia a partir del momento en que la Administración tiene ya en su poder las distintas proposiciones presentadas por los empresarios. No obstante, haremos referencia también a la publicidad, porque es un elemento clave en la configuración de unos u otros procedimientos.

Hecha la acotación descrita en el párrafo anterior, el art. 82.1 TRLCAP establecía que *"en las subastas, la Mesa de contratación calificará previamente los documentos presentados en tiempo y forma y procederá, en acto público, a la apertura de las ofertas admitidas y a la propuesta al órgano de contratación de la adjudicación del contrato al postor que oferte el precio más bajo"*. Podemos ver en estas líneas que se mantiene como esencia de la subasta la adjudicación del contrato al postor que oferte el precio más bajo, si bien hemos de anticipar que por ahora esa adjudicación

sólo tiene el alcance de una propuesta que traslada la Mesa al órgano de contratación. Como podemos suponer, la trascendencia de la propuesta es limitada, y el apartado siguiente (art. 82.2 TRLCAP), continuando también una ya clásica prevención en nuestro derecho, se ocupa de advertir que *“la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del empresario propuesto, frente a la Administración, mientras no se le haya adjudicado el contrato por acuerdo del órgano de contratación”*¹⁸⁹. No olvidemos, pues, este esquema: la Mesa de contratación no adjudica el contrato en ningún caso, sino que sólo propone al órgano de contratación, que sí es quien adjudica.

Es decir, aunque expresado en otros términos, la Ley nos decía que la propuesta de la Mesa de contratación no es vinculante para el órgano de contratación¹⁹⁰.

3.3.2.1- La calificación documental y la subsanación de defectos y errores.

A los efectos de la calificación documental que mencionaba el art. 82 TRLCAP, el art. 81 de su Reglamento dispone que *“previa la constitución de la Mesa de contratación, el Presidente ordenará la apertura de los sobres que contengan la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley, y el Secretario certificará la relación de documentos que figuren en cada uno de ellos.*

¹⁸⁹ MACERA TIRAGALLO, B.: “De nuevo sobre la *quaestio disputata* de la naturaleza de los contratos públicos en el Derecho español (breve repaso a la tesis de su naturaleza unilateral en el momento constitutivo)”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 47, año 2002.

¹⁹⁰ Aunque la Ley no califica en ningún momento la propuesta de la Mesa como un informe o dictamen, podemos decir, haciendo un símil con las previsiones que para éstos hace la LPAC, que la propuesta es preceptiva pero no vinculante (y preceptiva sólo para la subasta y el concurso, como veremos).

Si la Mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia Mesa de contratación” (de todo ello se dejará constancia en el acta que ha de extenderse).

Este precepto ha ocasionado numerosas dudas en la práctica desde la aprobación del Reglamento de 2001. Con relación al mismo debemos contar con el informe 25/02, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA). En tal informe se planteó consulta sobre las condiciones en que puede efectuarse la comunicación verbal y los anuncios dirigidos a los interesados en la licitación. Para dictaminar, la Junta recurrió al análisis de los borradores previos al texto final del RGLCAP. De este modo, el órgano consultivo aclaró que, debido a una errata, la redacción definitiva omitió la mención de que los defectos u omisiones subsanables deben hacerse públicas a través *del tablón de anuncios del órgano de contratación*. Por ello, la JCCA expresó en este informe que *“la omisión en el texto del artículo 81 del Reglamento de toda referencia a “acto público” como contexto en el que realizar la notificación verbal, así como a “licitadores o sus representantes no presentes en el acto”, permiten considerar, en principio, que no es imperativo que la comunicación verbal de defectos u omisiones subsanables se haga en acto público, pero sí lo es el que se efectúe la publicación de dichas circunstancias a través de anuncios fijados en el tablón de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, con concesión en ambos casos de plazo de subsanación. Es este último sistema de publicación el que es imperativo y sustituye a la notificación en sentido estricto, como permite el artículo 59.5.b) de la Ley 30/1992,*

que ha de realizarse en todo caso, se haya celebrado o no acto público y existan o no, en aquel caso, licitadores no asistentes al eventual acto público celebrado. Tras estos y algunos otros argumentos que no es preciso transcribir aquí, la JCCA acertó a nuestro juicio a concluir que la expresión “lo comunicará verbalmente a los interesados” utilizada por el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas permite que esa comunicación se haga a los interesados, tanto en acto público, como directamente por el Secretario de la Mesa o la unidad gestora del expediente de contratación sin necesidad de acto público, siempre que quede constancia de su recepción, completadas con la publicación en el tablón de anuncios del órgano de contratación o del que, en su caso, señale el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

Así, el plazo de subsanación no es potestativo, mas lo que sí es potestativa es la duración de dicho plazo, que no podrá ser superior a tres días hábiles. La JCCA sitúa la principal novedad que el art. 81.2 RGLCAP presenta frente al 101 RGCE precisamente en esa superación del carácter discrecional. Por el contrario, considera que *la sustitución de los términos “defectos materiales” y “error” utilizados por el artículo 101 del RGCE por la expresión “defectos u omisiones subsanables” que utiliza el artículo 81.2 del Reglamento vigente, constituye una mejora técnica de redacción sin alcance práctico alguno pues lo único que trata es de desvincular del concepto restringido de error la posibilidad de subsanación y ajustar la terminología del precepto a la doctrina jurisprudencial sobre la materia* (informe 35/02, de 17 de diciembre). La principal consecuencia que debemos extraer es que la letra del nuevo Reglamento no ha alterado sustancialmente la regulación de la subsanación de errores, omisiones de defectos de la documentación presentada, salvo la imposición de carácter preceptivo, superando el anterior carácter discrecional del Reglamento de 1975 (ello tampoco

se podría derivar de una aplicación supletoria del art. 71 LPAC, pues en este caso no estamos ante la ausencia de una regulación expresa). Aun así, la innovación es relativa, puesto que la discrecionalidad en la concesión del plazo de subsanación era visible en la letra del art. 101 RGCE, pero tanto los tribunales de justicia como la doctrina de la JCCA habían evolucionado paulatinamente a favor de la subsanación de errores no graves. El fundamento de esta evolución era la de fomentar una mayor concurrencia de licitadores, disponiendo así la Administración de un mayor elenco de posibilidades para la selección de la proposición más ventajosa. En esa línea, la STS 15-1-99 (RJ 1999\1312) afirmaba que la expresión "si lo estima conveniente" del art. 101 RGCE se refería a la correcta apreciación por la Mesa de la naturaleza del defecto concurrente, pero no a la concesión efectiva del plazo de subsanación de defectos documentales.

La cuestión de las subsanaciones documentales ha sido probablemente una de las que más conflictos ha ocasionado, más consultas, y en definitiva, más tinta ha generado en la doctrina y en la jurisprudencia sobre contratación administrativa. Como criterio orientador de la función que cumple el trámite de subsanación, la STS de 27 de noviembre de 1984 (RJ 4209) expresaba con relación al art. 101 RGCE (aunque la letra cambia en el actual art. 81 RGLCAP, la institución es la misma) que *"la preclusión de aportaciones documentales tienden a evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, más no la de aclarar dudas que los agentes de la Administración tengan en ese momento, pero en las que pudo honestamente no pensar el concursante afectado por ellas"*. Como decimos, ha sido muy frecuente que los tribunales hayan tenido que enfrentarse con conflictos sobre este aspecto, y el Tribunal Supremo lo ha hecho en muchas ocasiones. Tratando de establecer un criterio central, en sentencias como las de 22-6-72 (RJ 1972\2872), 30-10-76, 27-11-84 (RJ 1984\6617) ó 19-1-95 (RJ 1995\546), el Tribunal Supremo trazó la distinción entre defectos esenciales y aquellos otros

defectos de las proposiciones que por no tener esa entidad esencial, son subsanables; a decir de la STS 22-4-69, lo que importa es que se cumplan aquellas formas que, por ser garantía de la seriedad contractual son indispensables para que los principios que informan la contratación administrativa tengan cumplimiento. De las citadas anteriormente, la sentencia de 19-1-95 (RJ 1995\546) fue especialmente esclarecedora al decir que *"la subasta es la forma ordinaria de adjudicación de contratos de obra, en los que el precio juega un factor determinante para la adjudicación. Y como el precio está en sobre cerrado que contiene la proposición económica, el hecho de que la Ley de Contratos del Estado y el Reglamento General de Contratación obliguen a la Mesa a adjudicar el contrato al mejor postor, tiene el significado de que la Administración, ante defectos meramente materiales en la documentación presentada, debe procurar su subsanación. El acto de subasta comienza con la calificación de los documentos presentados (excluyendo en ese momento la calificación sobre la propuesta económica cuyo sobre debe permanecer cerrado). La calificación de los documentos presentados, no es para que, ante cualquier observación, se rechace, sin más, a un determinado licitador: el acto de calificación de documentos mira a excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan los requisitos esenciales e indispensables previstos en el pliego de cláusulas administrativas, exclusión que, en todo caso, debe responder a criterios objetivos. Es decir, y a sensu contrario, el sistema de subasta propicia la posibilidad de seleccionar a un determinado contratista de entre todos los aspirantes a los que no afecte un defecto de fondo por incumplimiento de los requisitos esenciales e indispensables previstos en el pliego de condiciones administrativas..."*

Y en auxilio de la práctica, durante décadas se ha ido formando un *corpus* doctrinal que, en interpretación de las normas, ha ido determinando el carácter subsanable o no de una serie de defectos;

en ello ha intervenido la jurisprudencia, pero también la doctrina de la JCCA y del Consejo de Estado. Este último, en su dictamen de 24-10-74, otorgó validez al acto de la Mesa de contratación mediante el cual se concedió plazo de subsanación a un empresario que no había presentado el D.N.I. del representante, ni el documento acreditativo de estar al corriente del pago de las obligaciones fiscales y de seguridad social. El argumento utilizado por el Consejo de Estado responde a que no se trata de que la empresa incumpliera los requisitos fiscales o relativos a la seguridad social, sino que la sociedad, cumpliendo dichos requisitos dentro del plazo de presentación de proposiciones, no presentó los correspondientes justificantes hasta un momento posterior, comprendido dentro del plazo adicional de subsanación. No obstante, en la actualidad, puesto que la acreditación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y de seguridad social sólo se exigen al propuesto como adjudicatario, la subsanación de estos documentos no tiene sentido, como aclaró el informe 48/02, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA.

Con relación a la justificación de la representación, la STS 27-11-84 (RJ 4209) declaró indebida la exclusión de una empresa porque como regla, la representación se presume. Para el Tribunal, en caso de duda la solución no había de ser la de excluir a la empresa de la licitación, perjudicando de paso los intereses públicos, sino procurar aclarar la cuestión. En la misma línea se expresa la JCCA, apoyándose en el criterio jurisprudencial; así, el informe 56/96, de 18 de octubre, cita las SSTs de 22-11-73, 17-2-84 (1984\1059) y 19-1-95 (1995\546) e indica que los defectos de apoderamiento son, en general, subsanables, anudando esta posibilidad a la necesidad de no infringir el principio básico de la libre concurrencia a través del rechazo de proposiciones por defectos formales de apoderamiento, lo que puede ser evitado con la aplicación de los trámites de subsanación.

Una cuestión conexas es la del bastanteo de poderes. El TS, en sentencia de 11-7-91 rechazó la posibilidad de excluir a un licitador cuyo poder no había sido bastanteado, porque una vez advertida la irregularidad por la Corporación o su Secretario, éste tenía que haberla subsanado de oficio. Y la citada STS 19-1-95 (RJ 1995\546) consideró improcedente la exclusión de un contratista porque su aval no había sido legitimado, lo que no debe considerarse defecto esencial a efectos de la concesión del trámite de subsanación de documentos. Y también la JCCA es partícipe de esta posición, de forma que en su informe 6/00, de 11 de abril (que además, alude a sus dictámenes 37/97 y 44/97, de 10 de noviembre), sostuvo el carácter subsanable de la ausencia de bastanteo en la constitución de garantías provisionales.

Es particularmente interesante la lectura del informe 56/96, de 18 de octubre¹⁹¹, sobre subsanación de poderes en las garantías, porque no sólo se expone la doctrina de la propia JCCA sino que se sintetiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión¹⁹².

¹⁹¹ A él se remiten posteriormente otros como el informe 27/04, o el 36/04, de 7 de junio.

¹⁹² Parte la JCCA en aquél informe del distinto significado de las garantías provisionales y las definitivas: *puesto que las primeras responden a la finalidad de garantizar la seriedad de las ofertas, evitando que su retirada injustificada impida la adjudicación del contrato o determine la adjudicación a ofertas menos ventajosas a las retiradas, mientras que las garantías definitivas aseguran la correcta ejecución de un contrato ya adjudicado, por lo que la mayor importancia de éstas últimas significa un tratamiento más riguroso de la constitución de garantías definitivas en la normativa contractual y en la doctrina jurisprudencial, teniendo en cuenta, además que...un criterio excesivamente riguroso en la exigencia de los requisitos de constitución de las garantías provisionales, sin permitir su subsanación, daña sensiblemente el principio de concurrencia, criterio expresamente admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.../... Es a través de este trámite de subsanación de defectos donde la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto su doctrina en orden a los defectos de apoderamiento en la constitución de garantías provisionales en la contratación*

El TS también admitió la subsanación de la falta de presentación de licencia fiscal, porque este defecto no afecta a la naturaleza de las obligaciones concernientes a la realización de las obras (STS 25-4-88, RJ 1988\3205). Y por el contrario, consideró que es un defecto fundamental y por lo tanto, no susceptible de subsanación, la ausencia de clasificación de una empresa, o la presentación de una clasificación caducada (SSTS 30-4-86, RJ 1987\1971 y 20-3-87, RJ 1986\1809).

Respecto a la subsanación de la declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar y estar al corriente de las obligaciones tributarias y de seguridad social (artículo 79.2 TRLCAP), la JCCA expresó en su informe 9/06, de 24 de marzo, varios criterios que concuerdan con sus pautas generales sobre la materia¹⁹³.

administrativa (fianzas en la terminología de la legislación anterior) basándose en el criterio de que los defectos de apoderamiento son, en términos generales, subsanables y ligando esta posibilidad a la necesidad de no infringir el principio básico de la contratación administrativa de libre concurrencia a través del rechazo de proposiciones por defectos formales de apoderamiento lo que puede ser evitado con aplicación de los trámites de subsanación.

Como hemos dicho, en este informe la JCCA reflejó una serie de sentencias del Tribunal Supremo: por ejemplo, las de 3 de enero de 1949, 22 de noviembre de 1973, 29 de abril de 1981 (RJ 1981\1865) y 17 de febrero de 1984 (RJ 1984\1059). Ésta última había expresado que *en principio, la representación se presume y, de existir dudas...la solución no debió ser la de eliminar como licitadora a tal empresa, en perjuicio de los intereses públicos, sino la de procurar la clarificación del problema, ya que, como regla, los defectos de representación son subsanables...la preclusión de aportaciones documentales tienden a evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, más no la de aclarar dudas que los agentes de la Administración tengan en ese momento, pero en las que pudo honestamente no pensar el concursante afectado por ellas.*

¹⁹³ A saber:

a) En cuanto a la declaración responsable a que se refiere el artículo 79.2 LCAP que debe acompañar a las proposiciones, puede dar lugar a defectos subsanables, siempre que se acredite que su omisión o defectos se han producido por simple error.

También la JCCA ha tratado de elaborar un criterio general, y así ha atribuido el carácter de subsanable a los defectos que atañen a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento¹⁹⁴. Concretamente, en el informe 22/99, de 30 de junio, este órgano consultivo determinó que puede "*considerarse subsanable la falta de acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, pero no deberá admitirse que en el plazo para subsanar defectos el licitador se ponga al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social*"; en el mismo sentido está el informe 35/02, de 17 de diciembre, que a su vez cita algunos otros en su fundamento jurídico tercero. En congruencia con este último criterio, la JCCA ha considerado que la posibilidad de subsanar defectos documentales no es aplicable a la constitución de garantía provisional, "*pudiendo afectar exclusivamente a la acreditación de la citada garantía, debidamente constituida con anterioridad a la fecha de expiración del plazo de presentación de proposiciones*" (informe 31/00, de 30 de octubre). En el informe 48/02, de 28 de febrero de

b) *Aplicando los criterios de la Junta Consultiva, habrá de acreditarse que la fecha de la declaración responsable sea igual o anterior a la fecha de presentación de la proposición, pues si es posterior no se cumpliría la exigencia de que el requisito (la declaración responsable) existía aunque no su acreditación.*

c) *La fecha de la declaración podrá acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, no siendo suficiente la simple declaración del interesado, por lo que debe concluirse que, si por cualquier motivo no puede acreditarse ante el órgano de contratación, la fecha de la declaración responsable, esta no debe ser admitida y, por tanto, dará lugar al rechazo de toda la documentación.*

d) *...la apreciación de defectos subsanables es una cuestión de hecho que deberá realizarse por las circunstancias concurrentes, por lo que no resulta posible la inclusión en el pliego de criterios para su determinación, independientemente de que ello pueda implicar (que no lo implica) una intromisión del órgano de contratación en las facultades de la Mesa.*

e) *La subsanación de documentos puede efectuarse a través de un Burofax remitido por corre, como por cualquier medio de los previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

¹⁹⁴ En la misma línea que hemos visto del Consejo de Estado.

2003, la Junta mantuvo su criterio, explicando que es distinta la falta de constitución de la garantía provisional dentro de plazo al simple error de no haber aportado los respectivos documentos justificativos; pero en este último dictamen, agrega además que *“la falta de presentación del sobre que contiene los documentos que acreditan la capacidad de obrar a que se refiere el art. 79.2 de la LCAP no puede considerarse defecto subsanable a los efectos del artículo 81 del Reglamento. Y con relación a la acreditación de poderes de los representantes, el mismo criterio: la falta de poder en el momento de presentar la documentación es defecto insubsanable y, por el contrario, la falta de acreditación de un poder existente es defecto subsanable”* (informe 27/04, de 7 de junio).

Podemos finalizar este repaso a la doctrina sobre subsanación de errores materiales previsto en el art. 81 RGLCAP, con la consideración de que este trámite puede ser una aplicación especial o particular de la regla general que permite la enmienda de defectos en las solicitudes presentadas en un procedimiento administrativo. Esta subsanación es admisible respecto a documentos preceptivos pero accesorios a la pretensión principal, lo que diferencia a este trámite de la mejora o modificación de la solicitud, prohibida en procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva (art. 71 LPAC).

3.3.2.2.- Desarrollo del acto público.

El art. 83.1 RGLCAP establece que el acto público de apertura de proposiciones se celebrará en el lugar y día que previamente se haya señalado. Hasta aquí, pues, nada nuevo, pues el acto público es una de las notas esenciales de la adjudicación de los contratos mediante subasta. La licitación, además, se corresponde con la celebración del acto público. La apertura de las plicas en un acto público es tan importante porque garantiza la publicidad y la

transparencia que debe presidir la adjudicación de los contratos públicos.

Para que este acto público sea efectivo es preciso que su fecha, hora y lugar de celebración sean puestos en conocimiento de todos los licitadores¹⁹⁵. Como es natural, la asistencia no es obligatoria, sin que su inasistencia pueda considerarse equivalente a la renuncia de sus derechos.

La STS 18-5-98 (RJ 1998\3663) expresó muy bien cuanto llevamos dicho acerca de la importancia del acto público en estos términos: *" el acto de apertura de pliegos es acto fundamental en el proceso de adjudicación...al que pueden asistir los que hayan presentado solicitudes...de tal forma que si en una fecha previamente determinada no se celebra el acto por imposibilidad de constituir la Mesa, todos los concursantes deben ser citados para el día en que nuevamente deba realizarse su constitución, por ser ello un principio esencial de todo concurso; ya que es en dicho acto donde debe darse ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la Mesa y en idénticas condiciones en que fueron presentados...principio que debe aplicarse a toda clase de negocios jurídicos...y a las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resulte mediatizado en virtud de disposiciones legales. La inasistencia al primitivo acto de apertura, que no se llevó a cabo por incomparecencia de miembros de la Mesa, no releva de cumplir la obligación de hacer saber en la forma legal a todos los concursantes el día en que se va a realizar dicho acto, pues la falta de presencia no significa renuncia de derechos, que exige, en todo caso, que sea expresa, no pudiendo inducirse de comportamientos o actitudes"*.

¹⁹⁵ Ver, en este sentido, la STJCE de 24 de enero de 1995.

Al igual que se hiciera en el Reglamento de 1975, el de 2001 describe pormenorizadamente cuál ha de ser el desarrollo del acto público. Éste debe iniciar dándose lectura del anuncio del contrato; nosotros consideramos que basta con una lectura resumida, siendo suficiente el relato de aquellos aspectos que permitan a los presentes la identificación del contrato en cuestión. Seguidamente se procederá al recuento de las proposiciones presentadas y a su confrontación con los datos que figuren en los certificados extendidos por los jefes de las oficinas receptoras de las mismas. Y es muy importante, desde el punto de vista de las garantías que durante todo el procedimiento de ofrecen a los participantes, que en este primer momento debe darse ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la Mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados. Si de esa comprobación se dedujesen discrepancias entre las proposiciones que obren en poder de la Mesa y las que como presentadas se deduzcan de las certificaciones, o bien surgen dudas sobre las condiciones de secreto en que han sido custodiadas, el acto debe ser suspendido, realizándose urgentemente las investigaciones oportunas sobre lo sucedido. Posteriormente deberá volver a anunciarse en el tablón de anuncios del órgano de contratación o del que se fije en los pliegos la reanudación del acto público una vez que todo haya quedado aclarado en la debida forma.

A continuación, el Presidente manifestará el resultado de la calificación de los documentos administrativos presentados, con expresión de las proposiciones admitidas, de las rechazadas y la causa o causas de inadmisión de estas últimas, notificando el resultado de la calificación.

Debemos tener en cuenta que las ofertas que correspondan a proposiciones rechazadas quedarán excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato, pero los sobres en que se contienen no

pueden ser abiertos; todas las presentadas, tanto las declaradas admitidas como las rechazadas sin abrir o las desestimadas una vez abiertas, serán archivadas en su expediente. Una vez adjudicado el contrato y transcurridos los plazos para la interposición de recursos sin que hayan sido interpuestos, la documentación que acompaña a las proposiciones quedará a disposición de los interesados (art. 87.4 RGLCAP).

Finalmente, antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la Mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que en este momento pueda aquélla hacerse cargo de los documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanación de defectos u omisiones a que se refiere el artículo 81.2 del Reglamento.

3.3.2.3.- El rechazo de las proposiciones por razones formales.

Además del posible rechazo de la documentación administrativa, cabe también que una vez admitida ésta, lo que se rechace por motivos formales sea la proposición.

Esta posibilidad viene prevista por el art. 84 RGLCAP: *“ si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.*

Como hemos tenido ocasión de observar a lo largo de este trabajo, la posibilidad de rechazo de proposiciones ha evolucionado a lo largo de los dos últimos siglos hacia una flexibilización para que el rechazo sólo tenga lugar ante defectos graves; en nuestros días, pues, la norma también quiere que el rechazo de la proposición esté reservado a aquellos casos en que el defecto sea sustancial, y no se quede en la estricta formalidad. Es decir, no basta cualquier error o diferencia formal para que se determine la exclusión, sino que en la medida de lo razonable deberá procurarse que las proposiciones (los empresarios) participen en la licitación. Ya hace casi medio siglo desde que la JCCA se pronunció sobre esta cuestión, advirtiendo que *“la aceptación por la Administración de una oferta errónea, con clara conciencia del error padecido y hecho constar en el acta de apertura de pliegos, situaría a aquélla fuera de la buena fe que debe presidir toda contratación. Ciertamente, el supuesto no está singularmente recogido en las normas reguladoras de la contratación administrativa, pero deriva de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico general. Como quiera que el caso se mire, no podría justificarse jurídicamente la conducta de la Administración si, en aplicación de las normas, se amparase en una literalidad que constituyera evidente abuso de derecho”* (informe 1/1962, de 21 de septiembre).

Una situación bastante frecuente es aquella en que la proposición no está firmada. El TRLCAP no exigía expresamente la firma de la proposición, aunque sí lo hacía el art. 80 RGLCAP, en estos términos: *“la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurran y firmados por el licitador o las personas que lo representen e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa...”* Aun con esa previsión, el art. 84 del propio Reglamento no contempla la falta de firma como uno de los motivos

de rechazo de las proposiciones. Y por otra parte, la norma básica de procedimiento administrativo común, la LPAC, en su art. 70 presenta la firma como uno de los requisitos de las solicitudes, admitiendo el art. 71 la subsanación de su omisión, al decir que *“si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición...”* En la práctica se ha consolidado el criterio de que se trata de un defecto subsanable, invocando frecuentemente el célebre precedente de la venta del Banco Español de Crédito tras su intervención por el Banco de España, ya que en aquella ocasión la mejor oferta (y que resultó adjudicataria) no estaba firmada y se le concedió la ocasión de subsanar el defecto¹⁹⁶.

Y también podemos encontrarnos con relativa frecuencia con proposiciones en que difieren la cantidad expresada en cifras y en letras. En tales casos, y salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares hubiera expresado la prevalencia a favor de una de las formas de expresión, la contradicción o diferencia entre ambas obliga a rechazar la proposición afectada, al no poder determinarse con certeza cuál es el precio ofertado realmente (informe JCCA 45/06, de 30 de octubre).

En definitiva, el formalismo de las proposiciones debe situarse a medio camino entre un rigor que las excluya por cualquier diferencia irrelevante con lo establecido por los pliegos, y la inadmisión de aquellas proposiciones que carezcan de elementos esenciales para conocer lo ofertado por el licitador o que impidan a la Mesa o al

¹⁹⁶ En ese sentido puede verse, por ejemplo, CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA PRÁCTICA. Ed. La Ley, núm. 20, mayo de 2003. Págs. 10 y 11.

órgano de contratación comparar con suficiente homogeneidad las presentadas por todos los empresarios. Esta última idea concuerda con el respeto al principio de igualdad de trato a los contratistas, y así lo tiene declarado el TJCE, por ejemplo en su sentencia de 22 de junio de 1993, "Storebaelt"¹⁹⁷.

3.3.2.4.- La propuesta de adjudicación.

De lo expuesto hasta aquí es fácil extraer la idea de que la intervención de la Mesa de contratación consiste en constatar el cumplimiento de los requisitos administrativos por parte de los licitadores, salvaguardar las garantías exigidas en materia de contratación administrativa, y formular la propuesta de adjudicación al órgano de contratación. Nos vamos a centrar en este último aspecto, porque es el más directamente relacionado con el objeto de nuestro estudio.

La Mesa de contratación se limita a proponer la adjudicación al órgano de contratación; o invirtiendo los términos: la Mesa no adjudica, y su actuación finaliza con esa propuesta. En el sistema de la LCAP, ni siquiera se contemplaba una adjudicación provisional por parte de la Mesa, con la posterior confirmación por parte del órgano de contratación (como en otro tiempo hubo).

¹⁹⁷ En aquella sentencia, el TJCE condenó a Dinamarca por negociar con la empresa sobre la base de una oferta que no se había ajustado al pliego de condiciones. El Tribunal apeló al principio de igualdad de trato de los contratistas, como esencia de la Directiva 71/305/CEE, concluyendo que *es preciso constatar que el respeto al principio de igualdad de trato de los contratistas exige que todas las ofertas sean conformes a las prescripciones del pliego de condiciones a fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas presentadas por los diferentes contratistas.*

Ahora bien, si que es cierto que la propuesta de la Mesa es normalmente secundada por el órgano de contratación, de modo que si su decisión debe ser motivada si se aparta de aquella.

El art. 83.2 TRLCAP dispuso que *"el acuerdo del órgano de contratación se acomodará a la propuesta, excepto en los casos siguientes:*

- a) Cuando la Mesa de contratación haya efectuado la propuesta con infracción del ordenamiento jurídico, en cuyo caso la convocatoria quedará sin efecto. Se exceptúa el supuesto de que la infracción afecte exclusivamente al licitador en cuyo favor se realiza la propuesta, en el que la adjudicación deberá tener lugar a favor del siguiente postor no afectado por la infracción. Previamente a la resolución que se adopte, será preceptivo el dictamen del Servicio Jurídico del órgano de contratación"*¹⁹⁸.

El Tribunal Supremo ya advirtió que este supuesto, ya clásico en nuestro derecho, debe ser utilizado con cautela, reservándose para casos limitados y extremos. Aunque lo había dicho ya con la vigencia de la LCE y su Reglamento, el criterio debe ser el mismo en la actualidad; así, la STS 2-1-01 (RJ 2001\212) dictó el criterio según el cual *"habrá de tratarse de infracciones del ordenamiento jurídico que afecten de manera esencial al procedimiento de contratación, y particularmente a la elección del postor que quedó plasmada en la adjudicación provisional; y que por ello revelen que la actuación administrativa preparatoria que antecede al contrato ha sido*

¹⁹⁸ No tenía carácter básico el inciso correspondiente al preceptivo dictamen del Servicio jurídico del órgano de contratación, según declaró la Disposición final primera del TRLCAP.

finalizada con la carencia de un elemento que resulta inexcusable, o con el incumplimiento de un principio cuya observancia es obligada”.

b) “Cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias. En estos casos se solicitará informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando las circunstancias concurrentes así lo aconsejen¹⁹⁹. La Mesa de contratación notificará aquella circunstancia a los interesados y el plazo indicado en el párrafo primero del apartado 1 de este artículo se ampliará al doble.

3.- El carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan reglamentariamente y su declaración requerirá la previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

A los efectos del párrafo anterior no podrán ser consideradas las diversas proposiciones que se formulen individualmente por sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

4.- El órgano de contratación, a la vista de los informes mencionados, acordará la adjudicación a favor de la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración y, en su defecto, al mejor postor no incurso en temeridad, justificando su decisión ante el Comité Consultivo para los Contratos Públicos de la Comisión de las Comunidades Europeas, si el anuncio de licitación

¹⁹⁹ La petición de informe a la JCCA no tenía carácter básico, según la Disposición final primera del TRLCAP.

hubiese sido publicado en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas".

5.- "Cuando la adjudicación se realice a favor del empresario cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, se exigirá al mismo una garantía definitiva del 20 por 100 del importe de adjudicación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 36.4".

Esta última previsión de constituir garantía por importe del 20% fue también una novedad introducida por la Ley 53/99, porque anteriormente la LCAP exigía el afianzamiento del 100 % del precio del contrato en estas adjudicaciones, lo que resultaba muy gravoso para el contratista²⁰⁰.

Cuando dijimos que en la subasta casi no había espacio para la discrecionalidad, anunciamos que el pequeño espacio que queda para ella está, a nuestro entender, en el incidente de temeridad. Y es que, tal como ha quedado descrito al transcribir el art. 83 TRLCAP, el expediente para resolver sobre la presunción de temeridad exigía la información de los licitadores y la emisión de informe técnico sobre la posibilidad de que el contrato pueda ser cumplido al precio ofertado. Quiere ello decir que ante una presunción de temeridad, la Ley no impedía de plano la adjudicación a favor de ese empresario; en ese primer momento sólo se establece una desconfianza sobre la viabilidad de la oferta, basada en unos criterios aritméticos previamente establecidos. La intención de la norma, reiterada en numerosas ocasiones por la JCCA, es la de no rechazar

²⁰⁰ Con relación a la garantía del 20 % que exigía el apartado quinto en el supuesto de adjudicación a favor de empresario inicialmente incurso en presunción de temeridad, debemos tener presente que en cuanto a su cancelación y depósito rigen las mismas normas que para la garantía definitiva ordinaria del 4 % (ver informes JCCA 38/96 y 44/96, de 22 de julio).

automáticamente ninguna proposición sin comprobar previamente las posibilidades técnicas de que las misma puede cumplir el contrato a satisfacción de la Administración. Junto a este razonamiento, no debemos perder de vista que al optar por la subasta, la Administración pretende la ejecución de un contrato al precio más bajo que sea posible, pero sin incurrir en riesgos para la correcta ejecución del contrato, ni por supuesto, en fraudes en la misma.

A estas alturas de nuestro trabajo es fácil recordar que este criterio que pudiéramos denominar como "de no rechazo automático" proviene del derecho comunitario. Así, recordemos que las Directivas 93/36/CEE para el contrato de suministros, 92/50/CEE para el de servicios, y 93/37/CEE, para el de obras, disponen (el tenor literal es el de ésta última Directiva) que *"si para 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, y verificará esta composición teniendo en cuenta las justificaciones presentadas...Dicho poder adjudicador podrá tomar en consideración las justificaciones que hagan referencia a la economía del procedimiento de construcción, o a las soluciones técnicas que se hayan adoptado, o a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador para la ejecución de las obras, o a la originalidad del proyecto"*. El TJCE ha tenido diversas ocasiones de remachar este criterio, reprobando la exclusión automática de ofertas; podemos citar como ejemplos las sentencias 76/81, "Transporoute", ó 103/88, "Fratelli Constanzo". Y en nuestro país, la JCCA se hizo eco rápidamente de estas normas y pronunciamientos, expresando su informe 25/93, de 22 de diciembre, que *"la legislación de contratos del Estado, con el mismo criterio que las Directivas comunitarias sobre contratación pública, no permite expresamente que la falta de justificación de baja en relación con el precio de licitación se configure como causa de rechazo de la proposición"*. El

parecer de la Junta ha sido reiterado posteriormente en informes más recientes, como el 43/01, de 30 de enero de 2002.

3.3.2.5.- Las bajas temerarias.

La determinación de las bajas temerarias es una de las cuestiones en que el legislador del año 2000 puso mayor interés, al igual que lo hizo posteriormente el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2001²⁰¹. Nada de esto es nuevo, ciertamente, ni la cuestión de las bajas temerarias²⁰² ni el interés del legislador. En nuestros tiempos, la subasta había dejado de ser el eficaz regulador del que habló el Real Decreto de Bravo Murillo, de forma que se consigue averiguar el precio justo de las cosas; sea por acaloramiento de los licitadores (como se decía en 1845), o por otras causas, lo cierto es que la práctica ha ido demostrando que los precios ofertados en subastas eran a veces insostenibles, con las consiguientes complicaciones en la ejecución de los contratos.

Determinar, pues, dónde se encuentra el límite entre una oferta barata aunque segura, y otra que es tan barata que resulta inviable se ha convertido en una cuestión importante en materia de contratación administrativa. La determinación, además, debe hacerse mediante métodos objetivos, en consonancia con la objetividad de la subasta.

²⁰¹ Este reguló la cuestión de forma innovadora con relación al Reglamento General de 1975, como veremos, lo que supuso una de las novedades más importantes del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Así lo destacaron en aquellas fechas, entre otros, MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: "Presentación del Anteproyecto de Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". *Actualidad Administrativa*, nº 42. Año 2000.

²⁰² El antecedente inmediato estaba en el artículo 32 de la Ley de Contratos del Estado.

La cuestión de las bajas desproporcionadas o temerarias tomó cuerpo en el art. 32 LCE, que permitía al órgano de contratación que no confirmase la adjudicación provisional cuando presumiera fundadamente que la proposición no se podía cumplir como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias. En tales casos, la Ley establecía la adjudicación del contrato al licitador que, *"no estando incurso en presunción de temeridad, sea el mejor postor, salvo que el órgano de contratación considere más conveniente anunciar nueva licitación"*. Con base en esta previsión, el art. 109 RGCE (modificado por el R.D. 2528/86, de 28 de noviembre, para su adaptación al Real Decreto Legislativo 931/86), dispuso: *"se considerará, en principio, como desproporcionada o temeraria, la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de apreciar, no obstante, previos los informes adecuados y la audiencia del adjudicatario, como susceptibles de normal cumplimiento las respectivas proposiciones"*. La regulación reglamentaria fue criticada por autores como JURISTO SÁNCHEZ²⁰³ o MESTRE DELGADO²⁰⁴, quien traía a colación en apoyo de sus argumentos la doctrina de la JCCA expresada en su informe 16/1996, de 3 de febrero, cuyo texto nos acerca a la realidad normativa actual: *"no es aconsejable establecer un tanto por ciento fijo del presupuesto formulado por la Administración a partir del cual hayan de ser consideradas las bajas de subasta que puedan producirse como desproporcionadas o temerarias. Es de fundamental importancia el resultado comparativo de todas las proposiciones presentadas a una subasta y la apreciación de las diferencias en el orden económico que representaba cada una en relación con la que le antecede"*

²⁰³ JURISTO SÁNCHEZ, R.: *La adaptación del contrato de obra pública al Derecho Comunitario Europeo*. Madrid, 1987. Pág. 176.

²⁰⁴ MESTRE DELGADO, J.F.: "La ordenación de las bajas temerarias en la contratación pública". *Noticias de la Unión Europea*, núm. 198/2001. Pág. 48.

inmediatamente en el orden de menor a mayor baja". La Junta Consultiva se expresó en este informe de una forma especialmente pedagógica, desmenuzando las diversas posibilidades que podemos encontrar: "el desarrollo de este criterio puede plasmarse en las circunstancias siguientes: a) cuando un grupo de proposiciones ofrecen bajas dentro de un mismo orden de magnitud, no existen razones para considerar la del mejor postor de entre todas ellas como desproporcionada o temeraria, cualquiera que sea el tanto por ciento que suponga en relación con el presupuesto aprobado por la Administración; b) el mismo criterio debe sustentarse cuando las proposiciones presenten un relativo escalonamiento entre ellas, de tal forma que las diferencias entre las bajas de cada dos consecutivas resulten poco importantes; c) cuando la oferta del mejor postor difiera notablemente del resto de las proposiciones presentadas, siendo éstas sensiblemente homogéneas en su cuantía, hay motivos suficientes para pensar que se trata de una baja desproporcionada o temeraria". La JCCA aconsejaba un uso cauto de la declaración de temeridad y la petición de informes a los técnicos redactores y supervisores del proyecto. Según el organismo consultivo, un excesivo uso de este mecanismo acabaría desvirtuando incluso la propia esencia de la subasta y frenando las bajas, "por miedo del contratista a que fuese calificada su proposición de desproporcionada o temeraria, con el consiguiente perjuicio económico para el Estado, limitando el mejor precio posible de conseguir en sus contratos de obras".

El método clásico de la media aritmética más diez o cinco puntos devino ineficaz porque en muchas ocasiones las subastas eran manipuladas mediante el acuerdo de contratistas que lograban fijar el límite de la temeridad en el precio que convenían. Por esa razón, el TRLCAP trató de avanzar en este empeño, y su art. 83.3 estableció que *"el carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan*

reglamentariamente..." En los primeros tiempos de su vigencia, no faltó quien consideraba que la necesidad de desarrollo reglamentario era una cuestión menor y que incluso cada Entidad Local podía hacerlo; obviamente esto no era así, y se trataba de una norma incompleta. Hasta la vigencia del Reglamento de 2001, el cálculo de la temeridad debía efectuarse como se venía haciendo, esto es, con la media aritmética más diez o cinco puntos que determinaba la combinación del art. 109 del Reglamento de 1975 y del art. 23 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo.

Y puesto que el problema había ido haciéndose más complejo, la fórmula para la determinación de la temeridad también tenía que seguir la misma evolución, de manera que el art. 85 RGLCAP estableció cuatro reglas que varían en función del número de licitadores²⁰⁵. De este modo se consideran, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

- 1.- *Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
- 2.- *Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- 3.- *Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética*

²⁰⁵ Estas reglas han merecido idénticas críticas por parte de MESTRE DELGADO que las que formuló al art. 109 RGCE; es decir, para él, sigue siendo posible una exclusión automática o basada exclusivamente en criterios aritméticos, sin que se detallan las fórmulas que permiten destruir la presunción y sin efectuar una verificación de la viabilidad real de las ofertas tal y como exige el Derecho comunitario. Para Mestre esto supone, además, la renuncia anticipada a la posibilidad de conseguir un ahorro presupuestario por parte de la Administración. MESTRE DELGADO, J.F.: "La ordenación de las bajas...". Op. cit., págs. 50 y 51.

de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

- 4.- *Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas²⁰⁶. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media sólo con las ofertas que nos se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.*

Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y a las circunstancias de mercado, el órgano de contratación puede reducir en un tercio esos porcentajes (ha de hacerlo en el pliego de cláusulas administrativas particulares, según el apartado 5 del art. 85 RGLCAP). Se añade también que la Mesa de contratación puede considerar la relación entre la solvencia de la empresa y su oferta, para la valoración de la misma como desproporcionada.

En estos casos, el procedimiento a seguir estuvo descrito en el art. 83 TRLCAP; puesto que la tramitación de este incidente demora el desarrollo normal de una subasta, el propio precepto determinaba que el plazo para resolver la subasta se ampliaba al doble: es decir, si normalmente la adjudicación debía recaer en el plazo máximo de

²⁰⁶ La JCCA aclaró en su informe 47/03, de 2 de febrero de 2004, que la interpretación correcta de este apartado 4 del artículo 85 consiste en referir las expresiones de ofertas inferiores o superiores en más de diez unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas y no a la media aritmética de las bajas de las ofertas presentadas.

veinte días a contar desde la apertura de las ofertas, cuando hubiera presunción de temeridad este plazo es de cuarenta días (naturales, pues en virtud del art. 76 TRLCAP, esta era la regla general de los plazos previstos en esta Ley cuando ella no expresaba otra cosa). Pues bien, cuando por aplicación de los criterios aritméticos del art. 85 RGLCAP se presume que alguna o algunas ofertas son desproporcionadas o temerarias, se podrá solicitar informe a la JCCA si las circunstancias lo aconsejan. Pero lo que sí era preceptivo en todo caso es que la Mesa notifique la circunstancia a los interesados y les solicite información a todos los incursos en la presunción y a los servicios técnicos²⁰⁷ (artículo 83.3 TRLCAP)²⁰⁸.

El órgano de contratación, a la vista de los informes mencionados, acordará la adjudicación a favor de la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración y, en su defecto, al mejor postor ni incurso en temeridad, justificando su decisión ante el Comité Consultivo para los Contratos Públicos de la Comisión de las Comunidades Europeas, si el anuncio de la licitación hubiese sido publicado en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas". Insistimos, como lo venimos haciendo, en que estando ante una subasta, es en esta situación en la que el órgano de contratación resuelve discrecionalmente: a la vista de la información aportada por los licitadores (y también de su documentación de solvencia, que como ya adelantamos, puede ser

²⁰⁷ Este inciso del artículo 83.3 TRLCAP relativo al informe de los servicios técnicos no tenía carácter básico, según la Disposición final primera.

²⁰⁸ La falta de respuesta a esta petición de información tiene la consideración de retirada de la proposición a los efectos del artículo 62 RGLCAP. Esta consideración origina la incautación de la garantía provisional. No obstante, la JCCA concluyó en su informe 42/05, de 26 de octubre, que *en los supuestos de proposiciones incursas en presunción de temeridad que adolecen de error, debidamente acreditado, no deben dar lugar a la aplicación del artículo 62.2 del RGLCAP con la incautación de la garantía provisional, sino que deben dar lugar al efecto de desecho de la proposición previsto en el artículo 84 del mismo Reglamento.*

considerada como orientación para adoptar la decisión, según el art. 85.6 RGLCAP) y de los informes de los servicios técnicos del órgano de contratación, éste resolverá lo que estime oportuno.

Y nos parece importante resaltar una cuestión: en la subasta, la Mesa de contratación propondrá siempre la adjudicación al órgano de contratación del contrato al postor que oferte el precio más bajo. La literalidad del art. 82.1 TRLCAP no dejaba lugar a dudas. Aunque en una subasta haya presunción de temeridad, la Mesa no expresa su parecer sobre si tales ofertas pueden cumplirse a satisfacción de la Administración. Esa es una atribución del órgano de contratación. La Mesa aplicará los criterios aritméticos reglamentariamente establecidos, notificará la circunstancia a los licitadores implicados y les recabará su información. Por decirlo de otro modo, instruirá el expediente. Pero quien resolverá en un sentido u otro a la vista de toda esa información y del informe de los servicios técnicos, es el órgano de contratación, sin que la propuesta de la Mesa pueda prejuzgar la viabilidad o no de las ofertas en cuestión. En sentido contrario se ha pronunciado PLAZA ARRIMADAS²⁰⁹, con argumentos sensatos, pero a mi entender insuficientes para desvirtuar la claridad y rotundidad con que se expresa el art. 82 TRLCAP. De los diversos argumentos utilizados por PLAZA, queremos ceñirnos a algunos. Para él, *el art. 85.6 RGLCAP permite a la Mesa valorar las ofertas como desproporcionadas*. Nosotros consideramos que este precepto puede ser entendido de ese modo, aunque con ciertas dudas, pero este precepto reglamentario no es suficiente para contradecir lo que con tanta claridad expresa el art. 82 de la Ley. Por otro lado, PLAZA considera que carecería de sentido que en situaciones de este tipo, complejas, no intervenga la Mesa, cuyo carácter ha de ser técnico y

²⁰⁹ PLAZA ARRIMADAS, L.: "Valoración del precio de las ofertas contractuales y ofertas desproporcionadas". *CUNAL, Revista de Estudios Locales*. Enero 2002. Págs. 28 y 29.

del que forman parte necesariamente un asesor jurídico y otro económico (en el ámbito local, el secretario y el interventor). Nosotros estamos plenamente convencidos de que la Mesa debe ser un órgano de carácter técnico y de que en el seno de la Mesa no se dirimen cuestiones que tengan carácter político. Pero también hay que tener en cuenta que para tomar la decisión acerca de la viabilidad de una oferta económica, el asesoramiento que arroja luz no es el jurídico ni el económico, sino el de un técnico de otra especialidad: en la casi totalidad de las ocasiones, un ingeniero o arquitecto. Por último, el autor citado arguye que la posibilidad de que la Mesa proponga necesariamente la adjudicación a la oferta más económica *"inevitablemente daría lugar a retrasos en la resolución de los expedientes, con los consiguientes problemas añadidos, especialmente cuando el órgano de contratación fuera el Pleno del Ayuntamiento"*. Nosotros entendemos justo lo contrario, no sólo porque lo más frecuente es que el órgano de contratación sea el Alcalde, dado el reparto de atribuciones que en materia de contratación efectúa la vigente normativa básica del régimen local, sino porque lo más operativo es que en el mismo acto de apertura de proposiciones, la Mesa efectúe las operaciones aritméticas y pida el informe a los licitadores y a los servicios técnicos; de este modo, sencillamente se somete al órgano de contratación todo el expediente con la información necesaria y aquél decide sin dar lugar a retraso alguno.

3.3.2.6.- Los grupos de empresas.

Una de las innovaciones del TRLCAP y de su Reglamento fue el intento de acabar con la manipulación de las subastas que lograron algunos grupos de empresas mediante la presentación de diversas proposiciones que situaban el precio de remate en el porcentaje que ellas pretendían. Antes de la aprobación del Texto Refundido, el informe 56/99, de 21 de diciembre, de la JCCA, dio prevalencia al

hecho formal de la distinta personalidad jurídico-mercantil de diversas empresas, descartando la posibilidad de “levantar el velo” a pesar de que sus directivos eran prácticamente idénticos.

El apartado tercero del artículo 83 TRLCAP estableció que para la determinación del carácter desproporcionado o temerario de las ofertas presentadas a una subasta, no podían *“ser consideradas las diversas proposiciones que se formulen individualmente por sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”*²¹⁰. Cumpliendo ese encargo, el artículo 86 RGLCAP dispuso que *“cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio”*²¹¹,

²¹⁰ Esta posibilidad, la de la presentación de oferta por varias empresas pertenecientes a un mismo grupo no equivale, sin embargo, al supuesto de las ofertas simultáneas que prohíbe el artículo 80 TRLCAP (*En las licitaciones, cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 87 de la presente Ley sobre admisibilidad de variantes. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas*). Ello no supone, sin embargo, que la circunstancia carezca de consecuencias o efectos jurídicos, pues aunque se admitan todas las ofertas así presentadas, sólo se tendrá en cuenta la más baja de todas las presentadas por las empresas implicadas a efectos de determinar si alguna de las ofertas incurre en temeridad o en baja anormal (informe JCCA 53/07, de 24 de enero de 2008).

²¹¹ Artículo 42 Código de Comercio: *Toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, en la forma prevista en este Código y en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas cuando, siendo socio de otra sociedad, se encuentre con relación a ésta en alguno de los casos siguientes:*

- a) *Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) *Tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) *Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.*

presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo. 2.- Cuando se presenten distintas proposiciones por sociedades en las que concurren alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que las integran, se aplicarán respecto de la valoración de la oferta económica las mismas reglas establecidas en el apartado anterior. 3.- A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las empresas del mismo grupo que concurren a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados. 4.- A los efectos de lo dispuesto en el apartado 86.4 de la Ley, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer el criterio o criterios para la valoración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo". Lo primero que debemos destacar es que no se excluyen las empresas en ningún caso; sólo dejan de tenerse en cuenta a efectos de calcular la temeridad o desproporción, y así lo dejó claro la JCCA en su informe 27/05, de 29 de junio²¹². Sin

d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que se deban formular las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo...2. a efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior se añadirán a los derechos de voto de la sociedad dominante los que correspondan a las sociedades dominadas por ésta, así como a otras personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de alguna de aquéllas.

²¹² En palabras del órgano consultivo, *la exclusión de ofertas de empresas de un mismo grupo se produce a los solos efectos de determinación de la media*

embargo, el resultado práctico ha sido escaso, teniendo en cuenta que el mecanismo parte de que las propias empresas agrupadas son las que han de presentar declaración sobre la concurrencia de las circunstancias descritas. Además, es frecuente también la constitución de grupos de hecho o acuerdos puntuales para licitaciones concretas, lo que es imposible de controlar aplicando los preceptos citados.

3.3.2.7.- Cuestiones diversas: propuesta de adjudicación, reclamaciones contra la actuación de la Mesa, sorteo y plazo para adjudicar.

Nada innovó el TRLCAP en cuanto a la propuesta de adjudicación: la Mesa de contratación debía formular su propuesta a favor de la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa. Seguidamente debía invitarse a los licitadores asistentes a exponer cuantas observaciones o reservas estimaran oportunas contra el acto celebrado, observaciones o reservas que debían formularse por escrito y dirigirse al órgano de contratación en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al del acto. El órgano de contratación, a la vista de las mismas, previo informe de la Mesa de contratación, resuelve el procedimiento con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, todo ello en la adjudicación del contrato.

Respecto a la invitación de la Mesa a los licitadores para presentar observaciones o reservas, la JCCA, en su informe 25/02, de 17 de diciembre, aclaró algunas dudas. En primer lugar, únicamente pueden formularlas los licitadores asistentes al acto público de apertura de proposiciones (y propuesta de adjudicación, en el caso de la subasta, según veremos). En segundo lugar, y respecto del alcance

aritmética, pero no implica que a las ofertas que no sean la más baja que les exija justificación de su oferta o se les excluya de la adjudicación.

de las manifestaciones de los licitadores asistentes, la JCCA aclara que pueden ser objeto de protesta, observación o reclamación cualquiera de las actuaciones efectuadas en el acto público regulado por los artículos 83, 84 y 87 RGLCAP. Con relación al apartado primero de este último precepto reglamentario, la JCCA rechazó que las reclamaciones sólo puedan ser resueltas *“exclusiva y necesariamente en la adjudicación del contrato, en particular si van a ser estimadas, ya que ello provocaría una inadmisibile ralentización del procedimiento e impediría, en el caso citado de estimación, adjudicar el contrato. Si una reclamación, a la vista del informe de la Mesa de contratación, ha de ser estimada, debe ser resuelta a la mayor brevedad, dado el principio de celeridad del procedimiento, y siempre antes de la adjudicación”*. Para mayor claridad, la Junta Consultiva expuso el ejemplo de la exclusión errónea de un licitador: en tal caso, la reclamación habría de resolverse antes de la adjudicación para admitir la proposición y abrirla en acto público y considerarla como posible adjudicataria. Nosotros creemos acertado este criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, pues es razonable que la finalidad del Reglamento es que el órgano de contratación *“se pronuncie siempre y expresamente sobre las reservas y reclamaciones presentadas, lo que habrá de efectuarse, si son desestimatorias o no inciden en la adjudicación, con motivo de ésta; pero no impide que, si van a ser estimadas, sean resueltas antes de la adjudicación”*.

Al igual que había dispuesto el RGCE de 1975, si en una subasta se presentan dos o más proposiciones iguales que resultan ser las de precio más bajo, el artículo 87 RGLCAP establece que se decide la adjudicación mediante sorteo.

Es preceptivo el levantamiento de acta que refleje fielmente todo lo sucedido, acta que ha de ser firmada por el Presidente y

Secretario de la Mesa de contratación y por los que hubiesen hecho presentes sus reclamaciones o reservas.

Por último, el artículo 83.1 estableció el plazo del que disponía la Administración para adjudicar el contrato mediante subasta: la adjudicación debía recaer en el plazo máximo de veinte días a contar desde el siguiente al de apertura en acto público de las ofertas recibidas²¹³. En caso contrario, es decir, de superarse dicho plazo, el empresario tendría derecho a retirar su proposición y a que se le devolviese o cancelase la garantía que hubiese prestado.

3.4.- EL CONCURSO.

Según el esquema del TRLCAP, el concurso era la otra forma considerada normal para la adjudicación de los contratos administrativos. Junto a la subasta, eran admitidas en los procedimientos abierto y restringido y no suponían excepción a los principios de publicidad y concurrencia. Pero podríamos decir algo más respecto a ese carácter de normalidad que se atribuía al concurso: si nos fijáramos en la regulación de los contratos de suministro, consultoría y asistencia, servicios y gestión de servicios públicos, la adjudicación de tales contratos había de tener lugar habitualmente mediante concurso, quedando la subasta relegada a unos pocos supuestos de carácter prácticamente residuales.

No obstante, como pauta inicial, el artículo 85 TRLCAP establecía una serie de supuestos en los que en particular procedería la utilización del concurso, supuestos que en realidad se ceñían al contrato de obras, puesto que según hemos apuntado, para los demás contratos administrativos típicos había que estar a su regulación

²¹³ El plazo de veinte días para adjudicar la subasta no tenía carácter básico, según establecía la Disposición final primera del TRLCAP.

específica y ésta señalaba al concurso como forma ordinaria de adjudicación. Decimos que en particular, porque los supuestos especificados no agotaban las posibilidades de utilización del concurso, pues el precepto nos establecía como posibilidad básica o de partida, la de que podrían adjudicarse por concurso aquellos contratos en los que la selección del empresario no se efectuase exclusivamente en atención al precio más bajo, y en particular, en los siguientes casos:

- a) Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores.
- b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación aprobada por la Administración es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución²¹⁴.
- c) Aquellos para la realización de los cuales facilite la Administración materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.
- d) Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

²¹⁴ La redacción de este apartado procede de la Ley 53/99, pero en la versión original de la LCAP rezaba así: b) *Cuando el órgano de contratación considere que la definición aprobada por la Administración es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas o por reducciones en su plazo de ejecución, a proponer por los licitadores.* La diferencia radica en que a partir de 1999 se acogió como supuesto de utilización del concurso aquellas licitaciones en que se admiten variantes al proyecto de contrato licitado por la Administración.

Según lo visto, el concurso había de utilizarse cuando fuera conveniente o necesario seleccionar la mejor oferta en razón de diversas circunstancias, sin atribuir toda la importancia al precio. Estaríamos ante las múltiples ocasiones en que la Administración tiene que seleccionar una oferta y le interesa un precio ventajoso, pero no es eso lo único relevante para ella, sino que también lo son aspectos como el modo o el plazo en que se ejecuta el contrato, los materiales empleados, etc. Es decir, y como la propia Ley decía en estas fechas, la Administración selecciona en estos casos una proposición que sea la más ventajosa en su conjunto; la que ha obtenido mayor puntuación global tras la suma de los distintos criterios selectivos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Esta última idea estaba ya más que consolidada en la jurisprudencia y en la doctrina, de modo que la interpretación correcta del concepto de oferta más ventajosa lleva a que *"no ha de entenderse por tal la que así resulte desde el punto de vista económico, sino la que en conjunto satisfaga mejor los criterios establecidos en el sistema de selección escogido por la Administración"* (valgan, por ejemplo, las SSTS 2 de marzo de 1990, RJ 1990\1822, 3 de marzo de 1991, RJ 1991\7622, ó 20 de febrero de 1996, RJ 1996\1381). La proposición más ventajosa se configura, pues, como un concepto jurídico indeterminado (ver, por ejemplo, la STS 18 de febrero de 2002, RJ 2002\3562) que es preciso concretar caso por caso a la vista de los parámetros establecidos por el pliego de cláusulas administrativas particulares (criterios selectivos, principalmente), por el contenido de las proposiciones de los empresarios, y por supuesto, de la normativa vigente.

3.4.1.- LOS CRITERIOS SELECTIVOS.

3.4.1.1.- Concepto y reglas formales.

De lo anterior deriva que los criterios selectivos se configuran como el elemento crucial de la selección del adjudicatario en el concurso, pues aportan las referencias necesarias para que la Administración pueda determinar cuál es la oferta más ventajosa, pudiendo por lo tanto concretar el concepto jurídico indeterminado que hemos dicho que es ésta.

De entrada, reparemos en que la Ley califica los criterios como objetivos. Es decir, el ideal es que en los criterios que sirven para adjudicar el contrato debe eliminarse la subjetividad lo más posible²¹⁵, así como que deben estar relacionados con el objeto del contrato²¹⁶.

En la terminología del Tribunal Supremo, los criterios selectivos son aquellas pautas, parámetros o directrices según los cuales la Administración va a valorar y seleccionar la oferta que en su conjunto ofrezca mayores ventajas para la ejecución del contrato (STS 18 de febrero de 2002 RJ 2002\3562).

Especialmente clara nos resulta la STS 13 de junio de 2000 (recurso núm. 8008/1994, RJ 2000\4777)), por lo que merece la pena traer aquí el siguiente fragmento de sus Fundamentos jurídicos: *"...dicha motivación es exigible...no solo cuando la Administración ejercita facultades discrecionales que requieren la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones, o entre una*

²¹⁵ En este sentido, ver, por ejemplo, el informe JCCA 30/07, de 5 de julio.

²¹⁶ Ver, por ejemplo, la STJCE 4 de diciembre de 2003, C-448/01 (TJCE 2003\403).

pluralidad de alternativas justas o "razonables" desde el punto de vista del Derecho, o de decidir entre diversas alternativas "jurídicamente indiferenciadas"...sino también cuando, como en el supuesto de autos, se erige como rector del concepto jurídico indeterminado de la "proposición económicamente más ventajosa", puesto que en tal caso los argumentos justificatorios, además de existir, deben incluir precisamente valoraciones relativas a los extremos que han de ser atendidos, y no a cualesquiera otros...no cabe olvidar que también sobre ellos, y preferentemente, en principio, sobre ellos, han de verificarse las valoraciones y apreciaciones que deben contenerse en la motivación, en lugar de realizarse sobre otros criterios bien distintos y en argumentos cuyo apoyo tiene además un importante matiz de "subjetividad", tan distante de la objetividad precisa, cuando aquellos criterios o "directivas" vienen a delimitar, aunque no fuera en forma exclusiva, el alcance de tales valoraciones..."

Dicho de otro modo: los criterios son la referencia establecida previamente por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, conocidas por todos los interesados desde ese momento inicial, y que se erigen en una fundamental *regla del juego* para que mediante la valoración y comparación de las diversas proposiciones presentadas con relación a aquella referencia, el órgano de contratación pueda seleccionar a la que resulte económicamente más ventajosa. En esa operación de valoración el órgano de contratación ha de seguir siempre de cerca la referencia de los criterios que previamente estableció en el pliego; el alejamiento de los mismos marca la diferencia entre la discrecionalidad técnica permitida en el concurso, y la arbitrariedad prohibida tanto por el derecho comunitario como por el español²¹⁷.

²¹⁷ Claramente puede deducirse esta idea de la citada STJCE de 20 de septiembre de 1988, "Beentjes" (TJCE 1989\26), que rechazaba la existencia de una en manos de

Respecto a los criterios objetivos, nuestras leyes recientes han ido afinando su regulación avanzando en varias líneas que, a nuestro juicio, han sido trazadas por el derecho comunitario, por nuestra jurisprudencia y por la JCCA. A saber: diríamos que desde la regulación inicial del artículo 87 LCAP hasta la Ley de Contratos del Sector Público, pasando por la importante reforma de la Ley 53/99, se ha ido acotando la forma de utilización de los criterios (su previsión formal en el pliego), persiguiendo una optimización de su uso mediante la introducción de fases en la selección del adjudicatario gracias al juego de los propios criterios, y como veremos en el último Capítulo, aprovechándolos como instrumentos para políticas de interés general.

Inicialmente el artículo 87.2 LCAP había expresado que *“los criterios a que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya”*. Pero a estas mínimas exigencias, la Ley 53/99 agregó la posibilidad de *concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el procedimiento selectivo*.

Aquel artículo 87 LCAP pasó a ser el número 86 en el TRLCAP, y su primer apartado establecía que habían de ser establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y ofrecía un listado

los poderes adjudicadores de una libertad incondicional de selección para la adjudicación a un licitador del contrato de que se trate. Sin embargo, lo que no es contrario al derecho comunitario de la contratación pública es la atribución de una facultad de apreciación con el fin de comparar las distintas ofertas y seleccionar la más ventajosa, mediante criterios de selección previstos ejemplificativamente en la Directiva o por otros semejantes.

de posibles criterios a utilizar por la Administración²¹⁸. Concretamente, el artículo 86 TRLCAP se refería al precio, la fórmula de revisión (en su caso), el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Este listado de posibles criterios a utilizar por la Administración tiene carácter ejemplar y no taxativo²¹⁹, lo que se desprende de la redacción del propio precepto (al decir que en los PCAP del concurso

²¹⁸ En los dictámenes que precedieron a la aprobación de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, el Consejo de Estado y el Consejo Económico y Social propusieron la introducción de nuevos criterios objetivos en ese listado, orientados a tener en cuenta factores sociales o ambientales (como la estabilidad en el empleo, la seguridad y salud de los trabajadores, el carácter indefinido de los contratos laborales o la protección del medio ambiente). Sin embargo, estas propuestas no fueron entonces admitidas (de modo que la redacción del apartado primero del artículo 87 quedó intacta tras la reforma de la Ley 53/99, aunque curiosamente ésta decía que daba nueva redacción a dicho apartado), pues la opinión imperante en aquellos momentos era la de que se trata en tales casos de políticas sectoriales ajenas a la contratación pública, que sólo debe girar en torno a la consecución de la oferta más ventajosa para la óptima ejecución posterior del contrato. Criterios como los que acabamos de citar pueden estar muy relacionados, o incluso directamente relacionados con el objeto del contrato, son objetivos prioritarios de los poderes públicos y la contratación pública no es sino uno de los instrumentos de los que éstos disponen para desarrollar sus acciones de gobierno. En este sentido se pronunciaba por aquel tiempo MORENO MOLINA, J.A.: "Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos". Noticias de la Unión Europea, núm. 198. Año 2001. Pág. 68. Pero seguramente esta opinión no era aún mayoritaria. La cuestión ha evolucionado, como veremos en este trabajo, y no es este el momento de abundar más en ella.

²¹⁹ Conviene saber que este carácter enunciativo y no limitativo es acorde, y tiene también su origen en el derecho comunitario. Ver, en este sentido, RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M.: *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*. Ed. Aranzadi, SA. Pamplona, 1996. Págs. 199-202.

se establecerían los criterios objetivos que habían de servir de base para la adjudicación, *tales como...*) y fue corroborado también por la JCCA, al decir en su informe 28/95, de 24 de octubre que *el propio artículo señala una serie de criterios, entre los que figura el precio, precedidos por la expresión "tales como" y haciendo alusión a "otros semejantes", lo que viene a demostrar que su enumeración ni es exhaustiva (pueden existir otros criterios objetivos) ni obliga a incluir necesariamente todos los que menciona en un determinado concurso...*

Los criterios objetivos han de establecerse en el PCAP, presentándose por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya (la STS 29 de junio de 1999, RJ 6909\1999 mostró la importancia no sólo de presentar los criterios por orden decreciente, sino también de la ponderación²²⁰). Es decir, han de darse a conocer desde que se aprueba el expediente y se hace público; lo contrario, esto es, aprobar un pliego y licitar mediante concurso sin incorporar criterios sería motivo de nulidad (así lo confirmó el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de marzo de 2005, recurso núm. 3073/2001, RJ 2005\3114, en la que rechazaba además la posibilidad de que se admitan como criterios otras fórmulas vagas, retorcidas u oscuras como la de *otras circunstancias apreciadas mayoritariamente por el Pleno*).

Como regla general, los criterios han de ser varios, de modo que sólo excepcionalmente debería admitirse la utilización de un solo criterio en el concurso y en tales casos ello habría de justificarse por el órgano de contratación (STS 11 de mayo de 1999, RJ 1999\5035). Ese fue el criterio que también expresó la JCCA en su informe 28/95,

²²⁰ Concretamente, la sentencia citada confirmó la anulación de una adjudicación porque *la Administración no cuantifica mediante concretos porcentajes o proporciones el mayor o menor grado de importancia que habrá de atribuirse a cada uno de esos criterios cuando, por concurrir más de uno, sea obligada una valoración conjunta.*

de 24 de octubre: *" el supuesto de criterio único de adjudicación debe considerarse excepcional puesto que el artículo 87 parte de la existencia de una pluralidad de criterios al señalar que en el pliego se indiquen por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, prescripción inaplicable al supuesto de utilización de un solo criterio. Por ello debemos entender que la utilización por el órgano de contratación de un solo criterio, en casos excepcionales, deberá estar justificada debidamente en el expediente..."*

También como regla general a tener en cuenta con relación a los criterios selectivos, y que tendremos ocasión de exponer con detalle más adelante, es preciso tener en cuenta que es doctrina reiterada del TJCE y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la consideración de que no pueden utilizarse los medios de acreditación de solvencia (que operan en la fase inicial de la licitación y tienen la finalidad de determinar la capacidad económica y técnica de las empresas) como criterios de valoración de las ofertas (que operan en un momento posterior). Singularmente debemos tener en cuenta esta regla con relación a la experiencia del empresario, pero a ella dedicaremos expresamente un epígrafe.

Una cuestión de interés práctico fue la resuelta por la STS 24 de mayo de 2004 (recurso núm. 7759/1999, RJ 2004\4013): en aquellas ocasiones en que la Administración tenga constancia de que en el pliego se ha incluido un criterio que no se ajusta a la legalidad, lo correcto no es ignorarlo y no aplicar su puntuación a las proposiciones presentadas, sino suspender el procedimiento de adjudicación y en su caso revisar los actos administrativos previos²²¹.

²²¹ En el caso enjuiciado se trataba precisamente de la experiencia, que había sido incluida como criterio objetivo. Varios vocales de la Mesa de contratación lo pusieron de manifiesto, y la propia Mesa optó por no aplicar ese criterio y continuar el procedimiento.

Una importante novedad del TRLCAP (procedente de la Ley 53/1999) es que podría concretarse la fase de valoración de las proposiciones en que operarían los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pudiera ser exigido al licitador para continuar el proceso selectivo (art. 86.2 TRLCAP). Para tales casos, el artículo 80.1 RGLCAP dispuso que el sobre de la proposición económica contendría exclusivamente ésta, y que se presentarían, además, tantos sobres como fases de valoración se hubieran establecido.

3.4.1.2.- El precio como criterio en el concurso. Las condiciones económicas pactadas en convenios colectivos.

Acabamos de ver que la enumeración de criterios selectivos que contenía el artículo 86.1 TRLCAP era meramente enunciativa y no limitativa.

El precio debe ser normalmente uno de los criterios objetivos para la adjudicación del contrato. Aunque el artículo 86 TRLCAP no hacía ningún énfasis en la utilización del precio como criterio (sólo lo enunciaba encabezando la serie de otros criterios admisibles), no estamos ante un criterio cualquiera. No olvidemos que el precio ha sido el criterio por antonomasia desde el origen de las licitaciones, y ya vimos que éste es remoto. Pues bien, en el concurso, conforme expresó la JCCA, debe considerarse excepcional la ausencia del precio como criterio objetivo y esa posibilidad debe ser motivada. Concretamente el informe 28/95, de 24 de octubre, expresó que *"se entiende que la posibilidad que tiene el órgano de contratación de excluir el precio como criterio para la adjudicación de contratos por concurso debe considerarse excepcional y consignarse en el expediente las razones que en cada caso concreto justifiquen tal exclusión, sobre todo si se tiene en cuenta el juego que puede proporcionar el propio artículo 86 en orden a la necesidad de indicar*

los criterios por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, que, en determinados supuestos y en relación con el precio puede ser mínima, sin llegar a la total exclusión de dicho criterio”.

Respecto a la valoración del precio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha expresado reiteradamente que en el concurso pueden admitirse diversas fórmulas, siempre que no se rechace automáticamente ninguna propuesta como anormalmente baja sin proceder previamente a la comprobación de su viabilidad (por ejemplo, informa 27/98, de 11 de noviembre). Ello está en consonancia con las Directivas comunitarias, que cuando se refieren a la oferta económicamente más ventajosa no siempre se refieren al precio más bajo. Eso sí, lo que también hizo la JCCA es advertir que si dichas fórmulas de valoración del precio no hubieran sido detalladas por el pliego de cláusulas administrativas particulares, no sería admisible que la valoración otorgue mayor puntuación a ofertas de precio superior y viceversa. O sea, y en las propias palabras de la Junta Consultiva estatal en su informe 8/97, de 20 de marzo): *“no pueden utilizarse fórmulas distintas a aquéllas 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”.*

Pero en cuanto al precio, no sólo se admitía que éste fuera un criterio como tal, sino que también se refería el precepto a la fórmula de revisión del precio o los índices o sistemas de revisión, dado su carácter objetivo (ver, en este sentido, el informa JCCA 45/96, de 22 de julio).

Una última cuestión relacionada con el precio merece ser comentada por la conflictividad que ha generado en ocasiones.

Aludimos ahora a la incidencia de las condiciones económicas pactadas por los convenios colectivos en las ofertas presentadas a los concursos convocados por la Administración. El informe 34/99, de 12 de noviembre, de la JCCA, se manifestó con notable claridad sobre esta cuestión. El criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es el de que nuestra legislación sobre contratación administrativa contempla el presupuesto del contrato y la oferta de los licitadores contemplando como único requisito exigible en ese aspecto el de que las proposiciones económicas no rebasen al alza el presupuesto base de licitación. A partir de ese presupuesto de partida, el informe citado argumenta que *"cumplido el requisito anterior la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para llegar a un resultado concreto en cuanto a la cuantía de su proposición económica, en particular, en el caso consultado, si los licitadores en su proposición económica han tenido en cuenta los efectos derivados del artículo 77 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando a la Administración, concretamente al órgano de contratación, a realizar un examen y comprobación de elementos heterogéneos (la proposición económica, por un lado y los efectos del artículo 77 del citado Convenio Colectivo por otro) que por otra parte y por idénticas razones debería extenderse a otros elementos o componentes con influencia en la proposición económica, como pudiera serlo, por ejemplo, el pago de impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles subvenciones, otros aspectos de la legislación laboral, etc..."*

Y con la misma línea de razonamientos, la JCCA sostuvo en el informe citado que respecto de contratos ya adjudicados no procede la revisión del importe de adjudicación por repercusiones derivadas de los incrementos salariales contemplados por un convenio colectivo; en tales casos, el régimen a seguir es el establecido por la legislación

contractual para la revisión de precios y modificación de contratos, expedientes éstos que difícilmente podrán tener su fundamento en las fluctuaciones de convenios colectivos sectoriales, según la JCCA.

Finalmente y con relación a esta última cuestión y al parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hay que rechazar también la posibilidad de considerar incursas en presunción de temeridad aquellas ofertas que no cumplan con los pactos de repercusión en precios y competencia desleal, pues como la propia Junta afirmó en aquel informe, *"la determinación de si una proposición está o no incurso en presunción de temeridad, tanto en subastas, como, en su caso, en concursos, ha de realizarse mediante examen comparativo con las restantes proposiciones, prescindiendo también de las repercusiones que, en sus respectivas cuantías, haya podido producir la aplicación del citado artículo 77 del Convenio Colectivo"*.

Posteriormente, la JCCA ha tenido ocasión de abordar cuestiones semejantes a ésta última, reiterando su parecer en los informes 34/01, de 13 de noviembre; 26/03, de 17 de noviembre; 53/04, de 12 de noviembre; 25/06, de 20 de junio; y 50/07, de 29 de octubre.

3.4.1.3.- Otros criterios selectivos.

Es frecuente que los órganos de contratación encuentren dificultades para introducir criterios objetivos de selección en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. A pesar de que el TRLCAP ejemplificaba una serie de ellos, la introducción de otros diferentes ha chocado con la interpretación de los órganos judiciales y consultivos considerándolos a veces contrarios a la ley o a los principios generales de la contratación pública comunitaria.

Vamos ahora a traer aquí una serie de criterios sobre los que ha habido pronunciamientos de ese tipo.

Ya apuntamos (y lo ampliaremos con relación a la experiencia) que las características de las empresas suponen unos aspectos subjetivos y no objetivos que deben ubicarse en la fase inicial de selección y no en la de adjudicación de los contratos. En diversos informes, la JCCA se pronunció sobre la posibilidad de incluir entre los criterios de valoración de las ofertas los relativos a las características de las empresas, así como la posibilidad de valorar entre ellos los medios personales y materiales que van a ser adscritos por las empresas a la ejecución del contrato, o los componentes del equipo de trabajo. Como hemos anticipado, la JCCA en estas ocasiones se basa en distinguir entre criterios de selección y criterios de adjudicación de los contratos (recordando ella misma algunos informes anteriores: por ejemplo, informes 22/94, de 16 de diciembre, 28/95, de 24 de octubre, ó 53/97, de 2 de marzo de 1998). Posteriormente, la Junta Consultiva lo reiteró en sus informes 36/01, de 9 de enero de 2002 y 37/01, de 9 de enero de 2002. En este último insistió en que, según su doctrina, es preciso diferenciar los procedimientos abiertos de los restringidos y negociados, para afirmar que *"en los procedimientos abiertos, en la fase de selección de contratistas deberán utilizarse los medios acreditativos de su capacidad y solvencia de las empresas, en definitiva características de la propia empresa, enumerados en los artículos 15 a 19 de la LCAP y en la fase de adjudicación los criterios objetivos enumerados en el artículo 86...los medios personales y materiales deben considerarse requisito de solvencia del contrato, por lo que la posibilidad de utilización como criterios de adjudicación o de valoración de las ofertas en un concurso de los medios personales o materiales que son concretamente ofertados para la ejecución de la prestación, de forma que se integran específicamente en la oferta como elementos de la misma, debe ponerse en relación con lo señalado en los informes de*

esta JCCA...respecto a la posibilidad de utilizar como criterios de adjudicación en los concursos las denominadas “características de las empresas”, informes cuyas consideraciones deben entenderse reproducidas. Y la JCCA volvió sobre la cuestión remachando su parecer en el informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, recordando también para ello la doctrina del TJCE en su sentencia Beentjes, de 28 de enero de 1989. Lo que si es admisible es la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares como criterio del mayor número de elementos personales y materiales que los exigidos como requisito de solvencia; a juicio de la JCCA en su informe 59/04, de 12 de noviembre, ello no contradice ni las Directivas comunitarias²²² ni la legislación española de contratación administrativa.

Tampoco son admisibles como criterios de adjudicación ni como requisitos de solvencia los índices relativos a siniestrabilidad laboral de las empresas (informe JCCA 11/99, de 30 de junio), ni los extremos relativos a la prevención de riesgos laborales (informe 42/06, de 30 de octubre).

Expresamente desechó también la JCCA la posibilidad de que el “grado de estabilidad en el empleo” del personal integrado en la empresa pueda ser utilizado como criterio selectivo; como mucho, y según el órgano consultivo en su informe 5/02, de 13 de junio, esa circunstancia sólo podría ser utilizada (aunque con dificultades prácticas) en la fase de selección de los contratistas (de acuerdo con los artículos 17.d, 18.c, y 19.d TRLCAP).

No son admisibles tampoco las llamadas “primas de adjudicación” y “aportaciones voluntarias en metálico” (informe

²²² Ni la interpretación que de las mismas ha efectuado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (fundamentalmente en la citada sentencia de 20 de septiembre de 1998, asunto C-31/87 Beentjes).

44/95, de 21 de diciembre) como elementos a considerar para seleccionar las ofertas, porque constituyen serias irregularidades en el procedimiento de adjudicación, pues la esencia de la licitación pública radica en que las ofertas económicas se hagan sobre la base del presupuesto de licitación, y lo contrario puede lindar con actividades delictivas, además de suponer una alteración de los principios de libre concurrencia y adjudicación objetiva de los contratos. Además, estaríamos en estos casos ante unas fórmulas de financiación irregular de las Entidades Locales (informe JCCA 18/97, de 14 de julio).

En cuanto a la reducción del plazo de ejecución del contrato, sólo puede ser admitido como criterio cuando la reducción resulte de interés público. Es decir, no debe incluirse un criterio tal en el PCAP cuando tal reducción del plazo de ejecución sea indiferente a los intereses de la Administración (informe JCCA 29/98, de 11 de noviembre).

Y también el Tribunal Supremo se ha pronunciado en algunas sentencias acerca de criterios de selección; así, la STS 22 de marzo de 2002 (RJ 2002\4613) analizó algunos de ellos, y tras abundar en el hecho de que la adjudicación de los concursos no se basa exclusivamente en buscar la proposición de mejor contenido económico, admitió que el órgano de contratación otorgue prioridad a las proposiciones por razón de su proximidad económica al lugar de ejecución del contrato, *"pues la mayor valoración de esa proximidad no sólo no es arbitraria, sino que responde a la razonable justificación de que es un factor que puede contribuir a una mejor prestación del servicio"*. Eso sí, debemos quedarnos con ese razonamiento del Tribunal Supremo de modo completo, no parcialmente. Queremos decir que, valorar como criterio la proximidad geográfica sin más puede suponer una restricción injustificada de la concurrencia que iría contra los principios básicos

de la contratación pública comunitaria. Por ello, tal valoración sólo debe admitirse cuando se justifique que la proximidad geográfica efectivamente incide en una mejor ejecución del contrato. Y como prueba de lo que decimos, puede contrastarse la sentencia anteriormente citada con la STS 12 de enero de 2001 (recurso núm. 6984/1996, RJ 2001\1635), en la que la conclusión es la opuesta; esto es, el Tribunal consideró que el pliego vulneraba el principio de igualdad porque tanto los criterios de solvencia como los objetivos para la adjudicación otorgaban unas puntuaciones exageradamente superiores a la circunstancia de radicar las empresas en la Comunidad Autónoma, y sobre todo, en la provincia del órgano de contratación, sin que ello tenga una justificación razonable. Como declaró el Tribunal Supremo en esta ocasión, tal puntuación resultaba irrazonable y desproporcionada, suponiendo en la práctica la exclusión de empresas en las que no concurría el suficiente grado de vinculación local territorial, y ocasionando un claro trato discriminatorio que vulnera la exigencia de igualdad en la contratación pública.

Como vemos, han sido recurrentes los conflictos en los que se planteaba la posibilidad de utilizar como criterios de adjudicación algunas circunstancias que podían ser consideradas elementos de solvencia. En algunas ocasiones la delimitación podría resultar complicada, pero en todo caso es inadmisibile la valoración de las mismas circunstancias en ambas fases de la contratación. Por eso concluyó la JCCA en su informe 41/05, de 26 de octubre (en el mismo sentido puede verse su informe 4/06, de 20 de junio), que *"en los contratos de suministro de vestuario y determinado material policial a celebrar por la Dirección General de la Guardia Civil, determinadas características de las muestras exigidas pueden utilizarse como criterios de solvencia técnica y otras distintas de las mismas muestras, como reflejo de la calidad, como criterios de adjudicación*

siempre que ambos tipos de criterios sean objeto de la debida publicidad en los pliegos o en los anuncios”.

Queremos finalizar este epígrafe trayendo aquí una observación de MORENO MOLINA²²³ y que retomaremos en el capítulo relativo a la Ley de Contratos del Sector Público. Reseñaba el profesor que la Disposición Adicional 3ª de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases, estableció que las Administraciones Públicas adoptarán las medidas necesarias para favorecer la prevención de la producción de residuos de envases y la reutilización y reciclado de los envases con la finalidad de evitar o reducir su eliminación, y que *promoverán el uso de materiales reutilizables y reciclables en la contratación de obras públicas y suministros*. La cuestión tiene importancia porque supone una cierta derivación de la regla inicial y fundamental de que los criterios selectivos han de estar directamente relacionados con el objeto del contrato, según expresó reiteradamente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Pero dejemos aquí esta cuestión y la recuperaremos más adelante, como hemos dicho.

3.4.1.4.- La experiencia como criterio selectivo.

En los últimos años ha sido recurrente la utilización de la experiencia como criterio selectivo en los concursos, así como el debate sobre su licitud y los pronunciamientos doctrinales, consultivos y jurisprudenciales. Por su frecuencia y polémica, la experiencia merece atención diferenciada.

²²³ MORENO MOLINA, J.A.: *Nuevo Régimen de Contratación Administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras el RDLeg. 2/2000, de 16 de junio*. Ed. La Ley, 2ª edición, pág. 286.

La interdicción de la experiencia como criterio selectivo tiene también un origen comunitario²²⁴ y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha reiterado que no es admisible utilizar la experiencia del empresario como criterio de adjudicación en los concursos, ya que aquella es un requisito de solvencia utilizado o utilizable en la fase inicial del procedimiento selectivo (por ejemplo, en los informes 13/98, de 30 de junio, 22/00, de 6 de julio, ó 51/05, de 19 de diciembre). En el informe 53/97, de 2 de marzo de 1998, para que no quedasen dudas, la JCCA admitía la calidad como criterio selectivo²²⁵ (no así los certificados de aseguramiento de la misma, según su informe 50/06, de 11 de diciembre), *"a no ser que con el término calidad se esté aludiendo a otro requisito distinto, en particular la experiencia, configurado como requisito de solvencia en los artículos 17, 18 y 19 de la propia Ley"*²²⁶.

Y no es otra la postura del Tribunal Supremo; por ejemplo, en la sentencia de 27 de febrero de 2001 (RJ 2001\926), en la que rechazó que la experiencia en el ejercicio de la arquitectura supusiera un criterio referido al objeto del contrato (que es lo que deben ser los criterios), sino que son puramente subjetivos, se refieren a los concursantes y no al proyecto, vulnerando por lo tanto el artículo 87 LCAP. En conclusión, el Tribunal Supremo expresó que la experiencia puede ser valorada para apreciar la solvencia técnica o profesional de quienes pretenden contratar con la Administración, como trámite

²²⁴ Ver BAÑO LEÓN, J.M.: "La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". *RAP*, nº 151, enero-abril de 2000, pág. 34.

²²⁵ También lo hizo, y es interesante su lectura, en el informe 46/04, de 12 de noviembre.

²²⁶ Desde luego, la calidad es un concepto distinto a la experiencia, y que puede servir de opción válida como criterio. En este sentido, GARCÍA MORENO, A.: "Calidad en los contratos de la Administración: sugerencias para aplicar la norma ISO 9000 como criterio objetivo para la adjudicación". *El Consultor*, núm. 17, 15-septiembre-1999. Pág. 2634.

previo a la adjudicación del contrato. Pero no es admisible para valorar la oferta, puesto que esta no puede venir referida a los contratistas; sólo bajo este planteamiento cabe hablar de la objetividad exigida por el artículo 87. Lo contrario, incluir la experiencia entre los criterios selectivos para adjudicar el contrato, equivale a efectuar una discriminación subjetiva según el Tribunal Supremo.

El rechazo de la experiencia como criterio objetivo ha sido hasta ahora mayoritario en la doctrina y jurisprudencia, aunque no sería justo omitir que también se han vertido argumentos sensatos en la dirección opuesta, y que vamos aquí a reflejar. Y es que a nosotros nos parecieron interesantes y no desprovistos de toda razón los argumentos de ORTÍZ MALLOL²²⁷. El profesor expuso que la utilización de la experiencia como criterio también podría ser legítima: *“el aseguramiento de la mejor satisfacción de tal interés general implica no desconocer que algunos de los licitadores han resuelto con satisfacción para la contraparte (ora Pública, ora privada), prestaciones similares a las que ahora se contratan por la Administración Pública. Tras una serie de argumentos jurídicos razonables, ORTÍZ concluía proponiendo la posibilidad de admitir la experiencia como criterio de adjudicación, en la medida en que permita la mejor satisfacción del interés general; para evitar que con ello se produzcan efectos indeseados (desviación de poder, limitación injustificada de la concurrencia) se propone, de un lado, reconocer como experiencia la demostrada tanto en la pretérita práctica empresarial a favor de entidades públicas como privadas, siempre que el objeto de aquélla fuera análogo al que resulta ser licitado, de otro limitar el porcentaje de valoración de la experiencia sobre el*

²²⁷ ORTÍZ MALLOL, J.: “A vueltas sobre la experiencia como criterio de adjudicación de los contratos administrativos licitados por forma de concurso”. *RAAP*, nº 40. Octubre-Diciembre de 2000. Págs. 77 y ss.

total dado a los diferentes criterios de adjudicación. En cualquier caso, se afirma la posibilidad de integrar la experiencia conjuntamente en la solvencia y en la adjudicación estableciendo un mínimo a acreditar por el primer concepto, y un grado de excelencia sobre el anterior por el segundo”.

Efectivamente, parece contradecir el sentido común el rechazar que un licitador con una dilatada experiencia en determinado tipo de contrato puede ofrecer una mejor respuesta a la Administración al ejecutar las prestaciones contratadas; esto es, es lógico pensar que con mucha frecuencia, las empresas con mayor experiencia podrán hacer un estudio más riguroso y presentar una oferta más competitiva, rigurosa y con mayores garantías de ejecución que las restantes empresas. Obviamente, son precisos argumentos jurídicos para discutir la mayoritaria posición jurisprudencial y de la JCCA, cuyo origen se sitúa como hemos dicho en el derecho comunitario, pero no debemos dejar de reflexionar si no es más restrictivo de la concurrencia el mantener la experiencia como elemento de solvencia²²⁸ o el permitir que la experiencia únicamente suponga un plus de puntuación a la hora de decidir la adjudicación de los concursos.

Seguramente, la mejor forma de ponderar la experiencia empresarial para la adjudicación de los contratos sin infringir la

²²⁸ El artículo 17.a) TRLCAP establecía como medio de acreditación de la solvencia técnica en los contratos de obras, *la relación de las obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años acompañada de certificados de buena ejecución para las más importantes*; el artículo 18.a), para el de suministro: *relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años...* y el artículo 19 establecía que *en los demás contratos regulados por esta Ley la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia...por uno o varios de los medios siguientes: b) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los tres últimos años...*

doctrina legal y jurisprudencial imperante en esta materia es una óptima utilización del procedimiento restringido o incluso del procedimiento negociado, efectuando la invitación previo análisis serio de la capacidad de las empresas. Pero estas soluciones pecan de falta de agilidad para los órganos de contratación, que están obligados casi siempre a contratar apremiados por múltiples circunstancias.

3.4.2.- LAS OFERTAS DESPROPORCIONADAS O TEMERARIAS.

La reforma de la Ley 53/99, de 28 de diciembre, introdujo como una de sus principales novedades la de la consideración de ofertas desproporcionadas o temerarias en el concurso²²⁹. Hasta ese momento únicamente cabía la apreciación de dichas ofertas en la subasta. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa había tratado la cuestión en diversas ocasiones; por ejemplo lo había hecho en su informe 62/96, de 18 de diciembre, y su criterio coincidía (como no podía ser de otra forma) porque procedía, de las indicaciones de las directivas comunitarias. Concretamente, la Directiva 93/37/CEE había establecido que si para un concreto contrato 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, y verificará esta composición teniendo en cuenta las justificaciones presentadas...(pudiendo)...tomar en consideración las justificaciones que hagan referencia a la economía del procedimiento de construcción, o a las soluciones técnicas que se hayan adoptado, o a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador para la ejecución de las obras, o a la originalidad del proyecto.

²²⁹ Así lo comentó generalizadamente la doctrina en aquel momento. Sólo como muestra, citamos en ese sentido a VICENTE IGLESIAS, J.L.: "Comentarios a propósito de la próxima reforma de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas". Actualidad Administrativa, núm. 31. Año 1999.

En España, hasta aquel momento, la JCCA expresaba (por ejemplo, en el informe 18/96, de 5 de junio) que en el concurso no podían rechazarse automáticamente las proposiciones desproporcionadas o temerarias sin comprobar o verificar su posible cumplimiento, sin que resultara de aplicación el criterio establecido para la subasta.

Como consecuencia de la indicada reforma, el artículo 86.3 LCAP establecía que *"en los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias."*

Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, se deberán expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.

4.- En los supuestos contemplados en el apartado anterior, se estará a lo dispuesto, para las subastas, en el artículo 83, en lo que concierne a la tramitación de las proposiciones y garantía a constituir, sin que las proposiciones de carácter económico que formulen individualmente sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, puedan ser consideradas a efectos de establecer el precio de

*referencia para valorar las ofertas económicas e identificar las que deben considerarse como desproporcionadas o temerarias*²³⁰.

De este modo, y a partir de la reforma de diciembre de 1999, fue posible la consideración de que un precio ofertado incurre en temeridad, pero sólo si el criterio para hacerlo se recogía en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Por lo tanto, y dicho en sentido contrario, si el pliego de cláusulas administrativas particulares no contenía mención a las ofertas desproporcionadas o temerarias y la fórmula para determinarlas, no es posible su consideración en la licitación (informe JCCA 28/05, de 29 de junio).

Cabía apreciar una contradicción entre los párrafos primero y segundo del artículo 86.3 TRLCAP, de forma que el primero de ellos presentaba la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares previeran criterios para apreciar la temeridad como algo potestativo, mientras que el segundo de dichos párrafos utilizaba el término “deberá”, lo que parecía imponer la obligación como contenido imperativo del pliego. La JCCA ofreció una solución a tal contradicción en su informe 48/01, de 30 de enero de 2002, mediante una interpretación finalista gracias a que el propio órgano consultivo había sido el precursor del precepto con su informe 40/99, de 30 de junio. Conociendo, pues, de primera mano los antecedentes y el fondo de la cuestión, la JCCA afirmó que *“ante la contradicción existente entre los dos párrafos del apartado 3 del artículo 86 de la LCAP, debe sostenerse la prevalencia del primer párrafo (carácter facultativo de incorporación de criterios para la apreciación de bajas desproporcionadas o temerarias) frente al párrafo segundo (carácter preceptivo en los contratos en que el precio ofertado sea criterio de adjudicación) teniendo en cuenta los*

²³⁰ Este apartado merece idénticos comentarios que los que ya formulamos en el caso de la subasta.

antecedentes del precepto y, en especial, los informes de esta Junta, cuyos criterios fundamentaron la actual redacción del párrafo primero del apartado 3 del artículo 86 de la LCAP”.

Posteriormente, y en el informe 28/01, de 13 de noviembre, la JCCA avanzó un poco más sobre la cuestión, precisando que la remisión que formula el artículo 86.4 TRLCAP efectuaba hacia el 83, y la que formulaba el artículo 90 implicaban que la regulación de la tramitación de proposiciones incursas en presunción de temeridad establecida para las subastas resultaba aplicable a los concursos, fundamentalmente el trámite de notificación a los interesados y el requerimiento para la justificación de la proposición (trámite éste que corresponde efectuar a la Mesa de contratación). Tampoco consideró aplicable la JCCA a los concursos la ampliación al doble del plazo para adjudicar prevista en el artículo 83.2.b) TRLCAP.

Aunque hemos dedicado una atención expresa a los costes de personal fijados por convenios colectivos y su incidencia en el precio de los contratos, debemos aquí referir que la problemática fue planteada también con relación a las ofertas desproporcionadas o temerarias. En ese sentido, el informe 34/01, de 13 de noviembre, la Junta concluyó la inviabilidad de considerar que una proposición incurría en baja desproporcionada o temeraria por el simple hecho de ser inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste-hora fijado en el convenio colectivo del sector; la consideración de una proposición como temeraria ha de tener lugar conforme a los criterios que a tal efecto se hubieran establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Las palabras del órgano consultivo fueron claras, reproduciendo las que había utilizado en el informe 9/97, de 20 de marzo: *“ resulta así que una oferta estará incursa en presunción de temeridad por su examen comparativo con otras proposiciones, por lo que, se insiste, no se alcanza a comprender cómo el cumplimiento o incumplimiento del artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de*

Empresas de Seguridad puede dar lugar a la presunción de temeridad. La proposición económica de cada licitador ha de examinarse comparativamente con las del resto de licitadores y el resultado que se obtenga en orden a la existencia o no de presunción de temeridad ha de ser independiente la circunstancia del cumplimiento o incumplimiento del tan citado artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad”.

3.4.3.- PROCEDIMIENTO.

Hemos visto desde el principio de este trabajo que en el origen de la adjudicación de los contratos el procedimiento utilizado fue la subasta; como dato que corrobora esa base, el artículo 80 TRLCAP también establecía que *“los preceptos relativos a la celebración de la subasta regirán también para el concurso, excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a aquella forma de adjudicación”*. Como particularidades del concurso, el artículo 90 RGLCAP dispuso que no le serían de aplicación los preceptos relativos a los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias (artículo 85), ni la decisión mediante sorteo de la adjudicación cuando se presentaren dos o más proposiciones iguales que resultaren ser las de precio más bajo (artículo 87.2, último inciso).

Teniendo en cuenta esa aplicación, la regulación específica del concurso como procedimiento administrativo es más breve. De forma parecida a lo previsto para las subastas, el artículo 88 TRLCAP expresaba que *“la Mesa de contratación calificará previamente los documentos presentados en tiempo y forma, procederá, en acto público, a la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores y las elevará, con el acta y la propuesta que estime pertinente, que incluirá en todo caso la ponderación de los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, al*

órgano de contratación que haya de efectuar la adjudicación del contrato”.

Debemos advertir que el artículo 87.1 RGLCAP aludía a que en el acto público de apertura de proposiciones la Mesa formularía su propuesta de adjudicación a favor de la de precio más bajo o económicamente más ventajosa. Sin embargo, eso no concuerda con el desarrollo procedimental del concurso en la práctica, pues lo habitual es proceder en acto público a la apertura y lectura de las proposiciones para posteriormente valorarlas detenidamente, adjudicando en un acto posterior. Es decir, en un concurso raramente la Mesa formula su propuesta de adjudicación en el mismo acto de apertura de las proposiciones. Sobre esta cuestión se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 25/02, de 17 de diciembre, concluyendo en el sentido práctico que hemos indicado, que el artículo 87.1 RGLCAP, *“en la medida que extiende al concurso lo económicamente previsto para la subasta para la determinación en acto público de la proposición económicamente más ventajosa y propuesta de adjudicación a su favor, está en contradicción con los artículos 88.1 y 90 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que prevalecen sobre aquel precepto reglamentario, por lo que el acto público previsto en este último precepto no debe comprender la determinación de la oferta más ventajosa ni la propuesta de adjudicación a su favor”*. Luego, dicho en términos positivos, en el acto público del concurso la Mesa de contratación ha de proceder según establece el citado artículo 87.1 RGLCAP, a excepción de lo relativo a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y propuesta de adjudicación a su favor (de modo que también en tal caso se cumplirían los artículos 88 y 90 TRLCAP, que han de prevalecer por el principio de jerarquía normativa).

Ya mencionamos que la Ley 53/1999 introdujo la posibilidad de articular varias fases en el concurso; esto es, varias cribas de proposiciones en la fase de adjudicación del contrato. Concretamente, el artículo 86.2 TRLCAP expresaba desde aquella reforma que los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrían concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarían los criterios objetivos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pudiera ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo. Una fórmula similar era la especialidad prevista por el artículo 184 TRLCAP (que ya lo estaba previamente en el artículo 185 LCAP) con relación a los procedimientos de contratación de los equipos y sistemas para el tratamiento de la información. En estos casos, y si así lo preveía el pliego de cláusulas administrativas particulares, el concurso podía resolverse en dos fases: en la primera había de procederse a la selección de las ofertas que, a juicio de la Mesa de contratación, resultaran más ventajosas para la Administración. En la segunda fase había de seleccionarse aquella oferta que debiera ser propuesta como adjudicataria, una vez comprobada la adecuación de la misma a los trabajos previstos como básicos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Al igual que indicamos al hablar de la subasta, también para el concurso se establece un plazo máximo para efectuar la adjudicación; concretamente, y previos los informes técnicos que considere necesarios, el órgano de contratación deberá adjudicar el contrato en el plazo máximo de tres meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se establezca otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares (artículo 89.1 TRLCAP²³¹). En el caso de que dicha adjudicación no se dicte transcurrido ese plazo, los

²³¹ Este apartado primero no tenía carácter básico, según la Disposición final primera del TRLCAP.

empresarios admitidos al concurso tendrán derecho a retirar su proposición y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubiesen prestado (artículo 89.2 TRLCAP). El plazo es notablemente mayor en el contrato de concesión de obra pública, atendiendo a la complejidad técnica de los mismos; ello requiere más tiempo para preparar las proposiciones y también para valorarlas y concretar el clausulado específico del contrato. El artículo 235.3 TRLCAP dispuso en ese sentido que la adjudicación y la formalización del contrato se efectuaría en los plazos que el pliego de cláusulas administrativas particulares estableciera. Dichos plazos no podían exceder de seis meses, ampliables motivadamente por un plazo no superior a tres, para la adjudicación, y de tres meses para la formalización.

Las proposiciones de los licitadores pueden ofrecer variantes o alternativas a la ejecución del contrato sólo cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente dicha posibilidad. En tal caso, el pliego precisará sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de variantes o alternativas. Dicha autorización de variantes ha de hacerse constar también en el anuncio de licitación del contrato (artículo 87 TRLCAP). A ello añadía el artículo 89 RGLCAP que los órganos de contratación no podían rechazar variantes o alternativas so pretexto de que contienen especificaciones técnicas definidas por alguna de las referencias contempladas en el artículo 52.1 de la Ley.

3.4.3.1.- Los informes de valoración.

En el concurso, la Mesa de contratación puede solicitar los informes técnicos de valoración que considere necesarios antes de formular su propuesta de adjudicación (art. 81.2 TRLCAP). Por eso vimos anteriormente que lo habitual es que dicha propuesta de adjudicación tenga lugar en un acto posterior al de la apertura pública de las proposiciones. La petición de informes es algo potestativo para

la Mesa, que con carácter general puede pedirlos en cualquier procedimiento. Pero en el caso del concurso ello parece casi obligatorio, dada la complejidad de los criterios de adjudicación; en el concurso no rige el automatismo que predicamos de la subasta. La Mesa de contratación, por lo tanto, necesita de un soporte técnico y cualificado para proponer al órgano de contratación la adjudicación; para determinar, en fin, cuál es a su juicio la oferta económicamente más ventajosa. Esa normalidad que supone la petición de informes en el concurso parecía estar presente en la propia redacción del artículo 89 TRLCAP, al decir que *el órgano de contratación, previos los informes técnicos correspondientes...*

Los informes técnicos de valoración no son vinculantes, pues no lo establece así la norma, y su finalidad es la de ilustrar técnicamente a la Mesa de contratación antes de formular su propuesta. Así lo ha corroborado la jurisprudencia, por ejemplo en la STS 1 de febrero de 1996 (RJ 1996\886): *"el informe del Departamento de Mobiliario Urbano que estimó no tomar en consideración determinados pliegos por no cumplir el pliego de condiciones, no es vinculante, y es la Mesa de Licitación la que debe decidir sobre la admisión o no de las propuestas presentadas, valorando los informes previos que haya recibido como estime más ajustado a Derecho"*.

Habitualmente los criterios de adjudicación tienen un carácter muy técnico, porque ese es también el carácter esencial de la ejecución de muchos contratos. Por ello, la adjudicación depende en buena medida del informe emitido por los técnicos que realizan la valoración de las proposiciones presentadas. Es preciso, por lo tanto, que los profesionales que emitan los correspondientes informes sean especialistas en la materia objeto de valoración; aunque nada establecían ni la LCAP ni su Reglamento de desarrollo, esto parece elemental.

También es habitual que la Mesa de contratación atienda el sentido propuesto por el informe de valoración y proponga la adjudicación del contrato en ese sentido. Y, un paso después, lo ordinario es también que el órgano de contratación atienda la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación y dicte la adjudicación a favor del empresario que presentó la proposición mejor valorada en el informe y en la propuesta. Si la Administración adjudica el contrato a la proposición mejor valorada por los técnicos, la oposición al acto de adjudicación será difícil, pues sólo podría ser desvirtuada por otros dictámenes técnicos, lo que no procede y difícilmente va a ser admitido por un tribunal de justicia; en este sentido son interesantes las palabras que utilizó el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de diciembre de 1973 (RJ 5060): *"...desbordaríamos el ámbito de lo jurisdiccional si ante soluciones técnicas distintas, margináramos la que, a juicio de los técnicos municipales, es más conveniente y siguiendo el criterio de otro técnico, llamado como perito al proceso, impusiéramos al Ayuntamiento...otra solución, pues habríamos sustituido el criterio del técnico municipal por el del perito y la apreciación de la Corporación por nuestro juicio con desbordamiento de lo que es control jurisdiccional..."* En estos casos, a nuestro entender, ocurriría igual que en otros supuestos de ejercicio de discrecionalidad técnica por parte de la Administración, y es que sólo prosperaría un recurso si la valoración o posterior adjudicación han incurrido en evidentes errores o se ha desbordado la discrecionalidad técnica para incurrir en arbitrariedad. Por el contrario, si la Administración adjudicara el contrato a una proposición que no es la mejor valorada por el dictamen técnico (o la Mesa se apartara de ese informe), cabría la posibilidad de que un recurso bien fundado contra la adjudicación prosperase (ver, por ejemplo, la STS 22 de septiembre de 1988, RJ 1988\7241). No es que el órgano de contratación no pueda apartarse del informe o de la propuesta de la Mesa; puede hacerlo y adjudicar el contrato a otro empresario, pero esa distinta decisión debe estar

suficientemente motivada; así lo expresó el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de febrero de 2005 (recurso núm. 161/2002, RJ 2005\3453), en la que precisamente hizo hincapié en esa suficiencia de la motivación²³².

Es fundamental, aunque tampoco viniera dicho así por la Ley o por su Reglamento, que el informe técnico de valoración detalle cuál ha sido el método empleado para asignar la puntuación a las diversas proposiciones. Es decir, no basta que se atribuya puntuación a cada una de las ofertas, sino que hay que detallar las razones que justifican la asignación de los puntos otorgados, pues lo contrario daría lugar a una notable inseguridad jurídica. Insistamos en que el TRLCAP no exigía que el pliego de cláusulas administrativas particulares contuviese dicho método (la JCCA ponía de manifiesto en su informe 28/95, de 24 de octubre, que la LCAP, *"si bien exige que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se indiquen los criterios de adjudicación, por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, tal obligación no se extiende a los métodos de valoración..."* en ese mismo sentido hay que entender también el informe 8/97, de 20 de marzo, relativo a la valoración del precio en un concurso y a la contribución a la seguridad jurídica que proporciona el establecimiento de la fórmula de valoración), pero ello debía hacerse a nuestro entender en aras de la transparencia, objetividad y motivación que deben preceder a la adjudicación de los contratos públicos. Estos razonamientos vienen confirmados, a nuestro juicio, por la STS 5 de marzo de 2002 (RJ 2002\2565), al manifestar en su fundamento jurídico cuarto que *"late en tal materia, con relación a los concursos, un amplísimo criterio de discrecionalidad administrativa en cuanto a los extremos puramente*

²³² En el caso enjuiciado el Pleno del Ayuntamiento había motivado la adjudicación a empresa distinta de la propuesta por la Mesa, porque había habido un error en la asignación de puntos. Sin embargo, ello no fue apenas motivado en el Acuerdo Plenario de adjudicación.

técnicos, que, lógicamente, ha de abarcar todo lo que afecte a la ponderación de los criterios objetivos establecidos en el Pliego, así como todo lo que atañe a los métodos o pautas de valoración, puesto que lo que se persigue es determinar cuál sea la "proposición más ventajosa", con las matizaciones bien conocidas, recogidas por ejemplo en la sentencia de esta Sala de 7 de octubre de 1999 (RJ 1999\8840), desde la perspectiva de una valoración de las proposiciones y de unos criterios de valoración, tal como aquí se ha verificado, aplicando la proporcionalidad cuando es posible y otorgando valoración fija dentro de los límites máximo y mínimo establecidos, sin que, por ningún lado, aparezcan transgredidos los preceptos de referencia por las "tablas de valoración", al venir éstas a recoger, con precisión y como modo de justificación, extremos referidos a métodos, técnicas o instrumentos de valoración, que no pueden devenir improcedentes ni ilegales, como se recoge en el informe 28/1995, de 24 de octubre, de la Junta Consultiva, sea cual sea el momento en que se señalaran si, como aquí, al final resulta...que, en definitiva, quedaron explicados, razonadamente y tras un método transparente y adecuado, los fundamentos y la propia razón de ser tanto de la propuesta, como del acto de adjudicación, a efectos de cumplir con la necesidad de acierto y con los requisitos de motivación que, por cierto, son insoslayables..."

Queremos terminar este epígrafe subrayando una idea que volverá a aparecer en este trabajo: el error que supone la confusión de los aspectos técnicos de la contratación administrativa con el ejercicio de la política (error también propiciado o tolerado por disposiciones como la que permite en el ámbito local la composición política de la Mesa de contratación). Pues bien, es muy interesante y debe hacer reflexionar a quien no lo tenga suficientemente claro, la lectura de la STS 16 de diciembre de 2004 (recurso núm. 5766/2000, RJ 2005\882). En aquel caso, la propuesta de adjudicación que la Mesa de contratación debe elevar al órgano de contratación fue sustituida

por otra propuesta formulada por una Comisión Informativa de Hacienda, " *sin explicación alguna acerca de la concreta atribución de puntuación a los concursantes...Emitió una opinión bajo la denominación de Dictamen absolutamente huérfana de la necesaria motivación insita a todo Dictamen ya que lo esencial de su naturaleza no lo constituyen sus conclusiones sino los razonamientos o explicaciones que conducen al resultado final, en este caso valorativo...Difícilmente se alcanza exista la citada motivación técnica, cuando la Sala de instancia destaca la existencia de una doble vara de medir a los licitadores en razón a que la calificación la efectúe uno u otro de los dos grupos políticos con mayor peso específico en la Corporación y, en concreto, en la meritada Comisión Informativa de Hacienda...Informes previos que, en el caso de autos, no cabe cobijar bajo la mencionada calificación de técnicos...La Comisión Informativa de Hacienda no hace honor a su nombre. No hay una declaración de juicio que constituye el contenido esencial de los informes. Se limita a manifestar el individual deseo de los miembros de la Comisión confeccionando unas propuestas en atención a su incardinación en uno u otro grupo político*". Nos parecen suficientemente expresivas estas palabras, que reflejan un importante problema de nuestra contratación administrativa sobre el que algún otro comentario formularemos.

3.4.4.- DISCRECIONALIDAD, MOTIVACIÓN Y CONTROL JURISDICCIONAL DEL CONCURSO.

En el concurso la adjudicación del contrato no se caracteriza por el automatismo, como vimos que ocurre en la subasta. Como también hemos visto, en la subasta la adjudicación recae tras la aplicación de unas reglas aritméticas, con un escaso margen de discrecionalidad que sólo puede concurrir en los casos en que aparecen ofertas con valores anormales o desproporcionados. Sin embargo, también hemos visto que en el concurso la adjudicación se

determina tras la conjugación de una serie de criterios objetivos establecidos previamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares; una vez ponderadas las ofertas a la luz de dichos criterios y asignada una puntuación a cada oferta, el órgano de contratación adjudica el contrato. Es indudable que en este procedimiento hay lugar para la discrecionalidad administrativa, con las ventajas e inconvenientes que cada cual puede apreciar en ello. Si el principal objetivo a seguir es la objetividad e incluso la agilidad, es indudable que la mejor fórmula para adjudicar los contratos es la subasta. Por eso aquellas primeras normas sobre contratos administrativos del siglo XIX sólo contemplaban la subasta como forma de contratar. Sin embargo, a medida que las necesidades de la Administración se van tornando complejas, se va constatando que el precio no es el único elemento importante a la hora de contratar. Es conveniente que la Administración sopesese otros aspectos de las ofertas que son de gran importancia a la hora de ejecutar un contrato del modo más satisfactorio posible para el interés público. Es más, no es ningún secreto que en las subastas el precio de remate suele ser inferior al de otros procedimientos. Este hecho, que en una primera aproximación puede resultar un aliciente, arroja otras consecuencias que nos obligan a reflexionar. Y es que celebrar un contrato por precio muy bajo puede ser interesante a corto plazo, pero es también fácilmente constatable que ello acarrea no pocos problemas en la fase de ejecución, en la que la calidad de las prestaciones se resiente. No hay, o hasta ahora no hemos encontrado, un sistema perfecto de adjudicación de los contratos públicos, por lo que por ahora la LCAP mantuvo la regulación esencial de subasta y concurso tal como los veníamos conociendo.

Pero volviendo a la idea de la discrecionalidad: como cualquier instrumento jurídico, su uso correcto debe reportar ventajas para la Administración, y los problemas aparecerán cuando so pretexto de discrecionalidad se incurre en arbitrariedad. La clave está, como

siempre, en un adecuado equilibrio, que es también lo más complicado. Podemos recurrir a las palabras de DE BENITO²³³, quien señalaba acerca del concurso que *"presenta esta forma de adjudicación la indudable ventaja de su discrecionalidad, que supone una mayor facilidad para apreciar y valorar debidamente las repetidas condiciones técnicas de las ofertas y personales de los licitadores. Mas, sin embargo, en un sentido contrario, y por su subjetividad, puede facilitar también las desviaciones en la decisión, voluntarias o involuntarias; sin que se consiga olvidarse que tanto la elaboración de éstos, como la puntuación de las ofertas recibidas en la licitación, son actuaciones subjetivas"*.

La discrecionalidad de la Administración ha estado siempre presente en la adjudicación mediante concurso; es más, fue incluso expresamente proclamada por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (aprobado por Decreto de 19 de enero de 1953), cuyo artículo 15 expresaba que *"en el concurso, la licitación versará sobre las circunstancias y elementos relativos al sujeto y objeto del contrato, y la adjudicación se otorgará a la proposición que, cumpliendo las condiciones del pliego, resulte más ventajosa, sin atender únicamente a la oferta económica y según juicio de la Corporación, que será discrecional, si la Ley o la convocatoria no determinaren motivos de preferencia"*.

Puede decirse que la discrecionalidad es uno de los rasgos identificativos del concurso, y como tal es reconocido ampliamente tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. Sería por lo tanto agotador traer aquí una extensa cita de autores y sentencias. Entre los primeros, valga por todas la cita de MORENO MOLINA²³⁴, quien aludió a

²³³ DE BENITO ZALDO, R.: *La adjudicación del contrato administrativo...* Op. cit., pág. 179.

²³⁴ MORENO MOLINA, J.A.: *Nuevo Régimen...* op. cit., pág. 318.

las SSTs de 20 de febrero de 1996 (RJ 1996\1381) y 7 de junio de 1999 (RJ 1999\6821), insistiendo en que *“la facultad de la Administración de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa o declarar desierto el concurso implica que el hecho de la elección de una de esas dos opciones planteadas normativamente en términos de alternativa constituye el ejercicio de una potestad discrecional, lo que desde luego no autoriza la arbitrariedad administrativa...”* No obstante, también cabe plantearse la posibilidad de diferenciar dos fases: una primera en la que la Administración estaría ante la potestad discrecional de optar por declarar desierto el concurso o bien por adjudicarlo a uno de los licitadores; y otra segunda fase en la que tras decidirse por la primera opción, la potestad se transformaría en reglada, de forma que sólo quede la única opción justa de adjudicar a favor de la proposición más ventajosa. En este caso ya no estaríamos ante una potestad discrecional, sino ante un concepto jurídico indeterminado, lo que nos aproxima al planteamiento de LAZA LAZA²³⁵.

En cuanto a la jurisprudencia, podemos recordar las palabras de la STS 14 de octubre de 1999 (RJ 1999\9572): *“la potestad discrecional de la Administración al resolver un concurso convocado para la adjudicación de un contrato administrativo está limitada por el mandato...que exige que la adjudicación se efectúe a favor de la proposición más ventajosa, sin atender necesariamente al valor económico de la misma. Ello obliga a la Administración a expresar cuáles han sido los motivos por los que la proposición escogida resultaba la más ventajosa, y este juicio de la Administración está sometido al control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa y del sometimiento a ésta a los fines que justifican su*

²³⁵ LAZA LAZA, M.R.: “La capacidad administrativa de seleccionar al contratista por concurso: ¿Una potestad discrecional y reglada?”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 38. Abril-junio de 2000, págs. 143 y ss.

actuación. A ello debemos añadir que el ejercicio de potestades en que exista un elemento de discrecionalidad no excluye tales actuaciones del control jurisdiccional, que debe velar porque las mismas no se produzcan con arbitrariedad, ya que la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos constituye uno de los principios garantizados por la Constitución. La adjudicación del contrato a la "proposición más ventajosa" establece, como acertadamente se señala en la Sentencia de instancia, un concepto jurídico indeterminado, cuya aplicación por la Administración puede y debe ser controlada por los órganos jurisdiccionales para evitar que la Resolución que se haya dictado incurra en arbitrariedad".

El Tribunal Supremo ha llegado a expresar que la discrecionalidad es la esencia del concurso (o la lógica del ese sistema de adjudicación, STS 23 de junio de 2000, RJ 2000\6024), esencia que contrasta con el automatismo de la subasta y le diferencia de ella: *"la nota esencial que caracteriza el concurso, como forma de adjudicación de los contratos públicos es la discrecionalidad, limitada y razonada, de la que disfruta la Administración para escoger al contratista, lo que la diferencia radicalmente de la otra modalidad normal de adjudicación, la subasta que opera de forma automática en favor del mejor postor"* (STS 13 de noviembre de 2000, RJ 2001\48).

Aunque es necesario advertir también que en los últimos años el propio Tribunal Supremo ha venido expresando que más que una potestad discrecional, lo que caracteriza al concurso es la presencia de un concepto jurídico indeterminado: la oferta económicamente más ventajosa. En palabras del Alto Tribunal, esa sería su más reciente doctrina, la que *"se inclina por el más intenso control de la decisión administrativa basado en que la expresión "proposición más ventajosa" es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite legar a que sólo una decisión sea jurídicamente posible, siendo injustas o contrarias al ordenamiento*

jurídico las restantes” (STS 19 de julio de 2000, recurso núm. 4324/1994 RJ 2000\7428, que cita a su vez las SSTs 2 de abril RJ 1991\3278 y 11 de junio de 1991 RJ 1991\4874; en el mismo sentido la STS 1 de octubre de 1999, recurso núm. 6748/1994 RJ 1999\8038).

Sin embargo, y a pesar de estas palabras del Tribunal Supremo, abundan como veníamos diciendo, sus sentencias en las que se insiste en la discrecionalidad como nota característica fundamental del concurso²³⁶. Desde luego, la cuestión tiene enorme interés teórico y práctico, por las consecuencias que implica para el control de las adjudicaciones. Pero nosotros sólo queríamos dejar constancia de la doble caracterización que puede observarse en la jurisprudencia del Supremo. Y sobre todo, lo que pretendemos en este epígrafe es exponer todos los aspectos del régimen jurídico de los criterios objetivos, apoyándonos en la jurisprudencia para conseguir la mayor seguridad jurídica posible a la hora de elaborar criterios e introducirlos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Coincidimos en esta cuestión con la opinión de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ²³⁷, quien concluía que “*en la práctica judicial lo decisivo o*

²³⁶ Adviértase que la sentencia de la que acabamos de transcribir las palabras sobre la discrecionalidad como esencia del concurso es posterior a ésta última en la que se afirma que la más reciente doctrina pone el acento en el concepto jurídico indeterminado.

²³⁷ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El contrato administrativo*. Ed. Civitas. Madrid, 2003. Págs. 139-141. Para él, aunque la cuestión tiene un especial alcance teórico porque el concepto jurídico indeterminado permite un control jurisdiccional más intenso que la discrecionalidad, la discusión no merece una consideración fundamental dada la utilización práctica que de uno u otro concepto efectúan los Tribunales para decidir sobre las adjudicaciones, según hemos expuesto. En definitiva, escribe el profesor, *los resultados, en la práctica, no parecen diferir esencialmente entre sí, tanto en el caso de la discrecionalidad administrativa como en el caso del concepto jurídico indeterminado, ya que, a la postre, lo decisivo en todo caso será si la Administración incurre o no en arbitrariedad, pues también en el concepto jurídico indeterminado la Administración ha de tener el beneficio de la duda en casos en los “que se trata de conceptos que implican la utilización de*

determinante parece ser la reserva que se ha ce el órgano jurisdiccional de valorar la decisión administrativa de adjudicación: si llega a la conclusión de que la adjudicación es irregular, acudirá al criterio de la arbitrariedad y anulará la adjudicación. Y si comprueba que existen motivos para mantenerla invocará la discrecionalidad administrativa. En definitiva, el Derecho parece limitarse a poner a disposición de los jueces herramientas de trabajo, cuya utilización lleve a justificar tanto una como otra solución en función del criterio judicial”.

Retomemos ahora la distinción efectuada por MORENO MOLINA en el sentido de apreciar discrecionalidad para adjudicar o no el concurso, y discrecionalidad para optar por una oferta determinada. Pues bien, la primera de ellas consiste en que la Administración puede declarar desierto un concurso. Pero eso si, puede hacerlo en determinadas circunstancias, no en cualesquiera de ellas. Esta posibilidad es también clásica y en el TRLCAP aparecía en sus artículos 74.3 y 88.2: *“La Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, mediante la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 86, sin atender necesariamente al valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego”.*

Como en toda potestad discrecional, la Administración dispone de libertad de elección para optar entre alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos no incluidos en la Ley y remitidos en este caso al juicio subjetivo del órgano de contratación. Teniendo en cuenta, eso si, que ha de preponderar el interés público al valorar los criterios selectivos, puesto que la decisión puede quedar sometida

criterios valorativos, como ocurre, de manera característica, con la proposición más ventajosa”.

al control jurisdiccional cuando esa elección se ha producido conculcando el interés público para cuya defensa fue concebida la discrecionalidad (ver, por ejemplo, las SSTS 21 de julio de 2000, RJ 2000\7095, y 17 de julio de 2001, RJ 2001\7444).

Como regla general, el Tribunal Supremo ha mantenido el criterio de que la voluntad administrativa y su discrecionalidad técnica no pueden ser sustituidas por el criterio judicial, pues ello se aleja del mecanismo de control jurídico de la contratación administrativa. Esto es, tratándose de el ejercicio de la discrecionalidad técnica (y a la misma solución se llegaría con la consideración de que se trata de concretar un concepto jurídico indeterminado: la proposición económicamente más ventajosa), la jurisdicción contencioso-administrativo sólo puede anular la adjudicación, pero no determinar qué empresa ha de ser la adjudicataria del contrato. Dicho de otro modo, los Tribunales pueden determinar que una adjudicación ha sido arbitraria, pero en tal caso no podrá dictar una nueva adjudicación, sino que debe anular la existente, y obligar a retrotraer el procedimiento administrativo al punto que sea preciso para que la Administración lo desarrolle de nuevo. En este sentido podemos encontrar un abundante número de sentencias, por ejemplo, la STS 27 de noviembre de 1998 (recurso núm. 1834/1992 RJ 1999\304) ó la STS 19 de julio de 2000 (recurso núm. 4324/1994 RJ 2000\7428), partiendo ésta última de esa más reciente consideración de que en el concurso estamos ante la concreción de un concepto jurídico indeterminado. Expresada la regla general, podemos encontrar no obstante alguna otra sentencia que determina quién ha de ser el adjudicatario; se trata de excepciones a la doctrina del Tribunal Supremo atendidas algunas circunstancias muy concretas y especiales así como una enorme claridad de quién debió ganar el concurso. Así lo expresó el propio TS en su sentencia de 8 de julio de 2005 (recurso núm. 511/2002, RJ 2005\9581), anteponiendo que su declaración no debía ser obstáculo para entender que la

doctrina general es que la voluntad administrativa no debe ser sustituida por la declaración judicial basada en haberse apreciado vicios jurídicos en el procedimiento de contratación. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ²³⁸ sintetizó bien este criterio jurisprudencial, poniendo de manifiesto que hay ocasiones en que el Tribunal ha anulado la adjudicación *reconociendo el mejor derecho de la recurrente a que le sea otorgada la adjudicación* (así, las SSTS 19 de julio de 2000, RJ 7428\2000, ó 19 de enero de 2001, RJ 1642\2001), lo que unas veces se traducirá en una nueva adjudicación y otras en una indemnización. El profesor deducía en aquel trabajo que las adjudicaciones son anuladas por los órganos jurisdiccionales en aquellos casos en que existe una *diferencia ostensible entre las propuestas que no ha sido correctamente valorada por la Administración*²³⁹.

Ahora bien, es sabido que los actos que se dictan en ejercicio de potestades discrecionales han de ser motivados. El artículo 54.f LPAC exige la motivación con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho de los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa. Por ello expresaba el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de octubre de 2001 (RJ 2002\495) que *"el cumplimiento del requisito de motivación, en los términos en que se establece por el art. 54.2 LRJ-PAC para los actos que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva,*

²³⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El contrato administrativo*. Op. cit., págs. 133 y ss.

²³⁹ *Íbidem*, pág. 135. Cita las SSTS 21 de mayo de 1999 (RJ 5591\1999) y 21 de julio de 2000 (RJ 7095\2000). La primera de ellas expresó: *la diferencia entre las dos ofertas económicas es mínima. En su virtud, aunque la oferta en cuanto a plazo de ejecución formulada por INCOSA fuese más favorable, no constituye por sí sola motivo determinante para resolver que la adjudicación no se hizo a la proposición más ventajosa para los intereses generales...* De aquí cabe la interpretación *sensu contrario* que manifiesta el profesor GONZÁLEZ-VARAS en el sentido de que *por tanto, si la diferencia entre las dos ofertas económicas no es mínima ha de anularse la adjudicación del contrato*.

exigirá que la resolución que decida esa adjudicación exprese lo siguiente: si concurren o no dichos criterios en las proposiciones que hayan sido declaradas admisibles, y, cuando sean varias de éstas las que cumplan con aquéllos, la razón por la que resulta prioritaria, según esos criterios, la proposición del licitador que resulte adjudicatario”.

No cabe por lo tanto que se ejercite la discrecionalidad y se dicte la adjudicación optando por una concreta oferta sin justificar por qué se entiende que ella es la económicamente más ventajosa. De forma tajante lo expresaba la STS 7 de mayo de 1987 (RJ 1987\5242): *“la motivación es inexcusable cuando la Administración ha de optar entre varios contratistas. Porque la motivación es, de una parte, la garantía de que la decisión no se toma de forma arbitraria sino fundada y razonadamente; y de otra, es el medio de que los demás interesados puedan combatir esa fundamentación cuando haya discurrido fuera de los márgenes legales y jurídicos en que el contenido decisonal de todo actuar administrativo debe moverse”.*

Y la STS 29 de marzo de 2005 (recurso núm. 3073/2001, RJ 2005\3114) nos recuerda que lo que se persigue con la expresión motivada de las razones que han conducido a efectuar la adjudicación en un concurso es evitar la arbitrariedad, fomentar los principios de libre concurrencia e igualdad de oportunidades y otorgar razonabilidad a una decisión que siempre debe ir encaminada a la mejor satisfacción del interés público. Por lo tanto, nadie debe pensar que la motivación es una exigencia meramente formal, sino de fondo y esencial para la garantía de principios esenciales de la contratación pública. Y debe quedar muy claro también que la motivación debe referirse a los criterios objetivos previamente aprobados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y no en cualquier otra circunstancia. En palabras de la STS 1 de octubre de 1999 (recurso núm. 6748/1994, RJ 1999\8038), la falta de motivación no es sólo una

infracción formal del contenido del acto, sino la *"expresión de un vicio de infracción sustantiva del régimen jurídico de selección del contratista, debiendo ser tenida como arbitraria la referida selección cuando no se expresan las condiciones de su oferta que permitan calificarla como más ventajosa que las restantes"* (en el mismo sentido, por ejemplo, la STS 26 de octubre de 1993, RJ 1993\7915).

La exigencia de que la motivación se fundamente en los criterios objetivos y no en cualquier otra consideración es válida tanto para la declaración de desierto del concurso, como para la adjudicación a favor de un empresario determinado. Para el Tribunal Supremo, *"la declaración de un concurso como desierto será válida cuando incluya las concretas razones de interés general que la aconsejen, y, además, estas razones sean coherentes con esas pautas que representan los criterios de adjudicación del pliego de condiciones"* (STS 18 de febrero de 2002, RJ 2002\3562; ver también la STS 11 de noviembre de 2003, recurso núm. 9138/1995 RJ 2003\8152).

Esto es fundamental y deben tenerlo claro los órganos de contratación; por más que encuentren motivos que puedan considerarse razonables o justos para declarar desierto o adjudicar en determinado sentido, cualquiera de ambas decisiones han de estar basadas en los criterios y no en esos otros motivos. Probablemente esto es más difícil de entender cuando los órganos de asistencia al órgano de contratación no tienen una composición técnica sino política, y en este sentido consideramos un error que en el régimen de la LCAP las Mesas de contratación se hayan configurado de forma mixta. En ocasiones se puede incurrir en el error de pretender adjudicar o declarar desierto un concurso por razones de naturaleza

política antes que jurídicas, y ello es inadmisibles²⁴⁰. La ya citada STS 14 de octubre de 1999 expresó que *la Ley "...ordena al órgano de contratación acordar la adjudicación de conformidad con los criterios básicos que se hayan establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. El ayuntamiento recurrente, por tanto, debió tomar en cuenta las condiciones de preferencia que se fijaban en la cláusula 17ª para verificar la adjudicación del contrato de autos. Por ello es acertado el criterio de la Sentencia de instancia al exponer, como uno de los motivos que determinan su decisión, que los argumentos vertidos por los corporativos de la comisión municipal informativa no se atienen a los seis criterios básicos establecidos en la cláusula 17ª del Pliego de Condiciones"*.

Cuando se trata de declarar desierto un concurso, nosotros entendemos que ello sólo es posible si ninguno de los participantes cumple mínimamente con los criterios selectivos presentados por el pliego. A estos efectos es muy útil expresar un umbral mínimo de puntuación por debajo del cual no se adjudicará el contrato. De este modo se acota un poco la discrecionalidad administrativa y se evidencian las reglas del juego. Es verdad, y así debe reconocerse, que en ocasiones lo más conveniente para la Administración es la declaración de desierto de un concurso pero ello resulta difícil conforme a los criterios objetivos aprobados. Con la LCAP y su Texto Refundido, ante una situación como la analizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 1999, RJ 1999\3259 (en la que el fundamento esgrimido por el Ayuntamiento para declarar desierto el concurso era el estudio de una nueva organización de sus servicios de la que previsiblemente resultaría innecesaria la prestación del servicio que concretamente se licitaba) la única

²⁴⁰ Recordemos aquellas claras palabras de la citada STS 16 de diciembre de 2004 (RJ 2005\882) en el caso en el que el informe técnico de valoración de las proposiciones era efectuado por una Comisión Informativa de naturaleza política.

solución pasaba por la revisión en vía administrativa del concurso si concurría alguna de las causas previstas para ello. Es preciso que retomemos esta última cuestión y lo haremos con ocasión del análisis de la legislación vigente.

Es interesante leer la STS 20 de octubre de 1999 (RJ 1999\3259), que expresó que *"la Mesa goza al valorar las ofertas de una gran discrecionalidad y que en virtud de ella puede incluso llegar a no proponer a ninguno de los participantes si entiende que no reúnen las condiciones necesarias para realizar el servicio para el que van a ser contratados y asimismo que tal discrecionalidad no puede, ni debe ser sustituida por los Tribunales de Justicia"* (como es sabido, la jurisdicción contencioso-administrativa no entra a valorar los juicios técnicos emitidos por la Administración en procedimientos de concurrencia o selectivos). Hasta aquí, la sentencia citada coincide con la idea que hemos expuesto, pero a continuación añade que *"cabe la posibilidad de declarar desierto un concurso aunque existan participantes que reúnan las condiciones exigidas en el pliego...el concurso supone una invitación de la Administración a que se le presenten ofertas de contrato, pudiendo aceptarlas o rechazarlas al no venir anticipadamente vinculada...es irrelevante a tales efectos que tal facultad no esté prevista en el pliego de condiciones administrativas"*.

No estamos de acuerdo con esta última apreciación, y entendemos que era más acertada la postura que por aquellas fechas mantenía la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (aunque no ignoramos el distinto valor como fuente del derecho que tienen ambas doctrinas), que en su informe 39/99, de 10 de junio, expresaba que la facultad de declarar desierto un concurso ha de referirse a que ninguna de las ofertas se ajusta a las condiciones que exigen los pliegos o a que no se ha presentado ninguna oferta. Concretamente la JCCA relataba que *"a partir de la entrada en vigor de la Ley de*

Contratos de las Administraciones Públicas, ha disminuido el grado de discrecionalidad de la facultad de declarar desierto un concurso y sólo debe admitirse cuando las distintas ofertas no se ajustan a las condiciones exigidas en el concurso que figuran en los pliegos y, a la inversa, que cuando una o varias ofertas se ajustan al pliego no existirá la posibilidad de declarar desierto el concurso, sino que será procedente su adjudicación a la oferta de deba considerarse la más ventajosa económicamente. Por lo demás esta tesis aparece confirmada por los artículos 140.1.a), 160.2.e), 182.1.a) y 210.1.a) de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en los que, por influjo de las Directivas comunitarias, se admite la utilización del procedimiento negociado cuando las ofertas en un procedimiento abierto o restringido sean irregulares o inaceptables (artículos 140.1.a), 182.1.a) y 210.1.a)) o no se hayan declarado admisibles (art. 160.2.e)), diferencia terminológica a la que no hay que atribuir significado alguno, pues la idea a la que responden todos estos artículos es la de ofertas que no se ajustan a las condiciones del pliego y, por tanto, son inaceptables o inadmisibles, procediendo declarar desierto el concurso del procedimiento abierto o restringido..."

Es interesante la STS 11 de junio de 2004 (recurso núm. 1872/1999, RJ 2004\5387), que admitió la declaración de desierto de un concurso porque el órgano de contratación advirtió una posible causa de nulidad absoluta del procedimiento. Debemos poner en relación esta posibilidad con alguna nueva previsión de la Ley de Contratos del Sector Público, y lo haremos en su momento.

Finalmente, y para evitar fraudes que pueden llegar a ser burdos, hay que dejar claro respecto a la forma de motivar, que ésta no puede ser meramente retórica o de contenido formal del acto de adjudicación sino que ha de consistir en un razonamiento detallado de la decisión adoptada, para lograr la verdadera finalidad de la

motivación de los actos administrativos. Lo contrario es también sancionado por los Tribunales, como en el caso de las SSTS 3 de noviembre de 2000 (RJ 8588\2000) y 8 de octubre de 2001 (RJ 8207\2001), que dejaron claro que la motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones. Es decir, la Administración no puede quedarse en la expresión de la puntuación que ha obtenido cada concursante; esto no es motivar, y es preciso que la puntuación vaya acompañada de una explicación o justificación de cómo se ha llegado a asignar tales puntuaciones. Y en ese mismo sentido contrario a que la motivación sea sólo retórica, la STSJ Castilla y León núm. 396/2000, de 18 de diciembre (RJCA 2001\488), al decir que *“la adjudicación que se haga, debe ser motivada, entendiendo por motivada, no fórmulas estereotipadas, sino razonadas al por qué de la adjudicación, por ofrecer mejores condiciones económicas, técnicas, solvencia de la empresa o cualquier otra, siempre que se haya tenido en cuenta al tiempo de fijar las condiciones técnicas exigidas, o lo que es lo mismo las que podíamos llamar, cláusulas administrativas particulares, o cláusulas técnicas de contratación. En el supuesto que nos ocupa, la adjudicación se ha hecho sin motivación suficiente, puesto que se adjudica a una empresa cuya oferta es la más cara y no es la mejor en condiciones técnicas, afirmando solamente “por ser la oferta más ventajosa para los intereses municipales” por lo que puede decirse que se ha conculcado lo dicho en el artículo 74.3 y 11 de la Ley 13/1995 al no adjudicarse el contrato de forma motivada, atendiendo a criterios de igualdad y sin discriminación...”*

Queremos finalizar el análisis del concurso y en particular de la discrecionalidad, motivación y control jurisdiccional haciendo eco de unas reflexiones del profesor GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ²⁴¹ que nos resultan muy interesantes porque resumen o extraen la esencia

²⁴¹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El contrato...* Op. cit., págs. 146 y 147.

práctica de aquellas cuestiones. Nos referimos a la lectura que puede hacerse de las numerosas decisiones judiciales sobre concursos. Es cierto que, como hemos visto, las adjudicaciones de concursos pueden ser anuladas (y así lo son en resoluciones que hemos citado) por falta de motivación; por incurrir en desviación de poder o arbitrariedad: por no efectuarse conforme a los criterios objetivos del pliego o por ausencia o deficiencia de éstos; o por falta de ponderación de los propios criterios. Esto choca con la opinión generalizada (con el tópico podría decirse) del escaso control judicial al que están sometidos estos procedimientos administrativos. Por eso GONZÁLEZ-VARAS destaca que en contra de esa generalizada creencia, existe una justicia administrativa en la materia, pese a que sería deseable una mejor calidad técnica en el control judicial (afinando bien el uso de los conceptos de arbitrariedad o de discrecionalidad técnica) y también en su opinión, una mayor intensidad en dicho control (que permita no sólo quedarse en determinar si la adjudicación ha incurrido en desviación de poder, sino llegar a determinar cuál ha sido la mejor oferta y debe ser adjudicataria. Esto supone construir el control judicial sobre la base del derecho subjetivo del licitador y no sobre el control de la Administración adjudicante).

3.5.- EL PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO.

El procedimiento restringido tiene un claro origen en el derecho comunitario, como es fácil deducir tras la lectura del capítulo anterior. Concebido como un procedimiento más sofisticado que el abierto, y que debe permitir una más eficaz selección de los empresarios y las proposiciones, articula la selección en dos momentos, como vamos a ver. El diseño del procedimiento restringido pretende una mejor selección del adjudicatario, pues permite incluso tener más en cuenta la capacidad del empresario (lo que no puede considerarse de cara a la adjudicación en los procedimientos abiertos)

y pretende también un equilibrio entre el valor del contrato y los costes del procedimiento²⁴².

Una de las principales novedades que presentó el procedimiento restringido en la LCAP fue la ampliación de su ámbito de utilización. La Ley de 1995 permitió su utilización generalizada para cualquier tipo de contrato y cualquiera que fuera su cuantía y ello suponía una novedad relevante con relación a la LCE, cuyo artículo 36 bis había ceñido el uso del procedimiento negociado exclusivamente a los contratos de obras que superasen el umbral comunitario.

Sin embargo, pese a sus elogiadas posibilidades prácticas y a esa ampliación de su campo de acción que efectuó la LCAP, el procedimiento restringido ha sido poco utilizado hasta ahora; podemos afirmar que la mayoría de los órganos de contratación en España nunca han utilizado el procedimiento restringido²⁴³. En la práctica, el procedimiento restringido se dilata más en el tiempo que el abierto, y aumenta notablemente los trámites administrativos, razones que disuaden habitualmente a la Administración de su utilización.

En cuanto a su regulación, el artículo 73.3 TRLCAP estableció que en el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos.

²⁴² GIMENO FELIÚ, J.M.: *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*. Ed. Civitas. Madrid, 2003. Págs. 158 y 42.

²⁴³ Esa escasa utilización es afirmada mayoritariamente; por ejemplo lo hacen GIMENO FELIÚ, J.M.: *Contratos públicos...* Op. cit., pág. 158, y SANTÍAS VIADA, J.A.: *La adjudicación de los contratos...* Op. cit., pág. 507. Ambos constatan esa inaplicación del procedimiento restringido en España, a pesar de las ventajas prácticas que el mismo podría ofrecer.

Y el artículo 91 del mismo texto legal disponía que en el procedimiento restringido se aplicaran las normas generales con esta serie de especialidades:

A) Con carácter previo al anuncio, la Administración deberá elaborar y justificar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos con arreglo a los cuales el órgano de contratación habría de cursar las invitaciones a participar en el procedimiento, de entre los establecidos en los artículos 16 a 19, según corresponda a cada contrato.

Tales invitaciones podían ser hechas por carta u oficio, o por telegrama, télex o telecopia. Si la invitación se cursaba por alguno de estos tres últimos medios, habían de ser confirmadas por carta de la misma fecha. Se admitía también la invitación mediante correo electrónico, pero en tal caso sólo gozarían de validez en los supuestos en que existiera constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones, y se identificara fidedignamente al remitente y al destinatario; en estos casos se obtenía una copia impresa que se registraría e incorporaría al expediente (artículo 91 RGLCAP).

Las invitaciones habían de presentar un contenido mínimo (también para los procedimientos negociados con publicidad) determinado por el artículo 92 RGLCAP:

1. La dirección del servicio al que se pueda solicitar información complementaria respecto de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y documentación complementaria; la fecha límite para efectuar tal petición, y el importe y las modalidades de pago de aquel que deba ser, en su caso, satisfecho para obtener dichos documentos.

2. La fecha límite de recepción de las proposiciones, la dirección a la cual deben ser remitidas y la lengua o lenguas en las que deben ser redactadas.
3. Lugar, día y fecha de la apertura de proposiciones.
4. Referencia al anuncio del contrato previamente publicado.

B) El órgano de contratación podía señalar los límites inferior y superior dentro de los cuales se fijaba el número de empresas que proyectara invitar en virtud de las características del contrato, debiéndolos indicar en el anuncio. En este caso, la cifra más baja no sería inferior a cinco y la más alta no superior a veinte²⁴⁴. Esta es una de las especialidades más notables del procedimiento restringido, pues supone una minoración de las posibilidades de concurrencia respecto al procedimiento abierto.

C) Las solicitudes de participación en el procedimiento restringido habían de acompañarse de la documentación que acreditara la personalidad del empresario y, en su caso, su representación, la clasificación o el cumplimiento de las condiciones de solvencia económica, financiera y técnica o profesional que se determinaran en el anuncio.

D) Una vez comprobada la personalidad y solvencia del empresario, el órgano de contratación había de seleccionar a los concurrentes e invitar a los admitidos, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que en cada caso se señalara en la propia invitación, que no podía ser inferior al que para cada clase de contrato se señalara en la Ley. En el escrito de invitación se indicaría al candidato el lugar, día y hora de la apertura de proposiciones.

²⁴⁴ Esta cifra de veinte no tenía carácter básico, por establecerlo así la Disposición final primera del TRLCAP.

E) Los empresarios seleccionados presentarían sus proposiciones acompañadas del documento acreditativo de la constitución de la garantía provisional.

Tras la presentación de las proposiciones y el seguimiento de estas especialidades, la adjudicación del contrato había de efectuarse según las normas generales de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3.6.- EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO.

Tal como vimos en el capítulo anterior, el procedimiento negociado sustituyó a la tradicional contratación directa de nuestro derecho tras la adaptación a las Directivas comunitarias efectuada tras 1986²⁴⁵. De ese modo la regulación del procedimiento negociado sigue muy de cerca los dictados de ese ordenamiento supranacional.

3.6.1.- CONCEPTO Y PROCEDIMIENTO.

El procedimiento negociado es el más excepcional de todos los contemplados para la adjudicación de los contratos de la Administración. Por un lado, porque en este procedimiento los

²⁴⁵ SANTÍAS VIADA, J.A.: "La regulación del procedimiento negociado para la adjudicación de contratos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas". *Noticias de la Unión Europea*, CISS nº 136, 1996. Págs. 131 y ss. SANTÍAS resumía en este artículo las características de la adjudicación directa y la influencia de las Directivas comunitarias en la regulación del nuevo procedimiento negociado por la LCAP para concluir que ésta coincidió sustancialmente con la de la contratación directa en la LCE, con la diferencia (aparte de la denominación) de la introducción del procedimiento negociado con publicidad y de la restricción de su utilización por razón de la cuantía (lo que a juicio del autor traería problemas de gestión de la contratación administrativa), como tendremos ocasión de ver.

empresarios tienen menos oportunidades de participación que en otros; y por otro, porque es mayor el ámbito de discrecionalidad de que goza la Administración para adjudicar el contrato con respecto a otros procedimientos o formas.

La LCAP y el TRLCAP²⁴⁶ pretendieron que la utilización del procedimiento negociado fuera de utilización restrictiva; esto es, que los contratos sólo se adjudicaran mediante procedimiento negociado en aquellos casos en que fuera estrictamente imposible hacerlo según procedimientos y formas abiertos o restringidos. Ello, como veremos, pasaría por admitir la legítima utilización del procedimiento negociado si concurren las circunstancias tasadas y descritas por la Ley y así quedara justificado en el expediente.

Como antecedentes jurisprudenciales de esta orientación podemos recordar las SSTJCE de 10 de marzo de 1987 (TJCE 1987\50), de 18 de marzo de 1992, o la de 17 de noviembre de 1993 (TJCE 1993\179). En esa línea, el artículo 75 TRLCAP expresaba que *"el procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato...en todo caso, deberá justificarse en el expediente la elección del procedimiento y forma utilizados"*.

²⁴⁶ Vamos a referirnos fundamentalmente a la regulación que finalmente contuvo el TRLCAP, pero no debemos olvidar que la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, incidió especialmente en la regulación del procedimiento negociado que contenía la LCAP de 1995. Las principales modificaciones que fueron introducidas en ese momento en el artículo 93 LCAP consistieron en la elevación del importe por debajo del cual se podía acudir al procedimiento negociado, el carácter potestativo de la Mesa de contratación en estos procedimientos, la obligación de incorporar al pliego los aspectos económicos y técnicos que serían objeto de negociación, y la constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo.

La justificación de la utilización del procedimiento negociado es un elemento esencial en el expediente de contratación, tratándose como hemos dicho de un procedimiento excepcional.

Insistir tanto en esta idea no debe hacernos creer que el procedimiento negociado es un procedimiento maldito; su utilización es tan legítima como la de cualquier otro, pero siempre que quede suficientemente justificado en el expediente que concurren las circunstancias previstas en la Ley y que vamos a ver a continuación.

Desde el principio hemos dicho que en el procedimiento negociado las posibilidades de concurrencia de empresarios son muy limitadas. Concretamente, en este procedimiento *"el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios..."* (art. 73.4 TRLCAP). Pero ese número de empresarios puede ser muy reducido, pues según el artículo 92.1 TRLCAP, el número mínimo de empresarios a invitar son tres, siempre que ello fuera posible²⁴⁷.

La única condición previa para poder ser invitado a participar en un procedimiento negociado es que tales empresas tengan capacidad para realizar el objeto del contrato. Respecto de los requisitos de capacidad y solvencia de las empresas en el procedimiento negociado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa declaró que deben concurrir en el momento de la adjudicación y quien debe apreciarlos es el órgano de contratación o,

²⁴⁷ Y la imposibilidad de invitar al menos a tres empresarios no puede derivar de la carencia de medios del órgano de contratación para juzgar la idoneidad de las empresas (lo que puede ser suplido por informes técnicos), ni por la circunstancia de inexistencia en la Comunidad Autónoma de tres empresas capacitadas para la ejecución del contrato (informe JCCA 13/07, de 26 de marzo).

en su caso, la Mesa de contratación (si interviene, como ahora diremos; informe 9/98, de 11 de junio).

Respecto de la regulación inicial de la LCAP, el TRLCAP contuvo una serie de novedades, introducidas un poco antes de la aprobación del Texto Refundido por la Ley 53/99, de 28 de diciembre.

La primera de estas novedades de interés consiste en que la intervención de la Mesa de contratación pasó a ser potestativa en los procedimientos negociados, al disponer el artículo 81.1 TRLCAP que *“en el procedimiento negociado la constitución de la Mesa será potestativa para el órgano de contratación”*. Ciertamente, tratándose de un procedimiento ágil y menos formalista que los demás, parece lógico que pueda prescindirse de la Mesa en el procedimiento negociado²⁴⁸. Aún más en aquellos casos en que, como veremos, ni siquiera procede la invitación a varios empresarios sino sólo a uno²⁴⁹.

²⁴⁸ Esta novedad era calificada como modificación técnica de la Ley por SANTÍAS VIADA, J.A.: *Modificaciones introducidas...* Op. cit., pág. 75, con el fin de *conciliar el principio de transparencia y su secuela de intervención de órganos colegiados en la contratación con las dificultades apreciadas en la práctica para que las Mesas de contratación, por su composición y carácter colegiado, puedan intervenir en la negociación de las condiciones del contrato, característica del procedimiento negociado*.

²⁴⁹ En ese sentido, MARTÍNEZ MENÉNDEZ, J.A.: “Modificaciones introducidas por la Ley 53/1999 y el Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el expediente de contratación y el procedimiento de adjudicación”. *Noticias de la Unión Europea*, CISS nº 198, 2001. Pág. 40. Indica que por ejemplo en el artículo 141 de los siete supuestos previstos, sólo en tres de ellos hay que solicitar más de una oferta: *de esos tres, uno es el procedimiento negociado por razón de la urgencia y otro es el de cuantía, en los que la celeridad o la pequeña cuantía son las que justifican este procedimiento, y en donde no resulta práctico introducir en la tramitación un órgano colegiado, la Mesa de contratación, pues siempre produce lentitud en comparación con un órgano unipersonal*.

Una segunda novedad introducida por la Ley de 1999 consistió en definir más las condiciones en virtud de las que se había de adjudicar el contrato en un procedimiento negociado. De esta forma, y según la nueva redacción del artículo 92.3 TRLCAP, "*en el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas*". La Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 28/95, de 24 de octubre) tiene expresado que en el procedimiento negociado no es preciso incluir criterios al modo de los concursos, pero si tales aspectos para que la adjudicación del contrato siga unas pautas y los empresarios invitados tengan esa mínima orientación y seguridad jurídica sobre lo que se va a negociar.

Además de la justificación de que se dan los presupuestos para la utilización del procedimiento negociado, es preciso que en el mismo se justifiquen otros extremos: las invitaciones cursadas, las ofertas recibidas y, por supuesto, la adjudicación a favor de una determinada oferta²⁵⁰ (*en todo caso, deberá dejarse constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo aplicadas por el órgano de contratación*). Las justificaciones, como vemos, son una nota característica esencial del procedimiento negociado, por ser éste excepcional y omitir las garantías propias de la contratación administrativa ordinaria (STS 16 de octubre de 2000, RJ 2000\8914).

²⁵⁰ Justificación ésta última, la de la elección del contratista, que en palabras de SANTÍAS VIADA, debe venir expresada por el órgano de contratación *con razones que, por aplicación del artículo 103.1 de la Constitución, han de ser objetivas y hacer referencia a los intereses generales o interés público, no meramente subjetivas o arbitrarias, recordando cómo en la definición procedimiento negociado ha desaparecido la expresión de elección "libre" que figuraba en la Ley de Contratos del Estado para definir la contratación directa*. SANTÍAS VIADA, J.A.: *La regulación del procedimiento negociado...* Op. cit., págs. 133 y 134.

El procedimiento negociado es menos formalista que los demás, incluso hay que tener claro que en él no hay licitación en su sentido técnico. La esencia del procedimiento negociado radica en la consulta y en la negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios, y en la justificación de los diversos aspectos que hemos indicado.

Por último, y concluyendo este repaso a las características generales del procedimiento negociado tal como fue contemplado por la LCAP y su sucesor, el TRLCAP, es importante también tener en cuenta que las ofertas del procedimiento negociado no son equiparables a las proposiciones tal como se configuran en el concurso y en la subasta, porque el precio es el principal elemento negociado con los empresarios y por lo tanto no puede quedar fijado inalterablemente en el momento de su presentación inicial. Precisamente por ello, la JCCA no ha exigido con el mismo rigor la salvaguarda de su carácter secreto (proclamado con carácter general para todas las proposiciones en la contratación pública por el artículo 79 TRLCAP), operando un primer caso de dulcificación de ese principio (ya veremos que a día de hoy no es el último, cuando estudiemos la Ley de Contratos del Sector Público). La JCCA expresó que *“precisamente el carácter no secreto de las ofertas puede constituir un elemento fundamental a efectos de negociar con los restantes empresarios el precio del contrato”*; eso sí, el hecho de que las ofertas en el procedimiento negociado no deban necesariamente ser presentadas en sobre cerrado no quiere decir que deban ser conocidas por terceros. En definitiva, las ofertas del procedimiento negociado pueden ser conocidas en cualquier momento por la Administración, pero no por terceros (informe JCCA 21/97, de 14 de julio).

3.6.2.- SUPUESTOS EN QUE PUEDE UTILIZARSE EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO.

Hemos insistido en que el procedimiento negociado es excepcional, de utilización restrictiva y limitada a una serie de supuestos tasados por la propia Ley. Pues bien, la correcta apreciación de estos supuestos es el nudo gordiano del procedimiento negociado, y el aspecto más sensible y controvertido en los correspondientes expedientes, como es fácil apreciar en la jurisprudencia sobre la materia. Ahora bien, es preciso distinguir dos modalidades procedimentales en el negociado presentes en el régimen de la LCAP y TRLCAP. Nos referimos a los procedimientos negociados con y sin publicidad. Vamos a exponer el régimen jurídico que tuvieron ambos, aunque prestaremos más atención al segundo porque con gran diferencia ha sido el más utilizado y también el más polémico.

3.6.2.1.- *Procedimiento negociado y publicidad comunitaria.*

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incorporó en 1995 la novedad importante de distinguir, dentro de los procedimientos negociados, los que han de conllevar publicidad comunitaria y los que no la exigen. La distinción derivaba del mandato de las directivas comunitarias²⁵¹.

Si los contratos superaban el límite establecido por la propia LCAP y conocido como umbral comunitario, y también concurría alguna de las circunstancias establecidas por aquélla (en los supuestos de los artículos 140.1, 181.1 y 209.1), era preceptiva la publicación de anuncio en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. No se contempla el procedimiento negociado con publicidad comunitaria para los contratos de gestión de servicios públicos porque por ahora

²⁵¹ MORENO MOLINA, J.A.: *Nuevo régimen...* Op. cit., pág. 513.

este tipo de contrato no ha sido objeto de regulación desde el derecho comunitario.

Concretamente, el artículo 140 TRLCAP (que no modificó los supuestos de negociado con publicidad comunitaria respecto de la LCAP de 1995) contemplaba la publicidad comunitaria de los contratos de obras cuyo importe, IVA excluido, igualase o superase los 5.278.227 euros. En tales casos, el órgano de contratación debía incluir un anuncio en el DOCE y el plazo de recepción de solicitudes no sería inferior a treinta y siete días, a partir de la fecha del envío del anuncio, que se reducirían a quince en los casos de urgencia. Los supuestos en que era exigible esta publicidad comunitaria si se superaba tal umbral eran éstos:

- a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos o restringidos sean irregulares o inaceptables, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato. En este caso, el órgano de contratación no publicaría el anuncio de licitación en el DOCE si se incluían en el procedimiento negociado a todos los licitadores que, con ocasión del anterior procedimiento abierto o restringido, hubiesen sido admitidos a la licitación²⁵².
- b) Cuando las obras se realicen únicamente con fines de investigación, experimentación o perfeccionamiento y no con

²⁵² Artículo 7.2.a) de la Directiva 93/37/CEE: *cuando se presenten ofertas irregulares en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, o cuando las ofertas presentadas resulten inaceptables en relación con las disposiciones nacionales compatibles con lo dispuesto en el título IV, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. Los poderes adjudicadores no publicarán un anuncio de licitación si incluyen en el procedimiento negociado a todas las empresas que cumplen los criterios mencionados en los artículos 24 a 29 y que, con ocasión del anterior procedimiento abierto o restringido, han presentado ofertas ajustadas a los requisitos formales del procedimiento de adjudicación del contrato.*

objeto de obtener una rentabilidad o de cubrir los costes de investigación o de desarrollo²⁵³.

- c) En casos excepcionales, cuando se trate de obras cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global²⁵⁴.

En el caso del contrato de suministro, el umbral fijado por los artículos 181 y 177.2 es (IVA excluido) el de 211.129, ó 137.234 euros cuando en éste último supuesto la adjudicación corresponda a los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas empresariales. No obstante, no tenían que publicarse en el DOCE los contratos que fueran consecuencia de la aplicación del artículo 196 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Partiendo de aquel umbral y de esta dispensa, el supuesto en que procedía el procedimiento negociado con publicidad comunitaria para el contrato de suministro es aquel en el que las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos o restringidos fueran irregulares o inaceptables, siempre que no se modificaran sustancialmente las condiciones iniciales del contrato²⁵⁵ (artículo 181.1)²⁵⁶.

²⁵³ Artículo 7.2.b) Directiva 93/37/CEE: *cuando las obras se realicen únicamente con fines de investigación, experimentación o perfeccionamiento y no con objeto de obtener una rentabilidad o de cubrir los costes de investigación y de desarrollo.*

²⁵⁴ Artículo 7.2.c) Directiva 93/37/CEE: *en casos excepcionales, cuando se trate de obras cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global.*

²⁵⁵ Artículo 6.2 Directiva 93/36/CEE: *los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos de suministro por el procedimiento negociado cuando se presenten ofertas irregulares en respuesta a un procedimiento abierto o restringido o cuando las ofertas resulten inaceptables con arreglo a disposiciones nacionales conforme a lo dispuesto en el título IV, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. En tales casos, los poderes adjudicadores publicarán un anuncio de licitación, a menos que incluyan en el procedimiento*

En cuanto al procedimiento negociado con publicidad comunitaria para los contratos de servicios y consultoría y asistencia, el artículo 209 estableció como supuestos los siguientes:

- a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos o restringidos sean irregulares o inaceptables, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato (con la misma excepción en caso de incluir a los empresarios originariamente admitidos a licitación)²⁵⁷.
- b) Cuando la naturaleza del contrato, especialmente en los de carácter intelectual²⁵⁸ y en los comprendidos en la categoría

negociado a todos los licitadores que reúnan las condiciones establecidas en los artículos 29 a 35 y que hayan presentado en el anterior procedimiento abierto o restringido ofertas que se ajusten a los requisitos formales del procedimiento de adjudicación de contratos.

²⁵⁶ El propio artículo 181 establece, al igual que ocurría en el caso de los contratos de obras, que no sería precisa la publicidad comunitaria si en el procedimiento negociado se incluían a todos los licitadores que, con ocasión del anterior procedimiento abierto o restringido, hubiesen sido admitidos a la licitación. Y también de igual modo, en el caso de efectuar anuncio en el DOCE, el plazo de recepción de solicitudes no podía bajar de treinta y siete días, reducibles a quince en los casos de urgencia.

²⁵⁷ Artículo 11.2.a) Directiva 92/50/CEE: *cuando las ofertas recibidas tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido sean irregulares, o no puedan aceptarse por contravenir disposiciones nacionales iniciales del contrato. En tales casos, la entidad adjudicadora no estará obligada a publicar un anuncio de licitación cuando incluya en el procedimiento negociado a todos los licitadores que reúnan las condiciones establecidas en los artículos 29 a 35 y que hayan presentado en el anterior procedimiento abierto o restringido ofertas que se ajusten a los requisitos formales del procedimiento de adjudicación de contratos.*

²⁵⁸ Tal como expresó la JCCA en su informe 51/03, de 12 de marzo de 2004, el carácter intelectual de las prestaciones queda subordinado a que la naturaleza del contrato no permita establecer sus condiciones para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido. En el caso concreto que se le planteaba a la Junta Consultiva, se pretendía la utilización de este procedimiento negociado para contratar la

6²⁵⁹ de las enumeradas en el artículo 206, no permita establecer sus condiciones para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido²⁶⁰.

- c) En casos excepcionales, cuando se trate de contratos cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global²⁶¹.

Las cuantías que establecían el umbral comunitario venían establecidas por el artículo 203.2, por remisión del 209.2. De este modo, se establecía la exigencia de publicidad comunitaria para los contratos de consultoría y asistencia y de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del artículo 206²⁶², cuya cuantía (IVA excluido), fuera igual o superior a éstas:

redacción de un plan general de ordenación urbana, sin que la sola justificación de que se trata de una prestación de carácter intelectual equivalga a considerar que no se pueden establecer sus condiciones para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido.

²⁵⁹ Servicios financieros: Servicios de seguros y Servicios bancarios y de inversiones.

²⁶⁰ Artículo 11.2.c) Directiva 92/50/CEE: *cuando la naturaleza del servicio, especialmente cuando se trate de servicios intelectuales y de los servicios de la categoría 6 del Anexo I A, no permita establecer las condiciones del contrato con la precisión necesaria para adjudicarlo seleccionando la mejor oferta con arreglo a las normas que rigen los procedimientos abiertos o restringidos.*

²⁶¹ Artículo 11.2.b) Directiva 92/50/CEE: *excepcionalmente, cuando por sus características o por los riesgos que entrañen que entrañen no sea posible fijar previamente un precio global para los servicios.*

²⁶² El artículo 206, para la aplicación del artículo 203, clasificó los contratos de servicios en las siguientes categorías:

1. Mantenimiento y reparación.
2. Transporte por vía terrestre, excluido el transporte por ferrocarril e incluidos los furgones blindados y mensajería, excepto el transporte por correo.
3. Transporte aéreo de pasajeros y carga, excepto transporte por correo.
4. Transporte de correo por vía terrestre y aérea, excepto transporte por ferrocarril.
5. Telecomunicación.
6. Servicios financieros: a) Servicios de seguros. b) Servicios bancarios y de inversiones.
7. Informática y servicios conexos.
8. Investigación y desarrollo.
9. Contabilidad, auditoría y teneduría de libros.
10. Investigación de estudios y

- a) 200.000 euros en los contratos de la categoría 8 y en los contratos de la categoría 5 consistentes en la difusión de emisiones de televisión y de radio, en servicios de conexión y en servicios integrados de telecomunicaciones.
- b) 137.234 euros equivalentes a 130.000 derechos especiales de giro, en los restantes contratos de las categorías 1 a 16 del artículo 206, cuando hayan de adjudicarse por los órganos de contratación de la Administración General del Estado, incluidos sus Organismos Autónomos.
- c) 211.219 euros, equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro en el mismo supuesto del apartado b), cuando hayan de adjudicarse por los restantes órganos de contratación.

El artículo 207.2 concretaba que en el procedimiento negociado con publicidad comunitaria, el plazo de presentación de solicitudes de participación no podía ser inferior a treinta y siete días a partir de la fecha del envío del anuncio.

encuestas de opinión pública. 11. Consultoría de dirección y conexos, excepto arbitraje y conciliación. 12. Arquitectura, ingeniería, planificación urbana y arquitectura paisajística. Consultoría en ciencia y tecnología. Ensayo y análisis técnicos. 13. Publicidad. 14. Limpieza de edificios y administración de bienes inmuebles. 15. Edición e imprenta. 16. Alcantarillado y eliminación de desperdicios. Saneamiento y similares. 17. Hostelería y restaurante. 18. Transporte por ferrocarril. 19. Transporte fluvial y marítimo. 20. Transporte complementario y auxiliar. 21. Servicios jurídicos. 22. Colocación y selección de personal. 23. Investigación y seguridad, excepto furgones blindados. 24. Educación y formación profesional. 25. Sociales y de salud. 26. Esparcimiento, culturales y deportivos. 27 Otros.

3.6.2.1.1.- Aspectos comunes a los supuestos de procedimiento negociado con publicidad comunitaria.

Debemos ahora comentar algunas cuestiones que son comunes a algunos de los supuestos en los que hemos visto que se admitía el procedimiento negociado sin publicidad.

Con relación a los supuestos de proposiciones irregulares o inaceptables (arts. 140.1.a), 181.1, 209.1.a), la primera dificultad radica en la concreción de qué fueran tales proposiciones. Se trataría de un concepto jurídico indeterminado²⁶³, y FERNÁNDEZ ASTUDILLO matizaba que no debían equipararse estos casos a la declaración de un concurso como desierto, pues según vimos esta posibilidad sólo cabe con referencia a los criterios objetivos de adjudicación del mismo. Como orientación podrían entenderse como supuestos de proposiciones irregulares las circunstancias descritas por el artículo 81 TRLCAP (proposiciones múltiples, que no constituyan propiamente variantes, la participación simultánea de proposición individual y en UTE, o la participación simultánea en más de una UTE), y como supuestos de proposiciones inaceptables las que fueran rechazadas por la Mesa de Contratación por no corresponderse el contenido de la documentación con la documentación que previamente se admitió (por ejemplo, por exceder el tipo de licitación o por no corresponder la firma con el poder bastantado)²⁶⁴.

²⁶³ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 2ª edición. Ed. Bosch, 2002, pág. 381. Nos recordaba que la propia Comisión Europea fue consciente de la dificultosa interpretación de tales conceptos, irregulares e inaceptables, y requería la elaboración de un documento interpretativo (Comunicación de la Comisión Europea "La contratación pública en la Unión Europea", COM (98) 143, Bruselas, 11 de marzo de 1998).

²⁶⁴ Criterios orientativos propuestos en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (MORALES PLAZA, A. y MEDINA MALO E., coords.). Ed. Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2002. Pág. 497.

La segunda dificultad en estos supuestos radica en la limitación de que no se modifiquen sustancialmente las condiciones sustanciales del contrato que habían sido objeto del previo procedimiento abierto o restringido. Siguiendo al propio FERNÁNDEZ ASTUDILLO, podrían considerarse condiciones iniciales del contrato *" las particularidades propias del contrato objeto del previo procedimiento en virtud de las determinaciones precisadas en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares, tanto de administrativas como de técnicas, es decir, su causa y, por tanto, su finalidad, junto con el resto de las condiciones del mismo, es decir, las características técnicas del objeto del contrato, el número de unidades a comprar, la duración del contrato y/o plazo de entrega, el precio del contrato y/o, en su caso, el precio unitario fijado por el órgano de contratación, la no procedencia de la revisión de precios..., la no procedencia de pagos a cuenta por la realización parcial del contrato, etc., y en su opinión se considerarían modificaciones sustanciales del contrato todas aquellas variaciones en la contratación que son susceptibles de alterar el principio de concurrencia fijado por el artículo 11.1 del TRLCAP en relación con la contratación inicialmente prevista"*²⁶⁵.

Pero el autor citado planteaba un par de cuestiones de indudable valor práctico en los casos en que la Administración opte por invitar a todos los que participaron inicialmente, estando dispensada en tal caso de efectuar la publicidad exigida ordinariamente para estos procedimientos negociados. Por un lado cabría preguntarse si al celebrar el procedimiento negociado el órgano de contratación puede invitar a alguna empresa que inicialmente no participó en el procedimiento abierto. A esta pregunta responde afirmativamente y coincidimos plenamente con él, pues nada lo

²⁶⁵ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa...* Op. cit., pág. 382.

prohíbe con tal de que no se impida participar a los que inicialmente lo hicieron. Pero en tal caso (y esta es la segunda pregunta), ¿debería publicarse anuncio de licitación? FERNÁNDEZ ASTUDILLO admitía que son razonables tanto la respuesta afirmativa como la negativa y que es difícil dar una solución en abstracto, pero él se inclinaba por considerar necesario el anuncio cuando se superaba el umbral comunitario (además de invitar por escrito a los anteriores participantes, claro)²⁶⁶.

Y respecto a los supuestos relacionados con contratos cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente su precio global (arts. 140.1.c) y 209.1.c), cabe destacar, y así lo hizo también FERNÁNDEZ ASTUDILLO, que la clave para reconocer cuándo estamos ante estos supuestos puede estar en la exigencia de excepcionalidad. Y es que la imposibilidad de determinar previamente el precio global del contrato se asemeja mucho al supuesto indicado por el artículo 85.a) TRLCAP para la utilización del concurso²⁶⁷. Por ello habría que entender que podremos acudir a este procedimiento negociado de un modo muy restrictivo, y en cualquier caso si sería necesaria una mínima estimación del presupuesto: la que nos perdiera saber si superábamos el umbral comunitario establecido para cada clase de contrato y nos conducía a la publicidad en el DOCE.

²⁶⁶ Apoyaba sus razonamientos, además, en un ejemplo perfectamente posible, el de una empresa mercantil que participó en el previo procedimiento abierto o restringido, resultando inadmitida porque aún carecía de inscripción en el Registro Mercantil (y por lo tanto, de capacidad). Esta empresa podría haber adquirido ya la capacidad en el momento de iniciarse el procedimiento negociado posterior y no resultar invitada por el órgano de contratación, que si habría invitado a las empresas que resultaron admitidas y además a otras nuevas que no concurrieron al previo procedimiento. Íbidem, pág. 385.

²⁶⁷ Recordemos su tenor literal: *Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores.*

3.6.2.2.- Procedimiento negociado sin publicidad.

La LCAP y su posterior Texto Refundido adoptaron la sistemática de describir los procedimientos y formas de adjudicación en su Libro I, para posteriormente, en el Libro II detallar cuáles eran los supuestos de aplicación del procedimiento negociado para cada uno de los contratos administrativos típicos. De este modo, lo que hasta ahora hemos visto sobre el procedimiento negociado corresponde a esa parte general, y ahora veremos cuáles fueron los supuestos en que se admitía la utilización de este procedimiento excepcional con relación a cada uno de los contratos administrativos. Es precisa la advertencia previa de que nos centraremos en el contrato de obras, porque siguiendo la tradición de nuestro derecho de la contratación administrativa, la regulación de los demás contratos también en este aspecto siguió de cerca el patrón del contrato de obras. Por eso, casi todos los comentarios sobre los supuestos del contrato de obras son válidos para los restantes contratos, de los que sólo enunciaremos los supuestos tipificados y pondremos de manifiesto las peculiaridades con respecto a aquel.

3.6.2.2.1.- Supuestos para el contrato de obras.

Dicho esto, los supuestos de posible aplicación del procedimiento negociado sin publicidad para el contrato de obras fueron los siguientes (artículo 141 TRLCAP):

- a) *“Cuando el contrato no llegare a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10 por 100. En este supuesto, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior al límite*

señalado en el primer párrafo del artículo 135.1 se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, a petición de ésta”.

El presupuesto habilitante de este supuesto era el haber celebrado previamente un procedimiento abierto o restringido y que no se hubiera adjudicado el contrato por falta de licitadores o porque éstos no hubieran resultado admisibles. Ello suponía la justificación necesaria y suficiente para la aplicación de un procedimiento negociado sin publicidad; bastaría pues con la publicidad de ese procedimiento abierto o restringido celebrado previamente para cumplir con los principios que presiden la contratación pública.

El límite para la utilización de este supuesto es la prohibición de modificación de las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que tampoco podía ser aumentado más de un 10 por 100. Lo contrario supondría un burdo fraude a la ley, pues sería fácil publicar una licitación con condiciones o precios absolutamente insostenibles para las empresas con el fin de propiciar una declaración de desierto y adjudicar posteriormente mediante un discreto procedimiento negociado y en unas condiciones mucho más favorables o interesantes para las empresas invitadas.

Otra posibilidad disponible para el órgano de contratación ante esta circunstancia era la de ejecutar directamente el contrato por la Administración (artículo 152.1.c).

Y una última opción es la de desistir de la contratación o convocar un nuevo procedimiento abierto o restringido, pues no perdamos de vista que el recurso a un procedimiento negociado sin publicidad es sólo una posibilidad; nada obliga a ello (ver el informe JCCA 40/99, de 30 de junio).

- b) *“Cuando a causa de su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, la ejecución de las obras sólo pueda encomendarse a un determinado empresario”.*

Se trata de uno de los supuestos que más restrictivamente hay que considerar dentro del ya excepcional procedimiento negociado. Estamos ante un supuesto en el que no es posible la licitación, y de su literalidad puede deducirse claramente que no es preceptiva la consulta con tres empresas, porque sólo hay un determinado empresario que puede ejecutar las obras. Como ejemplo de su excepcionalidad suele citarse el asunto 199/85 TJCE, en el que el Ayuntamiento de Milán adjudicó directamente las obras de una instalación de tratamiento de residuos sólidos a una unión de tres empresas italianas. La justificación de la adjudicación consistió en que la ejecución de las obras por dichas empresas garantizaba mayor eficacia y facilitaba mayores recuperaciones de residuos, gracias a una técnica exclusiva que pertenecía a tales empresas. No obstante tales argumentos, el Tribunal admitió unas alegaciones de la Comisión Europea en el sentido de que no concurrían razones suficientes para admitir que las empresas fueran las únicas que podían acometer la ejecución del contrato.

También debemos citar la STJCE de 10 de abril de 2003 (C-20/01 y C-28/01, acumulados, TJCE 2003\107), en cuyo segundo asunto se condenó al gobierno alemán, que había alegado que el contrato sólo podía ser adjudicado a una concreta empresa. Una vez más, el TJCE recordó que las excepciones autorizadas por el artículo 11.3 de la Directiva 92/59 deben interpretarse estrictamente, soportando quien quiera beneficiarse de ello la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales tipificadas. Concretamente, el supuesto que nos ocupa sólo puede aplicarse si de prueba que, por razones técnicas, artísticas o por cualquier otra razón

relacionada con la protección de derechos exclusivos, sólo existe una empresa efectivamente capaz de ejecutar el contrato en cuestión.

Paradigmática nos resulta también la STSJ del País Vasco núm. 797/2000, de 21 de septiembre (RJCA 2000\2672), que anuló una adjudicación basada en la exclusividad técnica del adjudicatario. El Tribunal partió del incontestable principio general de que *“los principios de Publicidad y de Libre Concurrencia constituyen la norma general a respetar en la contratación de las administraciones públicas. Ello obliga necesariamente a la interpretación con carácter restrictivo de los supuestos excepcionales en que se admita la contratación directa”*. En el expediente enjuiciado se alegaron también razones de urgencia que fueron rechazadas (fomento de la riqueza y el empleo dada la crisis social y económica del municipio), pero sobre todo se rechazó la pretendida exclusividad técnica de la empresa adjudicataria. Concretamente, el Ayuntamiento había adjudicado directamente un contrato para la gestión de una explotación minera a una empresa que ofrecía una solución técnica supuestamente única y que suponía una mayor economía en la explotación. El Tribunal, tras la prueba pericial oportuna, consideró demostrado que la solución podría haber sido ofertada por alguna otra empresa, de forma que no cabía recurrir a la adjudicación directa por no apreciarse las razones excepcionales necesarias para ello. En palabras del TSJ, *“la sociedad adjudicataria, no es en modo alguno titular exclusiva de la tecnología necesaria para realizar la explotación adjudicada, o cuando menos la administración demandada no ha acreditado este dato, ni en el expediente administrativo ni en el presente proceso, debiendo atribuirse a las partes demandadas la carga de su prueba”*.

Por su parte, la JCCA (informe 35/06, de 30 de octubre) expresó que la concurrencia de las circunstancias que legitiman y justifican la utilización de este concreto procedimiento negociado sin

publicidad (es decir, cuando por razones técnicas o artísticas o relacionadas con la protección de derechos exclusivos solo pueda encomendarse el objeto del contrato a un único empresario) *“ es una cuestión de prueba o justificación que habrá de constar necesariamente en el expediente de contratación, sin que puedan darse reglas generales que permitan ser aplicadas a todos los supuestos que puedan presentarse”*. Tampoco considera posible la JCCA ofrecer ninguna orientación en cuanto al ámbito territorial de la exclusividad, puesto que éste dependerá del objeto del contrato y habrá de justificarse caso por caso en cada expediente de contratación.

En definitiva, y en palabras de la propia JCCA (informe 52/06, de 11 de diciembre), *“ lo decisivo para la utilización del procedimiento negociado por esta causa es que exista un solo empresario al que pueda encomendarse la ejecución de la obra, siendo motivo indirecto y remoto el que ello sea debido a su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva”*. En aquel caso, la Junta Consultiva rechazaba algo que es frecuente en la práctica, y es la fundamentación de estos expedientes en informes técnicos que pasan de puntillas por la justificación de la exclusividad, y se quedan en aconsejar la solicitud de oferta a un único empresario: *lo contrario entrañaría distorsiones evidentes*, expresaba en supuesto planteado a la Junta Consultiva. En parecidos términos, la STS 11 de diciembre de 2000 (recurso núm. 6061/1996, RJ 2001\1462), que además de abundar en la exigencia de justificación en el expediente de las circunstancias que legitiman la utilización del procedimiento negociado, rechazó la posibilidad de que esa legitimidad viniera dada por el sólo hecho de la propuesta de una Gerencia en el sentido de invitar a un solo empresario.

- c) *“Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución que no pueda lograrse por el procedimiento de urgencia regulado en el artículo 71 o por aplicación de los plazos de publicidad en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas” previstos para los casos de urgencia”.*

Con toda seguridad estamos ante uno de los supuestos de procedimiento negociado sin publicidad más utilizado por los órganos de contratación. Resulta frecuente que se sugiera la urgencia para justificar un procedimiento negociado de este tipo. Pero el concepto jurídico indeterminado que constituye el núcleo de este supuesto, la imperiosa urgencia, está muy acotado por la norma y por la jurisprudencia.

Recordemos para empezar que la redacción de este apartado trae causa de la doctrina elaborada por el TJCE en sentencias como las de 18 de marzo de 1992 y 2 de agosto de 1993. En ellas se exigía la concurrencia acumulativa de las condiciones exigidas por este apartado. Es decir, para la aplicación de este precepto es preciso que concurren simultáneamente estos cuatro requisitos: imperiosa urgencia, no compatible con el procedimiento ordinario de urgencia, debida a acontecimientos imprevisibles, y no imputables al órgano de contratación.

La imperiosa urgencia es, por lo tanto, la clave de este procedimiento negociado sin publicidad. Pero no se trata de una urgencia cualquiera, sino cualificada por su carácter imperativo que a nuestro juicio se encuentra entre la situación que habilita para tramitar de forma urgente los expedientes ordinarios y la emergencia derivada de acontecimientos catastróficos (la imperiosa urgencia es

mayor que la primera, y menor que la segunda). De hecho, la justificación de la imperiosa urgencia debe alcanzar al extremo de que las necesidades apremiantes de verificar el contrato no puedan lograrse mediante la tramitación urgente. El Tribunal Supremo ha anulado numerosas adjudicaciones por la insuficiente justificación de este aspecto; según el Alto Tribunal, *"el requisito de justificar las necesidades apremiantes que no pueden ser atendidas por el procedimiento de urgencia es un requisito esencial para que la contratación directa pueda acordarse, que en modo alguno puede calificarse como incumplimiento de un mero requisito formal subsanable en cualquier momento, dado el carácter excepcional de este sistema de contratación, que impone su restricción a los supuestos taxativamente previstos, con un incumplimiento riguroso de las exigencias de justificación"* (STS 16 de octubre de 2000, RJ 2000\8914).

Como puede apreciarse, la justificación de la urgencia se ha erigido en este apartado como requisito esencial del procedimiento, de forma que la omisión o la insuficiencia de la justificación conllevaría la nulidad del contrato por aplicación del artículo 62.1.a) TRLCAP y 62.1.e) LPAC (según el cual son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido...). Pueden encontrarse diversas sentencias en este sentido, y permítasenos traer aquí la del TSJ Castilla-La Mancha núm. 440/2001, de 7 de junio (RJ 2001\259488), que consideró que aunque el Pleno del Ayuntamiento no había prescindido absolutamente del procedimiento, la adjudicación debía declararse nula por incurrir en infracción del ordenamiento jurídico al establecer indebidamente el procedimiento de contratación negociado. Pero hemos querido traer como muestra esta sentencia por su especial expresividad, sus razonamientos contundentes y sus palabras en las que creemos apreciable una fina ironía que hace más interesante su lectura: *"no se alega mayor*

urgencia que el natural interés en que toda dotación al servicio de los ciudadanos esté a su disposición lo antes posible. Esto es predicable prácticamente de cualquier obra pública. El déficit de instalaciones es una más que dudosa justificación para la utilización de este procedimiento, pues la creación no de ésta, sino de cualquier infraestructura, vendrá determinada precisamente por la carencia de las de tal clase...aunque desechásemos el anterior argumento, por aceptar un margen muy amplio de legítima apreciación administrativa de este concepto jurídico indeterminado que es la "urgencia", sucede que la Ley no se conforma con que tal urgencia concorra, sino que exige que la misma se deba a acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo. Cabe preguntarse qué clase de "acontecimientos imprevisibles" son estos que justifiquen la urgencia que se declara. La escasez de instalaciones deportivas no puede decirse que sea ni un "acontecimiento" (es más bien una situación que deviene con el tiempo) ni, desde luego, "imprevisible", pues es de suponer que el Ayuntamiento conoce en todo momento cuál es la situación de las infraestructuras deportivas de la ciudad (piénsese que incluso el propio crecimiento de la ciudad es controlado por el Ayuntamiento a través de la planificación urbanística), y que la cobertura de las mismas es algo completamente previsible. En cuanto a la piscina, huelga cualquier comentario acerca de la posibilidad de conceptualizar como un "acontecimiento imprevisible" la llegada del verano de 1998".

Además, no olvidemos que la imperiosa urgencia ha de resultar de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación, o que pudo prever con suficiente antelación. Fue interesante la manifestación del Tribunal de Cuentas en su informe sobre la gestión del gasto público de 1990 en el sentido de que "en la mayor parte de las ocasiones en que se había invocado la urgencia podría haberse evitado mediante la oportuna previsión con antelación suficiente de

la necesidad que la motivara, de tal manera que se hubiera contado con tiempo bastante para realizar la contratación por los normales sistemas de concurrencia general, incluso en la modalidad abreviada". No es este el lugar en el que abundar sobre la cuestión, pero una adecuada previsión de la gestión pública, y la planificación de la contratación (que es posible en buena medida) contribuyen a contratar mejor y a obtener prestaciones más eficientes, además de hacerlo de forma más ajustada a la legalidad.

Y por último, un comentario sobre los efectos de la utilización de este procedimiento negociado sin publicidad por imperiosa urgencia. Cuando se utiliza la tramitación de urgencia (artículo 71 TRLCAP), la propia Ley establece unas ventajas procedimentales para tales expedientes. No se prevé lo mismo, sin embargo, en el caso de procedimiento negociado por imperiosa urgencia. Esto podría dar lugar, por ejemplo, a la situación absurda de que en el caso de un expediente calificado de urgente la ejecución del contrato pudiera iniciarse sin que se haya formalizado el mismo pero no así en el caso del procedimiento negociado por imperiosa urgencia, a pesar de que la situación es más perentoria en este último caso. Precisamente en atención a que la situación fáctica es más comprometida en el caso de la imperiosa urgencia, consideramos que hay que entender que esas ventajas procedimentales previstas para la tramitación de urgencia, esos efectos que el propio artículo 71 anudaba a la declaración de urgencia deben resultar también aplicables en el caso del procedimiento negociado sin publicidad por razón de imperiosa urgencia.

d) "Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas y su ejecución se confíe al contratista de la obra principal, de

acuerdo con los precios que rigen para el contrato primitivo o que, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente.

Para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior, deberán concurrir los siguientes requisitos respecto del contrato principal:

1.- Que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar inconvenientes mayores a la Administración o que, aunque se puedan separar de la ejecución de dicho contrato, sean estrictamente necesarias para su ejecución.

2.- Que las obras complementarias a ejecutar definidas en el correspondiente proyecto estén formadas, al menos, en un 50 por 100 del presupuesto, por unidades de obra del contrato principal.

3.- Que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 20 por 100 del precio primitivo del contrato.

Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos exigidos en los párrafos precedentes habrán de ser objeto de contratación independiente²⁶⁸.

²⁶⁸ Redacción dada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre con la finalidad de restringir el concepto de obras complementarias gracias a una detallada descripción conceptual y a la inclusión de los requisitos que aparecen en el propio apartado. La redacción original de este apartado en la LCAP había sido ésta: *d) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto, ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas, siempre que su importe total no exceda del 20 por 100 del precio del contrato en el momento de la aprobación de dichas obras complementarias y su ejecución se confíe al contratista de la obra principal de acuerdo con los precios que rigen para el contrato inicial o que, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente.*

Será requisito para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato principal sin causar inconvenientes mayores a la Administración o que, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento.

Este apartado fue objeto de modificación por la Ley 53/99, que endureció los requisitos para su utilización. La definición de estas obras complementarias no siempre resulta clara y ha dado lugar a usos incorrectos; de ahí la modificación de aquella redacción inicial de la LCAP.

Es importante conocer la interpretación que de este apartado formuló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes 20/98, de 30 de junio, y 16/99, de 30 de junio. Para empezar, hay que tener claro que en este supuesto no estamos ante una modificación de proyecto, sino ante un proyecto nuevo de manera que lo que se origina es un nuevo y diferente contrato. De hecho, y con relación a estos expedientes, la Junta expresó que es preciso *"tanto para la formación del expediente de contratación, como para cuantas actuaciones y trámites se efectúen para su ejecución y cumplimiento un tratamiento independiente y diferenciado del contrato principal, sin perjuicio de que puedan refundirse sólo en el aspecto documental"*.

Las obras complementarias o las prestaciones derivadas de consultorías y asistencias o de servicios complementarios no pueden contratarse una vez finalizada la ejecución de la prestación principal, pues razona la Junta Consultiva que la posibilidad contraria *"vendría a desnaturalizar el carácter de complementarios de las respectivas obras, estudios y servicios o trabajos, pues si el contrato ha finalizado, y dicha expresión debe reconducirse a la de terminación de la ejecución de la prestación principal que se produce en el sistema de la Ley con la recepción, difícilmente puede alcanzarse a comprender como puede cumplirse el requisito de que las*

Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos exigidos en los párrafos precedentes habrán de ser objeto de contratación independiente.

prestaciones complementarias no puedan separarse técnica o económicamente de la prestación principal o sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento (artículo 141.d) o para las fases ulteriores (artículo 211.d), con independencia de que la solución positiva requeriría siempre la determinación legal de un plazo a partir de la recepción, (inexistente en la Ley) durante el que podrían contratarse por procedimiento negociado prestaciones complementarias.

La solución negativa que hemos referido a obras, estudios y servicios o trabajos complementarios tiene una excepción legalmente consagrada para los suministros, al establecer el artículo 183.e), con norma procedente de la Directiva 93/36/CEE, que la duración de las entregas complementarias así como de los contratos renovables no podrá, como regla general, ser superior a tres años.

Esta excepción deriva de la especial naturaleza del contrato de suministro, reflejada en la propia definición del supuesto de hecho, también procedente de la Directiva 93/36/CEE, que en contraposición a obras y a estudios, servicios o trabajos complementarios, ya no caracteriza a las prestaciones complementarias como las inseparables o estrictamente necesarias sino como la reposición de suministros o la extensión de los mismos cuando un cambio de proveedor de lugar a incompatibilidades o dificultades técnicas y viene a demostrar que el plazo especialmente previsto para este supuesto no puede tener aplicación al de obras, estudios, servicios o trabajos complementarios”.

- e) *“Cuando se trate de la repetición de obras similares a otras adjudicadas por procedimiento abierto o restringido, siempre que las primeras sean conforme al proyecto base y se hayan incluido en el anuncio del citado procedimiento*

abierto o restringido y computado su importe para fijar la cuantía total del contrato.

Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de tres años, a partir de la formalización del contrato inicial”.

Estamos ahora ante una posibilidad de enorme potencialidad práctica porque es especialmente útil para la ejecución de obras similares en sucesivas fases o anualidades; esta modalidad de procedimiento negociado²⁶⁹ ha sido frecuentemente utilizado por las Diputaciones Provinciales para la adjudicación de las obras incluidas en sus Planes Provinciales de Obras y Servicios, ya que es habitual que no sea suficiente la financiación de una sola anualidad para concluir la actuación propuesta por el municipio.

Hay que tener en cuenta que la Ley establece varios requisitos y límites a la aplicación de este supuesto de procedimiento negociado.

Los requisitos son el de tratarse de repetición de obras similares a otras adjudicadas por procedimiento abierto o restringido, que se hayan incluido en el anuncio de licitación, y que se hubiera computado su importe para fijar la cuantía total del contrato.

Como límite se establecía que únicamente podría recurrirse a este procedimiento si no había transcurrido más de tres años desde la formalización del contrato inicial.

f) *“ Los declarados secretos o reservados o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales*

²⁶⁹ De inspiración francesa, según indicó BASSOLS COMA, M.: “Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa”. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 21, 1986. Pág. 31.

conforme a la legislación vigente o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado. En este último supuesto, en la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales se requerirá declaración expresa de que concurre tal requisito, correspondiendo realizarla al titular del Departamento ministerial respectivo, sin que a estos efectos dicha competencia pueda ser delegada”²⁷⁰.

Recordemos con relación a este supuesto su larga trayectoria histórica, que ya advertimos cuando nos referimos al artículo 6º del Real Decreto de 27 de febrero de 1852²⁷¹.

g) “Los de presupuesto inferior a 60.101,21 euros”.

Se trata en este caso del denominado procedimiento negociado por razón de la cuantía. En estos expedientes basta con la justificación de que la cuantía del contrato se sitúa por debajo del umbral señalado, para que la utilización del procedimiento negociado esté perfectamente legitimada. No hace falta más justificación, aunque a veces algunos órganos de contratación duden de ello, sin que estas dudas tengan más fundamento que el tradicional recelo que ha existido sobre la contratación administrativa en general y sobre la utilización del procedimiento negociado, en particular (cuestión distinta es que para recurrir al procedimiento negociado por razón de

²⁷⁰ El último inciso de este apartado no tenía carácter básico, según la Disposición final del TRLCAP.

²⁷¹ Este artículo 6º dispensaba una serie de supuestos de las solemnidades de la subasta, y en su apartado noveno se refería a los supuestos de *contratos en que la seguridad del Estado exija garantías especiales o gran reserva por parte de la Administración*.

la cuantía el órgano de contratación realice un fraccionamiento del objeto del contrato, lo que si es fraudulento²⁷²).

La contratación directa en razón de la cuantía estaba presente también en normas anteriores, y así la Ley de Contratos del Estado admitía la posibilidad por debajo de 50 millones de pesetas (artículo 37.3). Y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas fue aprobada en 1995 situando este umbral en 5 millones de pesetas como reflejo del contexto socio-político del momento, en el que se presentaba como objetivos de esta Ley, entre otros, el de servir de instrumento contra la corrupción²⁷³. Fue la reforma que en la LCAP operó la Ley 53/1999, la que situó el límite del procedimiento negociado por razón de la cuantía en diez millones de pesetas, en el caso de los contratos administrativos de obras. Este nuevo límite permitía diferenciar estos expedientes de los contratos menores, situados también en cinco millones y que no exigían apenas expediente de contratación, lo que movía a los órganos de contratación a utilizar esta cómoda fórmula en detrimento del procedimiento negociado.

En el ámbito de la Administración local, esta cuantía fue modulada (minorándose) por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuyo artículo 88.3 establecía que por razón de la cuantía, la contratación directa solo podría acordarse en los contratos de obras, servicios y suministros cuando no excedieran de un determinado límite porcentual referido a los recursos ordinarios del presupuesto, y en ningún caso del límite general establecido para la contratación directa en las normas básicas aplicables a todas las

²⁷² El artículo 68.2 TRLCAP establecía que *no podrá fraccionarse un contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda.*

²⁷³ Ver el relato de estas circunstancias ofrecido por MORENO MOLINA, J.A.: *Nuevo régimen...* Op. cit., pág. 517.

Administraciones Públicas. Ese límite porcentual había sido sucesivamente del 5 y del 2 %, y la última redacción de la Disposición adicional novena del TRLCAP lo fijó en el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto de la correspondiente Entidad Local²⁷⁴. Es decir, las Entidades Locales podían utilizar el procedimiento negociado por razón de la cuantía, el supuesto que nos ocupa, si el contrato proyectado no superaba el diez por ciento de los recursos ordinarios de su presupuesto, y en ningún caso el umbral establecido por la Ley de Contratos para cada uno de los contratos típicos (60.101,21 euros para los de obras; 30.050,61 euros y duración inferior a cinco años para los de gestión de servicios públicos; 30.050,61 para los de suministro y para los de consultoría y asistencia y de servicios). Pero volveremos sobre esta interesante cuestión al tratar la Ley de Contratos del Sector Público.

Ahora vamos a reproducir los supuestos en que el TRLCAP admitía la utilización del procedimiento negociado para los restantes contratos administrativos típicos. Según advertimos más arriba, en la mayoría de estos supuestos nos limitaremos a transcribirlos, pues no presentan diferencia alguna digna de comentario con relación a los del contrato de obras.

3.6.2.2.2.- Supuestos para el contrato de gestión de servicios públicos.

Así, para el contrato de gestión de servicios públicos, el artículo 159 TRLCAP preveía los siguientes supuestos de aplicación del procedimiento negociado:

²⁷⁴ Hasta la aprobación de la LCAP en 1995, el límite del artículo 88.3 LRBRL estuvo situado en el 5 % de los recursos ordinarios del presupuesto. Fue la Disposición Adicional 9ª de la LCAP la que rebajó el límite al 2 %. Posteriormente la Ley 53/1999 volvió a modificar el artículo 88.3 LRBRL fijando el porcentaje en el 10 %.

- a) *“Aquellos servicios respecto a los que no sea posible promover concurrencia en la oferta.*
- b) *Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución que no pueda lograrse por el procedimiento de urgencia regulado en el artículo 71.*
- c) *Los declarados secretos o reservados o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales e la seguridad el Estado. En estos casos será necesario que el servicio no pueda realizarse directamente por la Administración y, en el último supuesto, en la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, se requerirá declaración expresa de que concurre tal requisito, correspondiendo realizarla al titular del Departamento ministerial respectivo, sin que a estos efectos dicha competencia pueda ser delegada²⁷⁵.*
- d) *Los de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 30.050,61 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años²⁷⁶.*
- e) *Los anunciados a concurso que no llegaren a adjudicarse por falta de licitadores o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, siempre que no se modifiquen en forma sustancial las condiciones originales*

²⁷⁵ El último inciso de este apartado no tiene carácter básico, según estableció la Disposición final primera del TRLCAP.

²⁷⁶ También para el contrato de gestión de servicios públicos, el supuesto basado en la cuantía recibió una nueva redacción por parte de la Ley 53/99; originariamente, la LCAP se refería a contratos de cuantía inferior a tres millones de pesetas y plazo de duración inferior a cinco años.

del contrato y la adjudicación se efectúe por precio no superior al que haya sido objeto de la licitación primera, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, párrafo b), de este artículo.

- f) *Los relativos a la prestación sanitaria concertados con medios ajenos, derivados de un Convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley*²⁷⁷.

3.6.2.2.3.- Supuestos para el contrato de suministro.

Para el contrato de suministro, el artículo 182 TRLCAP contemplaba los siguientes supuestos de procedimiento negociado sin publicidad:

- a) *Cuando el contrato no llegare a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10 por 100. En este supuesto se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, a petición de ésta, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a los límites señalados en el artículo 177.2*²⁷⁸.

²⁷⁷ La regulación del contrato marco era nula en nuestras leyes de contratación pública, y la LCAP sólo lo citaba así de escuetamente en este supuesto y en el art. 182.I), con relación al contrato de suministro, como veremos. Ver FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación...* Op. cit., págs. 414 y ss.

²⁷⁸ Este apartado recibió nueva redacción tras la Ley 53/99; originariamente la LCAP ofrecía ésta: a) *Cuando no se presenten proposiciones en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un*

- b) *Cuando los productos de que se trate se fabriquen exclusivamente para fines de experimentación, estudio o desarrollo, no aplicándose esta condición a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o recuperar los costos de investigación y desarrollo.*²⁷⁹
- c) *Cuando, a causa de su especificidad técnica o artística, o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, tan sólo pueda encomendarse la fabricación o suministro del producto en cuestión a un único proveedor.*
- d) *Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución que no pueda lograrse por el procedimiento de urgencia regulado en el artículo 71 o por aplicación de los plazos de publicidad en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas" previstos para los casos de urgencia.*
- e) *Las entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial que constituyan, bien una reposición de suministros o instalaciones de uso corriente o bien una extensión de los suministros o instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligaría a la Administración a adquirir material que posea características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y mantenimiento desproporcionadas.*

10 por 100. En este supuesto se remitirá un informe a la Comisión de la Comunidad Europea cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a los límites señalados en el artículo 178.2, a petición de aquélla.

²⁷⁹ Volvamos a recordar aquí el artículo 6º, apartado décimo del Real Decreto de 27 de noviembre de 1852, en el que se dispensaban de las solemnidades de la subasta *los contratos de explotación, fabricación o abastecimiento que se hagan por vía de ensayo.*

La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, como regla general, ser superior a tres años.

- f) *Los que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296²⁸⁰ del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que deba celebrar el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, cuando no existan empresas nacionales capacitadas para ejecutarlo²⁸¹.*
- g) *Los que se refieren a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la Administración, siempre que la adopción del tipo²⁸² de que*

²⁸⁰ El artículo 296 TCCE reza así:

1. Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las normas siguientes:
 - a. Ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad.
 - b. Todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.

2. El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista, que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1.

²⁸¹ La redacción de este apartado procede de la Ley 53/99, pues la que contuvo inicialmente la LCAP era ésta: *f) Los que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 223.1.b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que deba celebrar el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, cuando no existan empresas nacionales capacitadas para ejecutarlo.*

²⁸² Respecto a los contratos cuya uniformidad haya sido declarada necesaria, puede verse, por ejemplo, FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación...* Op. cit., págs. 410 y ss. El autor describe con detalle el procedimiento de adopción de tipo, que al igual que en el caso del contrato marco, partían de una raquítica regulación legal; la Ley prácticamente se limitaba a citar la figura.

se trate se haya efectuado, previa e independientemente, en virtud de concurso, de acuerdo con lo previsto en el presente Título.

En este supuesto se tendrá en cuenta para la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales que la uniformidad a que el mismo se refiere habrá de ser declarada por la Dirección General del Patrimonio del Estado, excepto cuando se trate de bienes de utilización específica por los servicios de un determinado Departamento ministerial, en cuyo caso corresponderá efectuarlo al mismo, previo informe de la indicada Dirección General²⁸³.

h) Los declarados secretos o reservados o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales, conforme a la legislación vigente o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado. En este último supuesto, en la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales se requerirá declaración expresa de que concurre tal requisito, correspondiendo realizarla al titular del Departamento ministerial respectivo, sin que a estos efectos dicha competencia pueda ser delegada²⁸⁴.

²⁸³ Este párrafo no tenía carácter básico, por declararlo así la Disposición final primera del TRLCAP.

²⁸⁴ No tenía carácter básico el último inciso de este apartado, según estableció la Disposición final primera del TRLCAP.

- i) *Los de bienes de cuantía inferior a 30.050,61 euros, límite que se eleva a 48.080,97 euros, para los supuestos comprendidos en el artículo 172.1, párrafo c)*²⁸⁵.
- j) *La adquisición de bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, previa su valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español u organismo reconocido al efecto de las Comunidades Autónomas, que se destinen a museos, archivos o bibliotecas.*
- k) *Los de adquisición de productos consumibles, perecederos o de fácil deterioro, de cuantía inferior a 60.101,21 euros*²⁸⁶.
- l) *En las adjudicaciones de los contratos que sean consecuencia de un acuerdo o contrato marco, siempre que éste último haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley*²⁸⁷.

Este apartado tiene un indudable interés, y durante la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ciertamente fue poco utilizado, entre otras razones porque la regulación era escasa y se limitaba a la que hemos transcrito. Sin embargo, veremos que se trata de una posibilidad de grandes posibilidades cuando abordemos la Ley de Contratos del Sector Público.

En aquellas fechas, resultaba de gran interés la lectura del informe 34/00, de 6 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el cual ésta rechazaba la posibilidad de que las Administraciones Públicas efectuaran compras a través de internet, dado el marco normativo establecido por la Ley de Contratos de las

²⁸⁵ Estas cuantías fueron elevadas por la Ley 53/1999, pues originariamente la LCAP había situado este supuesto de procedimiento negociado por razón de la cuantía en dos y tres millones de pesetas, respectivamente.

²⁸⁶ Apartado introducido por la Ley 53/99, de 28 de diciembre.

²⁸⁷ También este apartado fue introducido por la reforma de 1999.

Administraciones Públicas. Argumentaba la JCCA que mediante tales procedimientos, *“por la singularidad del mercado privado, no se aplican requisitos de libre concurrencia típicos del régimen de la contratación pública, sino que el proveedor es elegido libremente. Al mismo tiempo, una vez cursada la orden de compra requiere que simultáneamente se curse la orden de pago que se formaliza antes de la entrega del producto o de la prestación del servicio...De cara a la aplicación a las Administraciones Públicas de tales prácticas y métodos debe considerarse inicialmente que las características autoorganizativas de las prácticas comerciales de las empresas chocan frontalmente con las normas reguladoras de la contratación pública y de la gestión del procedimiento de autorización de gastos y de reconocimiento y pago de las obligaciones contraídas establecida en la Ley General Presupuestaria, en las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas y en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales...la LCAP establece como principios de la contratación la publicidad, la igualdad, la libre concurrencia y no discriminación, y en el artículo 11 se fijan requisitos específicos de los contratos (competencia, capacidad, determinación del objeto y del precio, tramitación de expediente y formalización del contrato) y establece otros requisitos que sin ser propios de un contrato son en realidad requisitos del expediente de gasto unido a un expediente de contratación (existencia de crédito, fiscalización de los actos de contenido económico relativos a los contratos y aprobación del gasto), por lo que todo proyecto de implementación de la aplicación a las Administraciones Públicas de las denominadas compras a través de Internet requiere la adaptación mínima de la normativa reguladora que haga posible el cumplimiento de tales principios y requisitos. Pero una especial condición afecta a tal supuesto de las compras a través de Internet como es la fase de cumplimiento de los contratos respecto de la cual la Ley exige que, en todo caso, el órgano de contratación, es decir, el comprador, realice un acto positivo de recepción de la prestación en el que manifiesta su conformidad con lo*

recibido continuando a tal acto la disposición del pago mediante el reconocimiento de la correspondiente obligación contraída y la propuesta de pago y ordenación del mismo al contratista o vendedor”.

También rechazó la JCCA que la contratación por esta vía viniera permitida por el artículo 45 LCAP (desarrollado por el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero), que prevé la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración, pues según sus razonamientos, la Disposición adicional séptima de la LCAP establecía que *“ los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la LRJAPyPAC”*, pero ello no puede llevar a la errónea interpretación de considerar que tales normas de procedimiento administrativo común pueden regular aspectos propios de los procedimientos de contratación, ya que su función correcta es la de completar la normativa sobre contratación cuando la misma no detalle una regulación completa de los mismos. Por ello, la JCCA expresó que tanto el artículo 45 LPAC como el Real Decreto 263/1996, *“ deben analizarse en el ámbito de la contratación las cuestiones relativas a la operatividad de los medios informáticos y telemáticos, incluso las relativas a la solicitud de participación en los procedimientos de licitación que formulen las empresas y la presentación de sus ofertas, así como las comunicaciones a las mismas de los órganos de la Administración vinculados al procedimiento, ya se refieran al proceso de adjudicación o al de ejecución y cumplimiento de los contratos, pero no puede concluirse que sin que se modifique el actual marco normativo sea factible la operatividad de tal sistema de contratación”*.

3.6.2.2.4.- Supuestos para los contratos de consultoría y asistencia y para los de servicios.

Y para los contratos de consultoría y asistencia, y para los de servicios, los supuestos de posible aplicación del procedimiento negociado sin publicidad eran los establecidos por el artículo 210 TRLCAP:

- a) *“Cuando el contrato no llegare a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio que no podrá ser aumentado en más de un 10 por 100. En este supuesto, se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, a petición de ésta, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a los límites señalados en el artículo 203.2²⁸⁸.*
- b) *Cuando por razones técnicas o artísticas o relacionadas con la protección de derechos exclusivos tan sólo pueda encomendarse el objeto del contrato a un único empresario.*
- c) *Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución que no pueda lograrse por el procedimiento de urgencia regulado en el artículo 71 o por aplicación de los plazos de publicidad en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas” previstos para los casos de urgencia.*

²⁸⁸ La redacción de este apartado procede de la Ley 53/99; la LCAP lo había presentado así: a) *Cuando no se presenten proposiciones en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10 por 100. En este supuesto se remitirá un informe a la Comisión de la Comunidad Europea, a petición de ésta, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior al límite señalado en el artículo 204.2.*

d) Los estudios, servicios o trabajos complementarios que no figuren en el proyecto, ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas y su ejecución se confíe al contratista principal de acuerdo con los precios que rigen para el contrato inicial o, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente.

Para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior deberán concurrir los siguientes requisitos respecto del contrato principal:

1.- Que los estudios, servicios o trabajos no puedan separarse técnica o económicamente del contrato principal sin causar graves inconvenientes a la Administración o que, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para las fases ulteriores.

2.- Que el importe acumulado de los estudios, servicios o trabajos complementarios no superen el 20 por 100 del importe del contrato primitivo.

Los demás estudios, servicios o trabajos que no reúnen los requisitos exigidos en los párrafos precedentes habrán de ser objeto de contratación independiente²⁸⁹.

e) Cuando se trate de la repetición de estudios, servicios o trabajos similares a otros adjudicados por procedimiento abierto o restringido, siempre que los primeros se hayan incluido en el anuncio del citado procedimiento abierto o restringido y computado su importe para fijar la cuantía total del contrato. Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de tres años a partir de la formalización del contrato inicial.

²⁸⁹ Al igual que en el supuesto equivalente de los contratos de obras, la Ley 53/1999 modificó este apartado redactándolo de este modo, con el fin de restringir el concepto de estudios, trabajos y servicios complementarios.

f) Los que se refieren a contratos de servicios cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la Administración, siempre que la adopción del tipo de que se trate se haya efectuado, previa e independientemente, en virtud de concurso, de acuerdo con lo previsto en este Título.

En este supuesto se tendrá en cuenta para la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, que la uniformidad a que el mismo se refiere, habrá de ser declarada por la Dirección General del Patrimonio del Estado, excepto cuando se trate de servicios de utilización específica por los de un determinado departamento ministerial, en cuyo caso corresponderá efectuarlo al mismo, previo informe de la indicada Dirección General²⁹⁰.

g) Los declarados secretos o reservados o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado. En este último supuesto, en la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales se requerirá declaración expresa de que concurre tal requisito, correspondiendo realizarla al titular del departamento ministerial respectivo, sin que a estos efectos dicha competencia pueda ser delegada²⁹¹.

h) Los de presupuesto inferior a 30.000,61 euros²⁹².

²⁹⁰ Este párrafo segundo del apartado f) no tuvo carácter básico, según estableció la Disposición final primera del TRLCAP.

²⁹¹ El último inciso de este apartado no tenía carácter básico, según la Disposición final del TRLCAP.

²⁹² Al igual que hemos visto en anteriores contratos, la Ley 53/1999 elevó esta cuantía, que hasta entonces había sido en la LCAP de dos millones de pesetas para

i) Los que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que deba celebrar el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, cuando no existan empresas nacionales capacitadas para ejecutarlo²⁹³.

Estos contratos se regirán por la presente legislación, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional”.

3.6.2.3.- El procedimiento negociado en los contratos privados, administrativos especiales y administrativos mixtos.

Aunque LCAP y TRLCAP no lo dijeron expresamente, en los contratos privados podía utilizarse el procedimiento negociado en defecto de normas administrativas especiales que lo prohibieran. El mismo razonamiento resulta admisible con relación a los contratos administrativos especiales y a los administrativos mixtos, en cuyo caso había que estar a los supuestos del procedimiento negociado correspondientes a la prestación económica más importantes de las que la integran. La JCCA se manifestó sobre esta cuestión en los informes 67/96, de 18 de diciembre, y 4/98, de 2 de marzo. Con relación a los contratos privados, administrativos especiales y mixtos, la Junta Consultiva recordaba inicialmente el régimen jurídico que la LCAP establecía para ellos: *“los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas especiales, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo...en defecto de normas administrativas especiales...deben aplicarse, por dicción expresa de su art. 9, los preceptos de la LCAP relativos a la preparación y*

el contrato de consultoría y asistencia y de servicios, y de un millón para el contrato de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración.

²⁹³ Este apartado fue introducido por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

adjudicación de los contratos, entre ellos los de utilización del procedimiento abierto, restringido y negociado...La remisión es general e indiscriminada...Basta por tanto con que un precepto de la LCAP se refiera a la preparación y adjudicación de los contratos (y el procedimiento negociado y las causas de su utilización forman parte evidentemente integrante de la normativa relativa a la adjudicación) para que resulte aplicable a los contratos privados...resulta evidente que la sumisión de los contratos privados, en su preparación y adjudicación a la LCAP responde a la idea de que, aunque por su naturaleza privada, sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado, ello no obsta para que por el dato fundamental de los fondos públicos con que se financian estos contratos, su adjudicación ha de llevarse a cabo con las normas concretas en que se plasman los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación..."

Tras esos argumentos, la JCCA extrajo tres conclusiones sobre la cuestión: en primer lugar, que en los contratos privados de la Administración (arts. 5.3 y 9 LCAP), en defecto de normas administrativas especiales de las que resulte lo contrario, podía utilizarse el procedimiento negociado por las causas enumeradas en los artículos correspondientes a los contratos administrativos típicos (arts. 140, 141, 160, 182, 183, 210 y 211) que más se ajusten al propio objeto del contrato.

En segundo lugar, la JCCA afirma la misma conclusión respecto a los contratos administrativos especiales (previstos en los arts. 5.2.b, 7 y 8 LCAP).

Y en tercer lugar, también concluyó que en los contratos mixtos a que se refería el artículo 6 LCAP, las causas de utilización del procedimiento negociado habían de ser las establecidas para cada uno de los contratos regulados en el Libro II según la prestación económica

más importante, que determina necesariamente la calificación del contrato como uno de los contratos administrativos típicos regulados.

En la misma línea se pronunció posteriormente el informe 66/00, de 5 de marzo de 2001, en el que se admitió expresamente la posibilidad de aplicar el procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar los contratos patrimoniales, de naturaleza privada, de la Administración. En aquel supuesto concreto analizado por el informe 66/00, la JCCA rechazó la obligación de adjudicar necesariamente mediante subasta un contrato de arrendamiento, dado que esa obligación derivaría del artículo 92 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio), al disponer que será necesaria la celebración de subasta siempre que la duración de la cesión fuera superior a cinco años o el precio estipulado excediera del 5 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto. Pues bien, para la JCCA es preciso efectuar una interpretación conjunta de los preceptos contenidos en la legislación patrimonial y en la contractual, de manera que en cuanto a la adjudicación de los contratos hay que estar preferentemente a la LCAP, y que la indicada previsión del artículo 92 RBEL *"debe considerarse una matización de detalle que debe ceder ante los supuestos de utilización del procedimiento negociado previstos en los artículos 141, 159, 182 y 210 de la LCAP, entre cuyos supuestos figura el de existencia de un solo contratista que pueda ser adjudicatario del contrato"*.

3.7.- PREFERENCIA PARA LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS A FAVOR DE DETERMINADAS EMPRESAS.

Como previsión común a todos los procedimientos y formas de adjudicación conviene tener presente que la Disposición Adicional Octava de la LCAP estableció que los órganos de contratación podrían

señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tuvieran su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualaran en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvieran de base para la adjudicación²⁹⁴.

Posteriormente la Ley 53/99 introdujo un segundo apartado en la citada Disposición Adicional, otorgando igual preferencia y en la misma forma para la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tuviera relación directa con el objeto del contrato, según resultara de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figurasen inscritas en el correspondiente registro oficial (en este caso el órgano de contratación podía requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes).

Nos interesa resaltar estas posibilidades de preferencia en la adjudicación, porque se trató de la punta de lanza de una nueva concepción de la contratación pública como instrumento para el

²⁹⁴ Con relación a esta cuestión pueden verse los informes de la JCCA 37/03, de 17 de noviembre, 44/04, de 12 de noviembre, y 1/05, de 12 de noviembre. En este último, la Junta concluía que la inclusión potestativa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del criterio de preferencia previsto en la Disposición adicional octava, apartado 1 LCAP había de ajustarse a sus términos literales, sin que pudieran tomarse en consideración el mayor número o el mayor porcentaje de trabajadores minusválidos en la plantilla que excedan del 2 % previsto en la citada disposición.

avance de políticas sociales. En estos años la posibilidad aún era controvertida, pues la posición doctrinal y jurisprudencial dominante sostenía que la selección de los contratistas debía basarse exclusivamente en aspectos relacionados con el objeto del contrato y con las ventajas de la oferta, y no en cualesquiera otros²⁹⁵. Sin embargo, como hemos dicho, la mencionada Disposición Adicional Octava supuso una importante novedad (ofreciendo en la contratación administrativa una ventaja social que fue ampliada en 1999); si bien no fue demasiado utilizada en general por los órganos de contratación, y su virtualidad práctica era escasa²⁹⁶. Pero veremos que la corriente iniciada en estos años ha seguido evolucionando hasta ofrecer en la Ley de Contratos del Sector Público unas posibilidades mucho más favorables a la utilización de los contratos públicos para

²⁹⁵ Ya vimos al hablar de los criterios objetivos del concurso cuáles habían sido las propuestas del Consejo de Estado y del Consejo Económico y Social, así como la opinión del profesor MORENO MOLINA. Sin embargo, otras voces también autorizadas mantuvieron una opinión distinta. Con relación a la preferencia para la adjudicación que ahora exponemos, SANTÍAS VIADA mostró su disconformidad en estos claros términos: *ambos apartados, introducidos en la tramitación parlamentaria de las Leyes 13/1995 y 53/1999, responden a la finalidad de la conveniente introducción de las denominadas "cláusulas sociales" en la contratación administrativa y merecen 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 tales cláusulas, pues al margen que habría que cuestionarse por qué se incluyen estas y no otras, las finalidades sociales deben ser cumplidas al margen y con independencia de la contratación administrativa.* SANTÍAS VIADA, J.A.: "Modificaciones introducidas...". Op. cit., pág. 78.

²⁹⁶ Tengamos en cuenta que son escasísimas las ocasiones en que se produce un empate entre las proposiciones tras la valoración de los criterios objetivos, y era esa la premisa de partida para poder aplicar la preferencia: igualar en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.

promover condiciones de igualdad, sociales, ambientales u otras de interés general²⁹⁷.

3.8.- EL CONTRATO MENOR.

Es preciso hacer alusión a los contratos menores, aunque sea de forma breve. Porque a pesar de que no son propiamente un procedimiento ni una forma de adjudicación de los contratos administrativos, si que son una forma de celebrar contratos administrativos²⁹⁸. Estamos, desde luego, ante contratos administrativos a los que la Ley dispensa de la mayor parte de requisitos procedimentales en atención a su cuantía. Ésta es la que determina, por ser escasa y no superar el umbral que en cada momento ha determinado la Ley, que el legislador relaje las exigencias y garantías de las que están rodeados la generalidad de los contratos y que son proporcionadas por los procedimientos administrativos de adjudicación.

²⁹⁷ En su informe 44/04, de 12 de noviembre, la JCCA había dejado claro que con la regulación existente en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la preferencia admisible es la expresada por su Disposición adicional octava referida a trabajadores con minusvalía y a entidades sin ánimo de lucro en contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial. De ese modo no cabía la preferencia para las empresas con mayor porcentaje de mujeres en plantilla, a menos que se hubiera modificado la mencionada Disposición adicional.

²⁹⁸ DE SOLAS RAFECAS los calificó como procedimiento especial de adjudicación, junto a los supuestos de resolución del contrato adjudicado previamente por subasta, y a la adjudicación al mejor postor no incurso en presunción de temeridad cuando ésta se aprecia en algún licitador y el órgano de contratación opta por no adjudicar el contrato a éste último. DE SOLAS RAFECAS, J.M.: "Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos de la Administración, y en especial del contrato de obras públicas, en el Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", dentro de las *Jornadas sobre Contratación Pública* organizadas por la Universidad de Valladolid en 1993. Ed. Marcial Pons-Cámara de Contratistas de Castilla y León. Madrid, 1996. Pág. 86.

La razón de ser de los contratos menores es la de ofrecer a la Administración una fórmula ágil para la ejecución de determinadas actuaciones, y ello se propicia simplificando procedimientos, aunque algunos consideren que lo que se consigue es en la práctica la absoluta falta de los mismos²⁹⁹. Al legislador de 1995 no le cabían dudas sobre la conveniencia de la figura de los contratos menores, y la Exposición de Motivos de la LCAP declaraba su propósito de potenciarlos.

Tanto el concepto como casi todo el sencillo régimen jurídico de los contratos menores era el expuesto por el artículo 56 TRLCAP: *“ los contratos menores se definirán exclusivamente por su cuantía...la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y en el contrato menor de obras, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de la existencia de proyecto cuando normas específicas así lo requieran”*.

Es decir, no cabe buscar ninguna caracterización o rasgo cualitativo que nos permita identificar a los contratos menores más allá del dato cuantitativo de su presupuesto. Por lo tanto, en cada regulación de los contratos administrativos típicos se concretaba la cuantía por debajo de la cual habíamos de considerar que dichos contratos eran menores y por lo tanto bastaba para su celebración con la aprobación del gasto y la incorporación de la factura (más presupuesto en el caso de obras, y proyecto en su caso). Estas cuantías que permitían la celebración de contratos menores eran: en obras, aquellas que no excedan de 30.050,061 euros (artículo 121 TRLCAP), en suministros, aquellos que no excedan de 12.020,24 euros

²⁹⁹ GONZÁLEZ CARRILLO, J.: “Los contratos menores”. *Contratación Administrativa Práctica*. Ed. La Ley. Núm. 20, mayo 2003, pág. 46.

(artículo 176 TRLCAP), y en consultoría y asistencia y servicios, aquellos que no excedan de 12.020,24 euros (artículo 201 TRLCAP)³⁰⁰.

Los requisitos que hemos enunciado (aprobación del gasto e incorporación de la factura) tienen el carácter de mínimos; o sea, basta con su cumplimiento para que la actuación de la Administración fuera correcta y ajustada a derecho. Pero se pueden agregar todas aquellas actuaciones que se siguen en la generalidad de los contratos administrativos y que el órgano de contratación considere oportunas o convenientes para mayor garantía del procedimiento. Así lo había expresado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por ejemplo en su informe 10/98, de 11 de junio, en que afirmó que nada se opone a que en el expediente del contrato menor *“se incorporen, además de los documentos resultantes del artículo 57, la propuesta de contratación en la que se reflejan las prestaciones a realizar, la periodicidad y plazos de ejecución, periodicidad de pagos y otras circunstancias para la mejor concreción del contrato, pues con ello no sólo se dará cumplimiento a determinados requisitos del artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que además se contribuirá a la mejor y más concreta definición de los derechos y obligaciones de las partes que, por inexistencia de pliego de cláusulas administrativas particulares, no pueden figurar en el mismo...los contratos menores sólo exigen el cumplimiento de los requisitos del artículo 57 de la LCAP, definiéndose exclusivamente por la cuantía que se fija en los artículos 121, 177 y 202, sin perjuicio de la exigencia de los requisitos que de los enumerados en el artículo 11, no sean incompatibles con la especial naturaleza de estos contratos, sino que, por el contrario, sean indispensables para su caracterización”*.

³⁰⁰ Hemos reflejado las cuantías con las que aparecían los contratos menores durante casi toda la vigencia del TRLCAP, porque la cuantía inicial de la LCAP era, obviamente, la equivalente en pesetas: cinco millones en el caso de los contratos de obras, y dos millones de pesetas en los restantes contratos.

Ciertamente, es fácil captar la anterior idea que expresó la JCCA, pero los operadores jurídicos recelan de estos procedimientos simplificados: los funcionarios dedicados a la contratación administrativa saben lo de los *tiros de la maledicencia*. Por eso, y aunque la cuestión estaba bastante clara, se planteaba la consulta a la JCCA para que no hubiese ni un mínimo resquicio de duda. Pero, insistimos, realmente y como expresó la propia Junta Consultiva en su informe 12/02, de 13 de junio, aquel carácter de mínimo de los requisitos del contrato menor se desprendía fácilmente de la utilización del adverbio "solo, y la circunstancia de que cuando la Ley ha querido precisar la exigencia de otros requisitos lo ha hecho expresamente en el propio artículo...para el contrato menor de obras, lo que no obsta para que...se reconozca la posible aplicación de determinados requisitos generales de los contratos previstos en el artículo 11 de la Ley, entre los que no figura la constitución de garantías definitivas". En este caso concreto la JCCA remachaba la idea expresada con carácter general, pero con relación a la constitución de garantías definitivas, dejando claro que ello no es requisito obligatorio en los contratos menores.

Con relación al requisito de las facturas, había que atender al artículo 72 RGLCAP, que contiene los extremos que deben cumplir los documentos correspondientes. Así, este precepto expresaba que "*en los contratos menores podrá hacer las veces de documento contractual la factura pertinente, que deberá contener los datos y requisitos establecidos en el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales*". Añade el artículo 72 que las facturas tengan el siguiente contenido concreto:

- a) Número y, en su caso, serie. La numeración de las facturas será correlativa.

- b) Nombre y apellido o denominación social, número de identificación fiscal y domicilio del expedidor.
- c) Órgano de celebra el contrato, con identificación de su dirección y del número de identificación fiscal.
- d) Descripción del objeto del contrato, con expresión del servicio a que vaya destinado.
- e) Precio del contrato.
- f) Lugar y fecha de su emisión.
- g) Firma del funcionario que acredite la recepción.

El RGLCAP también exige la expedición y entrega de de factura por las certificaciones de obra o los abonos a cuenta que se tramiten con anterioridad al cumplimiento total del contrato, y se exceptúan de tales obligaciones a los suministros y servicios cuya prestación se acredite en el tráfico comercial por el correspondiente comprobante o recibo. En estos supuestos exceptuados, el artículo 72 RGLCAP exige que los comprobantes o recibos hagan constar al menos la identidad de la empresa emisora, el objeto de la prestación, la fecha, el importe y la conformidad del servicio competente con la prestación recibida.

La mención del artículo 56 TRLCAP a la factura, en singular, no implica que en todo caso deba aparecer sólo una; es decir, es perfectamente admisible que se emitan varias facturas conforme se ejecute la prestación, con tal de que las cantidades totales facturadas no superen el límite legal establecido por el TRLCAP para cada uno de los contratos menores típicos y que hemos referido anteriormente. En este sentido se manifestó la JCCA en su informe 50/97, de 2 de marzo de 1998, criterio que luego fue acogido y elevado a la categoría de norma por el RGLCAP, cuyo artículo 72 apartado 4 expresa que *"podrán celebrarse diversos contratos menores que se identifiquen por el mismo tipo de prestaciones cuando estén referidos a un gasto de carácter genérico aprobado, que en ningún caso podrá superar,*

respecto de cada tipo de contrato, los importes fijados en los artículos 121, 176 y 201 de la Ley. En tal supuesto, el importe conjunto de los mismos no podrá superar el gasto autorizado”.

Y es fundamental tener en cuenta que la Ley 53/99 introdujo en el artículo 57 LCAP (posterior 56 TRLCAP) tres límites a la celebración de los contratos menores. Concretamente, y a partir de esa reforma, el precepto expresó que los contratos menores *no podrán tener una duración superior a un año, ni ser objeto de revisión de precios*. Es fácil adivinar que estos límites tratan de impedir fraudes; impedir la tentación de utilizar reiteradamente contratos menores para eludir los procedimientos ordinarios de adjudicación de los contratos administrativos.

3.9.- REFLEXIONES FINALES DE ESTE CAPÍTULO.

El estudio del sistema de procedimientos de adjudicación que precedió inmediatamente al vigente, es decir, el sistema de la LCAP y su Texto Refundido, nos permite también efectuar una serie de reflexiones finales o conclusiones.

En primer lugar es evidente la consolidación en este período de la influencia del Derecho comunitario en nuestra contratación pública. Si en 1986 se había efectuado una importante adaptación de nuestro derecho interno, durante el período que es objeto de este Capítulo se ha ido afianzando la convergencia no sólo por adecuación a las Directivas, sino también por un conocimiento y sometimiento cada vez mayor a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El catálogo de procedimientos y formas de adjudicación que ofrecía la LCAP era el mismo que habíamos conocido anteriormente en España (con el cambio de denominación de la adjudicación directa),

pero es fácilmente apreciable la influencia comunitaria en numerosos aspectos que hemos expuesto (y por eso ahora sólo valgan como recordatorio la regulación de las ofertas desproporcionadas, la publicidad comunitaria de los procedimientos o la influencia en los supuestos de utilización del procedimiento negociado). Es interesante conocer cómo la LCAP fue presentada como un instrumento para combatir la corrupción administrativa; es decir, se trata de la misma idea que permanece viva en la mente del legislador desde los primeros tiempos de la contratación pública. Sin embargo, también la experiencia nos ha demostrado que tratar de combatir ese problema por medio de incrementar los trámites procedimentales no es la mejor fórmula, o no debe ser la principal. Y es que no pudiéndose asegurar que la LCAP lograra frenar los casos de corrupción, sin embargo recibió continuas críticas por ralentizar los procedimientos de contratación a pesar de que también había proclamado inicialmente su objetivo de agilizarlos.

Es apreciable también en esta etapa el crecimiento, la mayor evolución, del concurso y del procedimiento negociado, que hasta ahora disponían de una escueta regulación. Mientras la subasta está muy perfilada y sólo recibe las novedades tendentes a evitar la manipulación por parte de los empresarios (mediante la nueva regulación de las ofertas desproporcionadas y de la presentación de proposiciones por grupos de empresas), la utilización cada vez mayor del concurso y del procedimiento negociado hacen necesario un mayor cuerpo normativo y doctrinal (recordemos en este sentido y con relación al concurso la introducción de fases en el concurso, la posibilidad de apreciar ofertas desproporcionadas, y toda la doctrina sobre los criterios objetivos; y con relación al procedimiento negociado, la extensa doctrina sobre los supuestos de utilización, o la introducción de los aspectos negociables en el pliego). Esta tendencia también pone de manifiesto la necesidad de perfeccionar el control jurisdiccional de los procedimientos de adjudicación, pues si el

control de la decisión administrativa es sumamente sencillo en el caso de la subasta, dado su automatismo y objetividad, no ocurre lo mismo en el concurso y menos aún en el procedimiento negociado.

Durante este periodo desapareció también la cierta autonomía que históricamente había tenido la regulación de la contratación local. La LCAP agrupó las especialidades de la contratación local en una Disposición adicional, y han ido quedando obsoletas aquellas otras previsiones sobre la materia que contuvieron la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. En este mismo sentido, la propia LCAP derogó expresamente el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (Decreto de 19 de enero de 1953). Sin embargo, las especialidades de la contratación local previstas por la LCAP no satisficieron a los municipalistas ni en cantidad ni en calidad, por diversas razones que expondremos en el siguiente Capítulo. Baste ahora decir que es en este ámbito donde más difícil resulta siempre la aplicación de procedimientos administrativos complejos y en eso no pareció ayudar mucho la LCAP (descontando las posibilidades que ofrecían el contrato menor y el procedimiento negociado por razón de la cuantía).

La LCAP y su Texto Refundido estuvieron vigentes durante más de una docena de años. Nosotros consideramos que al final de ese período, esos textos normativos habían alcanzado una importante consolidación y enorme calado entre los operadores jurídicos (numerosísimos porque se trata de normas básicas y porque son innumerables los órganos de contratación de toda España). La serie de años de vigencia permitió el buen conocimiento de los textos legales, pero también la creación de jurisprudencia sobre ellos y un extenso repertorio de informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. En particular este órgano ha alcanzado en esta etapa

un prestigio merecido por el rigor de sus dictámenes, siendo seguido con atención por los aplicadores de las normas de contratación administrativa. En definitiva, queremos decir que siempre es deseable una estabilidad temporal de las normas porque ello redundaría en una mayor seguridad jurídica. Obviamente, esta afirmación no equivale a pretender el inmovilismo del ordenamiento jurídico, pero sí evitar esa especie de aceleración frenética que a veces padece el ordenamiento administrativo español y que en las últimas décadas está muy presente en la contratación administrativa. Vimos cómo desde 1986 se han sucedido las normas en esta materia con una rapidez vertiginosa: nuevas leyes y continuas modificaciones sobre las mismas. En el siguiente Capítulo veremos cómo ha seguido evolucionando la cuestión hasta hoy.

CAPÍTULO IV

LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

CAPÍTULO IV: LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

4.1.- INTRODUCCIÓN. POR QUÉ UNA NUEVA LEY SOBRE LA MATERIA. ASPECTOS GENERALES DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

4.1.1.- LA NUEVA DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS SUBJETIVO Y OBJETIVO.

4.1.2.- EL CONCEPTO DE CONTRATO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, CONTRATOS PRIVADOS Y CONTRATOS SUJETOS A UNA REGULACIÓN ARMONIZADA.

4.1.3.- EL OBJETO Y ESTRUCTURA DEL PRESENTE CAPÍTULO.

4.2.- LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

4.2.1.- SISTEMÁTICA.

4.2.2.- CARÁCTER BÁSICO DE LAS NORMAS SOBRE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

4.2.3.- NORMAS GENERALES.

4.2.3.1.- *Disposiciones directivas.*

4.2.3.1.1.- Procedimientos y formas: subasta y concurso.

4.2.3.2.- *Publicidad: anuncio de información previa, perfil de contratante y convocatoria de licitaciones.*

4.2.3.3.- *Licitación.*

4.2.3.3.1.- Plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las

proposiciones y reducción de plazos
en caso de tramitación urgente.

4.2.3.3.2.- Proposiciones de los interesados.

4.2.3.3.3.- Presentación de la documentación
acreditativa del cumplimiento de
requisitos previos.

4.2.3.3.4.- Variantes o mejoras.

4.2.3.3.5.- Subasta electrónica.

4.2.3.3.6.- Sucesión en el procedimiento.

4.2.4.- SELECCIÓN DEL ADJUDICATARIO. EN PARTICULAR, LOS CRITERIOS DE
VALORACIÓN DE LAS OFERTAS.

4.2.4.1.- *Criterios de valoración de las ofertas.*

4.2.4.1.1.- La utilización de uno o más de un
criterio.

4.2.4.1.2.- Elección, información y publicidad de
los criterios.

4.2.4.1.3.- El precio como criterio en la LCSP.
Las ofertas anormales o
desproporcionadas y los grupos de
empresas.

4.2.4.1.4.- Criterios de evaluación automática y
criterios dependientes de un juicio de
valor.

4.2.4.1.5.- Criterios sociales y ambientales.

4.2.4.1.6.- Incumplimiento de los criterios en la
ejecución del contrato: penalidades y
resolución.

4.2.4.1.7.- La valoración de los criterios.

4.2.4.1.8.- Adjudicación provisional del contrato.
El perfil de contratante.

4.2.4.1.9.- Adjudicación definitiva del contrato.

4.2.4.1.10.- La vuelta al sistema de doble adjudicación. El recurso especial en materia de contratación.

4.2.5.- OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN SOBRE EL RESULTADO DEL PROCEDIMIENTO, RENUNCIA, DESISTIMIENTO Y FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO.

4.3.- LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN PREVISTOS POR LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

4.3.1.- LA ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN.

4.3.2.- PROCEDIMIENTO ABIERTO.

4.3.2.1.- *Información a los licitadores.*

4.3.2.2.- *Plazos para la presentación de proposiciones.*

4.3.2.3.- *Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación.*

4.3.2.4.- *Adjudicación.*

4.3.2.5.- *Supletoriedad de las normas procedimentales.*

4.3.3.- PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO.

4.3.4.- PROCEDIMIENTO NEGOCIADO.

4.3.4.1.- *Supuestos de utilización.*

4.3.4.1.1.- Supuestos generales.

4.3.4.1.2.- Supuestos para los contratos de obras.

4.3.4.1.3.- Supuestos para los contratos de gestión de servicios públicos.

4.3.4.1.4.- Supuestos para los contratos de suministro.

4.3.4.1.5.- Supuestos para los contratos de servicios.

4.3.4.1.6.- Supuesto para otros contratos.

4.3.4.1.7.- El procedimiento negociado por razón de la cuantía.

4.3.4.2.- *El procedimiento negociado como procedimiento administrativo.*

- 4.3.4.2.1.- Delimitación de la materia objeto de negociación.
- 4.3.4.2.2.- Procedimiento negociado con publicidad. Su confusa regulación legal.
- 4.3.4.2.3.- La negociación de los términos del contrato.
- 4.3.5.- DIÁLOGO COMPETITIVO.
 - 4.3.5.1.- *Concepto.*
 - 4.3.5.2.- *Supuestos de aplicación.*
 - 4.3.5.3.- *Apertura del procedimiento y solicitudes de participación.*
 - 4.3.5.4.- *Diálogo con los candidatos.*
 - 4.3.5.5.- *Presentación y examen de las ofertas.*
- 4.3.6.- NORMAS ESPECIALES APLICABLES A LOS CONCURSOS DE PROYECTOS.
- 4.4.- EL CONTRATO MENOR.
- 4.5.- PREFERENCIA PARA LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS A FAVOR DE DETERMINADAS EMPRESAS.
- 4.6.- LA MESA DE CONTRATACIÓN.
 - 4.6.1.- CONCEPTO.
 - 4.6.2.- PROCEDIMIENTOS EN LOS QUE INTERVIENE LA MESA DE CONTRATACIÓN.
 - 4.6.3.- FUNCIONES.
 - 4.6.4.- COMPOSICIÓN DE LAS MESAS DE CONTRATACIÓN.
 - 4.6.4.1.- *Especial referencia a la Mesa de Contratación en el ámbito local.*
- 4.7.- REFLEXIONES FINALES DEL CAPÍTULO.

4. 1.- INTRODUCCIÓN. POR QUÉ UNA NUEVA LEY SOBRE LA MATERIA. ASPECTOS GENERALES DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

El Capítulo que ahora iniciamos tiene por objeto estudiar el sistema vigente en materia de procedimientos de adjudicación de contratos administrativos. Este sistema está hoy legalmente regulado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP y publicada en B.O.E. núm. 261, de 31 de octubre).

Hemos iniciado esta última etapa del camino preguntando por qué se ha aprobado una nueva ley reguladora de los contratos públicos. A simple vista pudiera parecer que la respuesta es fácil: la LCSP se ha elaborado y aprobado para cumplir con la obligación que pesaba sobre los Estados miembros de la Unión Europea de transponer la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios³⁰¹. Evidentemente esta es la auténtica y más directa razón de la elaboración de la LCSP, más aún habida cuenta de que el artículo 80 de la Directiva establecía como fecha límite para la transposición la del 31 de enero de 2006. Luego España ha llegado

³⁰¹ Aunque esa es la razón principal, no ha sido la única motivación del legislador, que en la Exposición de motivos de la LCSP ha afirmado que ésta *no se construye a trasponer las nuevas directrices comunitarias, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir diversas 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.*

nuevamente tarde a la incorporación de las Directivas sobre contratación pública³⁰².

Pero tras esta primera respuesta, que es rigurosamente correcta, cabe añadir que la iniciativa del legislador no tenía necesariamente que haber sido ésta. Se ha dicho que habría sido mejor una modificación parcial del TRLCAP³⁰³, texto este que como ya dijimos había alcanzado una notable consolidación, ofreciendo bastante seguridad jurídica entre los operadores.

Lo cierto es que la LCSP es ya una Ley vigente pese a las innumerables críticas que recibió durante el tiempo en que fue sólo un anteproyecto y un proyecto de ley. Y es que, además de las dudas sobre si la solución idónea era la promulgación de un nuevo texto legal completo, el contenido concreto de la Ley no ha dejado a nadie indiferente. Los redactores de la norma debieron tener cierta conciencia de la dificultad que entraña la comprensión y aplicación de la LCSP y previeron una larga *vacatio legis*: seis meses que difirieron la entrada en vigor del texto completo hasta mayo de 2008³⁰⁴.

Seguramente la primera dificultad de entraña la LCSP es su sistemática. La nueva Ley presenta una estructura también novedosa, diferente a la que conocimos en la LCAP y su Texto Refundido. Recordemos que éstas últimas constaban de una parte general, aplicable a todos los contratos, y una parte especial en la que se regulaban individualizadamente las especialidades de cada tipo de

³⁰² Tratando de mitigar ese incumplimiento, la Disposición transitoria séptima de la LCSP estableció la aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, pues la norma general sobre entrada en vigor de la Ley es la que estableció la Disposición final duodécima disponiendo una *vacatio legis* de seis meses.

³⁰³ Por ejemplo, VICENTE IGLESIAS, J.L.: *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*. Ed. La Ley. Las Rozas (Madrid), 2008. Pág. 46.

³⁰⁴ La Disposición final duodécima de la LCSP dispuso la entrada en vigor a los seis meses desde la publicación en el B.O.E., salvo la disposición transitoria séptima relativa al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, que entró en vigor el día siguiente al de tal publicación.

contrato administrativo típico. Ahora no es esa la sistemática; la LCSP consta de trescientos nueve artículos, treinta y tres disposiciones adicionales, siete disposiciones transitorias, una derogatoria y doce disposiciones finales. Sólo ese dato numérico ya es indicativo de la extensión de la norma. Aquellos trescientos nueve artículos están estructurados en un Título preliminar (“Disposiciones Generales”) y cinco Libros: “Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”; “Preparación de los contratos”; “Selección del contratista y adjudicación de los contratos”; “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”; “Organización administrativa para la gestión de la contratación”.

Este cambio de sistemática obedece, según la Exposición de motivos, al nuevo enfoque de la contratación pública que ofrece la Ley, y que puede apreciarse desde el mismo nombre de la norma. Efectivamente, no es casual que ahora la Ley se denomine de Contratos del Sector Público, y no de las Administraciones Públicas³⁰⁵. Y es que el legislador de 2007 ha pretendido agrupar en esta Ley las normas para la contratación no sólo de aquellas entidades que tienen la consideración de Administración Pública, sino que conforme a la realidad actual del sector público y a la concepción funcional de los poderes adjudicadores que predica el derecho comunitario, en la LCSP han de encontrar las pautas para contratar todas aquellas entidades que han de someterse al derecho europeo de la contratación pública³⁰⁶. Siendo ese el punto de partida de la Ley, queda enunciado en su artículo primero, relativo al objeto y finalidad de la norma³⁰⁷.

³⁰⁵ Como certeramente ha señalado DÍAZ LEMA, el propio título de las principales normas sobre la materia de las últimas décadas *es fiel reflejo de los cambios producidos en el ámbito público de la contratación: Ley de Contratos del Estado, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y Ley de Contratos del Sector Público*. DÍAZ LEMA, J.M.: “Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la ley de contratos del sector público?”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 141. Enero-marzo de 2009. Pág. 7.

³⁰⁶ La Exposición de motivos de la LCSP expresa en este sentido: *Ratificando este cambio de enfoque, la presente Ley se separa de la arquitectura adoptada por la*

La nueva sistemática y el enfoque que conlleva tampoco han pasado inadvertidos a nadie, ni la justificación de la Exposición de motivos ha convencido a muchos. Tempranamente fue cuestionado este aspecto por el propio Consejo de Estado, en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley³⁰⁸: *“El abandono de dicho esquema no es total ni podría serlo por la razón antes apuntada de que las normas que tienen su origen en el derecho comunitario no abarcan la totalidad de los aspectos que sí interesan al derecho interno de la contratación administrativa. Por eso la pretendida construcción de la ley como un sistema completo de la actividad contractual no es tal, sino un troceamiento de la regulación en fases o bloques de materias de modo que en unas el juego de los contratos típicos sujetos a regulación comunitaria es mayor mientras que en otras se reconoce con total densidad la regulación tradicional del contrato administrativo”*.

legislación de contratos públicos desde la Ley 13/1995, de 18 de mayo, basado en una estructura bipolar construida alrededor de de una “parte general”, compuesta por normas aplicables a todos los contratos, y una “parte especial”, en la que se recogían las peculiaridades de régimen jurídico de los contratos administrativos “típicos”. Esta sistemática, que constituyó un notable avance técnico respecto de la configuración clásica de la Ley de Contratos del Estado, no resulta, sin embargo, la más adecuada para dar soporte a una norma con el alcance que se pretende para la Ley de Contratos del Sector Público, afectada por los condicionantes de regular de forma directa el régimen de contratación de un abanico más amplio de sujetos destinatarios, y de hacer posible, desde la misma estructura de la Ley, un tratamiento diferenciado de las normas que son transcripción de disposiciones comunitarias.

³⁰⁷ Artículo 1. 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.

³⁰⁸ Dictamen 514/2006, de 25 de mayo.

Tampoco convenció esta fórmula a DEL SAZ³⁰⁹, porque a pesar de que el legislador nos diga que prescinde del modelo tradicional e incluya reglas para sujetos que se situaban fuera de la legislación de contratación administrativa, la LCSP también ofrece varios niveles de aplicación: el más intenso vuelve a ser para los contratos administrativos y ocupa la gran mayoría del articulado, y con menos intensidad ofrece normas para el resto de contratos privados y para los celebrados por entidades que tienen la consideración de poder adjudicador o aquellas otras que no tienen la condición de Administración Pública. Pero además, la LCSP vuelve a fijar un umbral por encima del cual califica a los contratos como sujetos a regulación armonizada y están plenamente sometidos a las Directivas comunitarias. Por debajo de ese umbral, la aplicación del derecho comunitario es menos intensa, y hay que analizar caso a caso la naturaleza de la entidad adjudicadora para conocer el régimen jurídico aplicable a cada contrato. Así, y en palabras de la propia DEL SAZ, *"ni todos los contratos que celebra una misma entidad contratante tienen el mismo régimen jurídico, pues dependerá de que estén sometidos o no a la normativa comunitaria (aunque las diferencias son mínimas cuando se trata de contratos de las Administraciones públicas), ni un mismo tipo de contrato, aunque sujeto a la normativa europea (obras, servicios, suministros o contrato de colaboración entre el sector público o privado), aboca a un mismo régimen jurídico, pues dependerá de cuál sea la entidad contratante. Y aún más: mientras que la naturaleza administrativa o privada de los contratos y, en consecuencia, su regulación de fondo dependen exclusivamente de cuál sea la entidad contratante, pues sólo son contratos administrativos los celebrados por las Administraciones públicas, la aplicación de las reglas relativas a capacidad, publicidad, licitación y adjudicación viene determinada no sólo por el nombre y apellidos de la entidad contratante, sino por el*

³⁰⁹ DEL SAZ, S.: "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?", *RAP*, núm. 174. Madrid, septiembre-diciembre de 2007, págs. 347 y 348.

hecho de que el contrato pueda o no incluirse dentro de los contratos típicos o calificados y que se encuentre sometido o no a regulación armonizada”.

A la postre, y como ha escrito DÍAZ LEMA de modo muy gráfico, lo que consigue la LCSP es que no exista un solo “*régimen de los contratos, sino varios regímenes, que se superponen los unos a los otros, como en un juego de muñecas rusas*”³¹⁰.

MORENO MOLINA³¹¹ ha expuesto una serie de ventajas e inconvenientes de la nueva estructura que ofrece la LCSP: entre las primeras destacan la mejor adecuación a las distintas fases de la contratación pública ajustándose más a la cadencia de la gestión contractual, un contenido de cada uno de los Libros de la Ley más homogéneo que en el TRLCAP y la eliminación de rúbricas imprecisas que delataban la deficiente estructuración de ésta, y una correcta separación de las disposiciones orgánicas (sólo aplicables al sector público del Estado) de las de carácter material (de carácter mayoritariamente básico). Entre los inconvenientes, destacan la confusión que genera la definición del ámbito de aplicación de la Ley (y que después veremos), la difícil localización de las normas aplicables a los distintos contratos, la excesiva extensión del texto normativo, y en definitiva, la imposibilidad de alcanzar el objetivo de separar completamente la regulación del contrato administrativo del resto de contratos del sector público, porque como puso de manifiesto

³¹⁰ DÍAZ LEMA, J.M.: “Contratos públicos versus contratos administrativos...”. Op. cit., pág. 34. Expone el profesor la complejidad del texto de la LCSP, que se ha construido sobre la distinción entre contratos privados y contratos administrativos, y entre contratos armonizados y contratos no armonizados. Esto lleva a una superposición de estos regímenes jurídicos: privados/armonizados, privados/no armonizados, administrativos/armonizados, administrativos/no armonizados. Es el cruce de todas estas posibilidades es el que permite determinar cuál es el régimen jurídico aplicable al contrato que tengamos ante nosotros; pero ese régimen jurídico tampoco está fácilmente localizable en el articulado de la LCSP sino que hay que efectuar un penoso recorrido (el que ha criticado, entre otros, Silvia DEL SAZ) por el extenso articulado de la Ley para conocer las normas aplicables a nuestro contrato, que están dispersas por el mismo.

³¹¹ MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Ed. La Ley. Las Rozas (Madrid), 2007. Págs. 76-81.

el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto, las normas que tienen su origen en el Derecho comunitario no abarcan la totalidad de los aspectos que sí interesan al Derecho interno de la contratación administrativa (el resultado tangible es el troceamiento del que habló el propio Consejo).

Puede decirse, por lo tanto, que la LCSP ha pretendido abandonar la regulación de la completa contratación pública bajo el patrón del contrato administrativo³¹²; o al menos, esa es la intención declarada de la Ley aunque no está tan claro que el articulado lo haya conseguido. Y este abandono parece conveniente según autorizadas voces de nuestra doctrina administrativista³¹³. Eso sí, puede haber bastante coincidencia en la consideración de que nuestra regulación no puede girar exclusivamente en torno al contrato administrativo, pero cuando menos es controvertida la opinión de que haya que desechar la propia figura³¹⁴.

Lo que ocurre es que con el fin de dar cobertura a la panoplia de entidades públicas que no son estrictamente Administración, la

³¹² MORENO MOLINA, J.A.: "¿Por qué una nueva Ley de Contratos? Objetivos, alcance y principales novedades de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público". *REDA*, núm. 139, julio-septiembre de 2008. Pág. 428.

³¹³ El profesor BAÑO LEÓN expresó en su comparecencia ante la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados que la figura del contrato administrativo tradicional ya no sirve para comprender el fenómeno europeo (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Administraciones Públicas. Martes, 20 de febrero de 2007, núm. 756, pág. 5). El propio BAÑO LEÓN lo había apuntado con anterioridad, al decir que las Directivas de contratación están influyendo decisivamente en todos los países comunitarios: *en los países con contrato administrativo, arrumbando o relegando el criterio orgánico tradicional; en los restantes países subordinando ciertos contratos sean civiles o públicos a procedimientos públicos de contratación* (BAÑO LEÓN, J.M.: "La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites", dentro de *La contratación pública en el horizonte de la integración europea (V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo)*. INAP. Madrid, 2004. Pág. 28). También el profesor MORENO MOLINA considera un acierto el nuevo enfoque de la LCSP no monopolizado por el contrato administrativo (*La nueva Ley de Contratos...* Op. cit., pág. 428). En ese mismo sentido de considerar que debe eliminarse el modelo de la contratación administrativa tradicional española, pero también de que esto no lo ha logrado la LCSP a pesar de haberlo pretendido, DÍAZ LEMA, J.M.: "Contratos públicos versus contratos administrativos...". Op. cit., pág. 42.

³¹⁴ Y con esta opinión es consideramos de lectura obligada el interesantísimo artículo de ARIÑO ORTIZ, G.: "El enigma del contrato administrativo". *Revista de Administración Pública*, núm. 172. Madrid, enero-abril de 2007. Págs. 79-102.

LCSP sigue avanzando en una dirección ya conocida: sujetar rigurosamente la contratación de las Administraciones Públicas a una minuciosa regulación, y establecer unas pocas reglas para las restantes entidades. Es decir, y coincidiendo nuevamente con DEL SAZ³¹⁵, se ha vuelto a eludir una revisión más profunda del régimen de contratación de las Administraciones Públicas que la flexibilizara o aligerase. La brecha entre la agilidad de la contratación de las Administraciones Públicas y la de las restantes entidades seguirá abriéndose, y eso ofrece la falsa apariencia de que la gestión pública de estas entidades es más eficiente cuando lo que ocurre es que tal vez la contratación administrativa (sus procedimientos administrativos) está excesivamente regulada, y el resto de la contratación pública (los restantes contratos del sector público) gozan de una desproporcionada libertad.

Acerca de estas cuestiones preliminares tiene especial interés conocer la opinión de PÉREZ CRESPO³¹⁶, acaso quien más netamente ha defendido la LCSP por mor de su confesada participación en la elaboración de la Ley. PÉREZ CRESPO considera absolutamente justificada la necesidad de una nueva Ley del tenor de la LCSP, partiendo de que la anterior (LCAP y TRLCAP) estaba absolutamente superada fundamentalmente por su enfoque centrado en el contrato administrativo. Para él, una reforma parcial de la LCAP no habría permitido la regulación que estos tiempos y las Directivas comunitarias demandan y las críticas que el nuevo texto ha recibido

³¹⁵ DEL SAZ, S.: "La nueva Ley de Contratos...". Op. cit., pág. 338: *ésta es la tendencia que ha consagrado definitivamente la LCSP, que, lejos de establecer un molde más flexible dentro del cual incluso las Administraciones públicas puedan moverse, ha optado por la solución más drástica y más sencilla, la más tradicional pero también, seguramente, la más inoperante: obligar a las Administraciones públicas a someterse a un Derecho administrativo que no ha sido objeto de una revisión en profundidad, mientras que se exonera a todos los demás organismos y entidades del sector público de la regulación imperativa prevista para el fondo de los contratos administrativos.*

³¹⁶ PÉREZ CRESPO, B.: "Los presupuestos y la estructura de la Ley de Contratos del Sector Público", dentro de *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, coord. José Antonio MORENO MOLINA. Págs. 23-61. Ed. CEMCI. Granada, 2008.

están basadas mayoritariamente en que la LCAP se había convertido en un paradigma, en el acomodamiento de la doctrina y los operadores jurídicos que se resisten al esfuerzo que supone dominar una nueva Ley, y en la elaboración de ésta sin el concurso de algunas instituciones o personas. Nosotros no queremos extender más de lo justo estas consideraciones porque nos desviaríamos del objeto de este trabajo, pero al menos dejamos apuntado que nos parece tan exagerada la defensa de las premisas de la LCSP como equivocadas las razones que el autor esgrime para devaluar la LCAP y a algunos autores. Queremos decir que probablemente es indudable hoy que debemos ir desechando una regulación monopolizada por el contrato administrativo y, desde luego, hay que abarcar correctamente la contratación de numerosas entidades que no son Administraciones Públicas³¹⁷. Pero ello no implica necesariamente que no hubiera mucho aprovechable aún en el TRLCAP. Y, desde luego, tampoco que las críticas a la nueva Ley obedezcan a la comodidad de los operadores jurídicos y económicos. Cualquiera que conozca la materia contractual pública puede advertir que en las últimas décadas trabajar en la contratación es cualquier cosa menos cómodo; que la tecnificación que ha alcanzado esta normativa es enorme y que las exigencias procedimentales son cada vez más duras³¹⁸. Por todo eso, quien verdaderamente conozca el sector al que se dirige una ley como ésta, ha de ser muy respetuoso y prudente y dar mayor importancia a la seguridad jurídica que ofrece la estabilidad del ordenamiento jurídico. No se trata de que los operadores prefieran trabajar con bases familiares ni que estén agotados por el encadenamiento de reformas sufridas por la LCAP. No es eso: es que los objetivos de una Ley se cumplen más eficazmente manteniendo aquello de su

³¹⁷ Uno de los objetivos principales que debía cumplir la nueva Ley, y que tal vez no va a cumplir; ¿no se habrá puesto más empeño en presentar una norma “moderna” y para funcionarios del futuro que en cumplir con los mandatos comunitarios sobre los poderes adjudicadores?

³¹⁸ Sin que, por cierto, aliviar esta situación haya merecido ningún esfuerzo por parte de los redactores de la LCSP, a pesar de haber proclamado en la Exposición de motivos que la norma redundará en una mayor agilidad en la contratación (parece ésta una fórmula ya tipificada y de obligada inclusión en las Exposiciones de motivos).

predecesora que *no está roto*, presentando una sistemática lo más sencilla posible³¹⁹, y ofreciendo una redacción que sin caer en la vulgaridad, sea clara³²⁰. Esto no es legislar peor, sino mejor: redactar normas no consiste en hacer un alarde de tecnicismo³²¹ y complejidad. Eso es relativamente fácil, pues lo difícil y meritorio es regular lo que se pretende de una forma clara y preferiblemente breve; escribir con rigor jurídico pero de forma que el texto pueda ser entendido también por un profano. Se cuenta que Eugenio D´ORS se esforzaba en ir oscureciendo sus escritos hasta conseguir que su criada nos los comprendiera... ¿se tratará de eso mismo? Espero que no, pero conviene de vez en cuando recordar que los juristas (sobre todo los redactores de normas, sentencias o actos administrativos) están obligados incluso éticamente a la claridad de expresión. Como se ha dicho³²², la sociedad tiene derecho a que su sujeción a los dictados del ordenamiento jurídico no le creen el problema añadido, por falta de claridad, de un mal o deficiente entendimiento; si el Código Civil establece que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, al menos la mala redacción de la propia ley no debe crear estados de confusión en los ciudadanos.

³¹⁹ La sistemática de la LCSP se ha comparado muy gráficamente con el juego del sudoku. BLANCO, F.: "El procedimiento de selección y los criterios de adjudicación". Seminario organizado por IEAP/CER. Barcelona, 23 y 24 de febrero de 2006.

³²⁰ Las críticas al estilo de la LCSP han sido generalizadas desde la mayoría de la doctrina y desde el propio Consejo de Estado. Éste, además de criticar la sistemática del texto, recomendó también la reducción de las remisiones, que superan el medio millar en la LCSP y hacen insufrible su lectura y el seguimiento del hilo normativo. Huelga decir que la recomendación no fue atendida, ni tan siquiera por venir del alto órgano consultivo del Estado.

³²¹ Tecnicismo que en algunos casos también se echa de menos en la LCSP, pues hay ocasiones en las que da la impresión de que los redactores no dominan muy bien algunos conceptos clave en la contratación: además de los que mencionaremos en este Capítulo, podemos poner también los ejemplos de la utilización del término *licitación* en ocasiones en que no procede, o la confusión en alguna ocasión entre el concepto de *criterio de valoración* (procedimientos con pluralidad de criterios) y *aspectos* a negociar (procedimiento negociado). Otra buena muestra de esto es la confusa utilización de los términos *precio*, *importe*, *valor estimado* o similares, de modo que ha terciado la propia JCCA con su informe 26/08, de 2 de diciembre, para tratar de sentar un criterio práctico de uso de tales términos.

³²² MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, A.: *El lenguaje del Derecho*. Ed. Bosch. Barcelona, 2000. Pág. 206.

4.1.1.- LA NUEVA DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS SUBJETIVO Y OBJETIVO.

Como hemos apuntado, uno de los principales objetivos declarados por la LCSP es determinar un ámbito subjetivo de aplicación para la contratación pública española más amplio y ajustado al derecho comunitario. Esta regulación, contenida en el extenso artículo 3 de la Ley, es seguramente el de mayor alcance porque marca la orientación y el resto del contenido de la LCSP. Y también podríamos afirmar sin temor a equivocarnos que esta nueva regulación del ámbito subjetivo de aplicación es el elemento de la LCSP que más comentarios y controversia ha suscitado desde la aprobación de la norma, dando ocasión a una ingente cantidad de literatura sobre la cuestión.

El ámbito objetivo al que se aplica la LCSP es, sucintamente, el de los contratos onerosos celebrados por entes, organismos y entidades del sector público y los contratos celebrados por otras personas físicas o jurídicas pero subvencionados por aquéllos (art. 2 LCSP).

Ambos ámbitos están estrechamente relacionados, y para saber el régimen jurídico aplicable según la propia LCSP a las múltiples figuras que la práctica puede ofrecernos hemos de conjugar previamente con mucho cuidado esos dos ámbitos: objetivo y subjetivo³²³.

Tanto un ámbito como el otro son merecedores de sesudos estudios, pero al menos debemos trazar aquí sus contornos porque, insistimos, condicionan el resto de la Ley y nos ayudarán a acotar el objeto de nuestro estudio.

³²³ En este sentido, PAREJO ALFONSO, L.: "El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratación del sector público", dentro de *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público* (Coord. COLÁS TENAS, J. y MEDINA GUERRERO, M.). Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico. Madrid, 2009. Págs. 46 y ss.

Pues bien, el artículo 3 LCSP establece tres grados o niveles de intensidad en cuanto al sometimiento de los preceptos para la contratación. El nivel de mayor sujeción o sometimiento, el que alcanza un sometimiento muy intenso (al que venimos acostumbrados desde antiguo, y al que se refería DEL SAZ), es el que corresponde a las Administraciones Públicas. Acaso quien haya analizado y expuesto hasta ahora con mayor claridad esta nueva regulación es GIMENO FELIU³²⁴. También él ha hablado de unos círculos concéntricos³²⁵ de sujeción a los preceptos de la LCSP, y coincidimos con él en que resulta más comprensible el régimen de aplicación subjetiva que establece el artículo tres si se comienza su lectura por el párrafo tercero. Este párrafo expresa qué se consideran poderes adjudicadores a efectos de la LCSP, y tal vez debería ser el párrafo inicial, puesto que la noción de poder adjudicador es la categoría más amplia (no olvidemos que la normativa y jurisprudencia comunitarias han hecho de ella un concepto funcional³²⁶). Pues bien, el artículo 3.3 detalla qué se consideran poderes adjudicadores a efectos de la LCSP³²⁷.

³²⁴ Por todos, GIMENO FELIU, J.M.: "El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras". *Revista de Administración Pública*, núm. 176. Mayo-agosto de 2008, págs. 9-54.

³²⁵ Como habían hecho SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M.: "La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 743, 17 de enero de 2008.

³²⁶ De hecho, esta interpretación funcional del concepto de poder adjudicador ya tiene trayectoria en el derecho comunitario, y habida cuenta de que tampoco la LCAP ni el TRLCAP resolvían satisfactoriamente la cuestión del ámbito subjetivo conforme a los cánones europeos, GIMENO FELIU ya había aconsejado una interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador frente a los obstáculos que ofrecían algunos criterios formales. El profesor GIMENO FELIU ha abordado esta problemática en diversas ocasiones, estudiando la evolución habida en los últimos años; pueden consultarse, por ejemplo: "La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública". *Revista de Administración Pública*, núm. 151. Enero-abril de 2000, págs. 425-439; "Las Directivas europeas sobre contratación pública: ámbito subjetivo y objetivo y sus relaciones con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". *Noticias de la Unión Europea*, núm. 205/2002, págs. 61-75. "Los sujetos contratantes: alcance del concepto de poder adjudicador". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 12. Octubre de 2006, págs. 50-78.

³²⁷ Art. 3.3 LCSP:

a) *"Las Administraciones Públicas.*

b) *Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados*

A partir de este criterio de partida, y para saber qué grado de sometimiento o intensidad de sujeción a la LCSP tiene una entidad del sector público, hay que averiguar si ésta tiene la consideración de Administración Pública o no. Para ello, el apartado segundo de este artículo tercero atribuye el carácter de Administración Pública a efectos de la LCSP a una serie de entes, organismos y entidades³²⁸.

específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 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.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores”.

³²⁸ Art. 3.2 LCSP:

- a) “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”³²⁸.*
- b) Los Organismos Autónomos.*
- c) Las Universidades Públicas.*
- d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y*
- e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:*
 - 1.ª que 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*
 - 2.ª que 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.*

Por último deberíamos acudir al primero de los apartados del artículo 3 LCSP, que enumera los entes, organismos y entidades que se consideran parte del sector público a efectos de la propia Ley³²⁹.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales”.

³²⁹ Art. 3.1 LCSP:

- a) *“La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.*
- b) *Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.*
- c) *Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.*
- d) *Las sociedades mercantiles en cuyo capital la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por ciento.*
- e) *Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.*
- f) *Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.*
- g) *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.*
- h) *Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector*

La comprensión de este precepto resulta difícilísima, lo que no redundará precisamente en una buena aplicación del mismo. Para no perder el hilo de este trabajo, lo más importante ahora es tener en cuenta las consecuencias jurídicas que para los procedimientos de adjudicación implica el encaje en una de las tres categorías que describe el artículo tercero: poder adjudicador, Administración Pública y sector público. La regulación de los procedimientos de adjudicación se encuentra en el Libro III de la LCSP, *Selección del contratista y adjudicación de los contratos*. Si estamos en el ámbito de una Administración Pública, la regulación de los procedimientos de adjudicación de sus contratos está minuciosamente regulada en el Capítulo I de su Título I (arts. 122 a 172); si se trata de la adjudicación de otros contratos del sector público, debemos estar a lo establecido en el Capítulo II de dicho Título I (los arts. 173 a 175 contienen las normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas; el art. establece las normas aplicables por otros entes, organismos y entidades del sector público; por último, el art. 177 contiene las normas aplicables en la adjudicación de contratos subvencionados).

El desmenuzamiento de este complejo artículo tercero arroja un importante número de problemas prácticos de aplicación que no es esta la ocasión de detallar³³⁰. Sólo queremos ahora dejar constancia de la importante conclusión que expresa GIMENO FELIU: el sistema que diseña la LCSP gira en torno a los tres conceptos de poder adjudicador, Administración Pública y sector público. Pero no es fácil

público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores”.

³³⁰ Ver todos los que pone de manifiesto GIMENO FELIU, J.M.: “El nuevo ámbito subjetivo...”. Op. cit., págs. 38 y ss.

apreciar que en los contratos no armonizados a quienes no son Administraciones Públicas se les excluye de las previsiones de la Ley³³¹ y el artículo 175 establece unas pocas disposiciones para su contratación³³². El profesor GIMENO admite que esta nueva regulación supone un avance porque exige el respeto de los principios

³³¹ Para estos mismos organismos y entes, pero en los casos de contratos sujetos a regulación armonizada, el artículo 174 LCSP determina la aplicación del Capítulo correspondiente a los contratos de las Administraciones Públicas, con éstas adaptaciones:

- a) *No serán de aplicación las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos, en los apartados 1 y 2 del artículo 136 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el artículo 140 sobre formalización de los contratos, en el artículo 144 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el artículo 156 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.*
 - b) *No será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 126 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 138, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el "Diario Oficial de la Unión Europea" y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 309 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que dependa la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.*
2. *Si, por razones de urgencia, resultara impracticable el cumplimiento de los plazos mínimos establecidos, será de aplicación lo previsto en el artículo 96.2.b) sobre reducción de plazos.*

³³² Art. 175 LCSP. *Adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada.*

En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada serán de aplicación las siguientes disposiciones:

- a) *La adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.*
- b) *Los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben 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. En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requerirá el informe previo de la Abogacía del Estado.*
- c) *Se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.*

comunitarios por debajo del umbral que ahora pasa a denominarse “contratos sujetos a regulación armonizada”³³³. Sin embargo, advierte de que esta regulación también puede conseguir el efecto contrario, pues supone una “deslegalización procedimental” potencialmente peligrosa pues pueden dar lugar a una multitud de procedimientos que se erigirán en una barrera para operadores económicos y favoreciendo la contratación con el empresario más “cercano”. A su juicio, *“hubiera sido mejor introducir flexibilización (concursos simplificados, documentación sólo exigible al adjudicatario propuesto, etc.) pero uniforme para todos estos supuestos de descentralización funcional. Se abre, por tanto, un portillo peligroso que puede derivar en la inaplicación de hecho de la LCSP mediante la configuración, por ejemplo, de entes de Derecho público que, conservando prerrogativas públicas, se dotarán de un régimen ad hoc por debajo del umbral comunitario. Lo que, previsiblemente, en la Administración local sucederá en muchas ocasiones”*³³⁴.

El profesor aragonés ha considerado que estamos ante un sistema complejo y contradictorio y lo ha comparado con un *“moderno caballo de Troya que, bajo un manto reluciente, incorpora en su interior los resortes que posibilitan una inaplicación de la LCSP y de sus principios, en una huída (quizá sin vuelta atrás) de las reglas del Derecho público de la contratación administrativa”*³³⁵.

³³³ Abreviadamente han pasado a conocerse como contratos SARA, lo que permite incluso algún juego de palabras, como el practicado por MORENO MOLINA, J.A.: “Un mundo para SARA. Una nueva categoría en el derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada”. *Revista de Administración Pública*, núm. 178/2009. Págs. 175 a 213.

³³⁴ GIMENO FELIU, J.M.: “El nuevo ámbito subjetivo...”. Op. cit., págs. 49 y 50.

³³⁵ También él ha sido uno de los que ha destacado el mayor acierto de la Ley Foral Navarra 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (art. 2), al regular esta cuestión por su sencillez y explícita remisión a los principios del derecho comunitario cuando sea preciso interpretar los precepto.

La diferencia es evidente: en el caso navarro la claridad y sencillez es incomparable con la técnica de la LCSP y recuerda claramente a las Directivas y jurisprudencia comunitaria. Incluso podría haber resultado una solución mucho más segura y sencilla la fórmula adoptada por la Ley andaluza 18/2003, de 19 de diciembre, (también lo expresa así GIMENO FELIU), cuyo artículo 122 optó por remitirse directamente al derecho comunitario y declaró que a las entidades vinculadas o dependientes de la Junta de Andalucía que tuviesen la consideración de

En cuanto a los restantes entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, el artículo 176 también establece unas pocas normas para la adjudicación de sus contratos. De entrada, deberán ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Deberán adjudicar los contratos a la oferta económicamente más ventajosa; deberán aprobar instrucciones internas de contratación en la que aseguren la efectividad de todo lo enunciado anteriormente, y estas instrucciones deben estar a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de contratación, además de ser publicadas en el perfil de contratante. Por último, en el ámbito del sector público estatal estas instrucciones deben ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la entidad.

Y, por último, y con relación a la adjudicación de los contratos subvencionados, el artículo 177 establece la aplicación de las normas que el artículo 174 prevé para la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada por parte de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas.

La adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas acapara, por lo tanto, la mayor parte del Libro III de la LCSP, denominado *Selección del contratista y adjudicación de los contratos*. Concretamente la adjudicación de tales contratos está tratada en el Capítulo I del Título I, en los artículos 122 a 172, ambos inclusive. Es decir, cincuenta y uno de los setenta artículos que contiene ese Libro III se refieren a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. Estas cifras ya son indicativas de algo que apuntábamos anteriormente usando palabras más autorizadas, y es el hecho de que sustancialmente estamos ante una ley reguladora de los

poder adjudicador conforme a la legislación comunitaria les serían las reglas de la LCAP cuando superaran los umbrales comunitarios.

contratos de las Administraciones Públicas, aunque se titule de contratos del sector público porque también aspira a regular (siquiera sea mínimamente) los contratos de otros entes, organismos y entidades.

Pero aunque esta sea una tarea que ocupa mínimamente a la Ley 30/2007, es cierto que no se detiene sólo a regular los contratos de la Administración Pública, sino a la más amplia categoría por ella acuñada de los contratos del sector público³³⁶. Es decir, partiendo de que han de ser celebrados por alguno de los sujetos a los que nos hemos referido anteriormente, la descripción del ámbito objetivo de aplicación es detallada en el Capítulo II del Título Preliminar, denominado de modo muy directo *Contratos del sector público*.

Esta más amplia categoría viene enunciada en el artículo 5, al expresar que "*los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección. 2. Los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación*".

A partir de ahí, los artículos 6 a 12 realizan una tipificación de contratos del sector público que recuerda inevitablemente a la de los contratos administrativos que hemos conocido tradicionalmente. Y es que se definen detalladamente los contratos de obras, de concesión de obras públicas, de gestión de servicios públicos, de suministro, de servicios, de colaboración entre el sector público y el sector privado,

³³⁶ Recordemos nuevamente que el artículo 2 LCSP, referente a su ámbito de aplicación, define en su primer apartado a los contratos del sector público como aquellos *contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumeradas en el artículo 3*.

y los contratos mixtos. Esencialmente, estos contratos aparecen en la LCSP tal como los conocíamos hasta ahora. No es este el lugar en el que detenernos en los nuevos matices que algunos de ellos presentan y por eso sólo aludiremos a que la principal novedad es la regulación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado³³⁷; además queremos mencionar la subsunción del contrato de consultoría y asistencia técnica en el de servicios, y la descripción del contrato de obras de una forma más acorde con las directivas comunitarias.

4.1.2.- EL CONCEPTO DE CONTRATO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, CONTRATOS PRIVADOS Y CONTRATOS SUJETOS A UNA REGULACIÓN ARMONIZADA.

Pero tengamos muy presente que hasta este punto, con lo visto hasta aquí, no podemos identificar tales contratos del sector público con los contratos administrativos porque para que esa asociación sea correcta deben concurrir dos elementos: el objetivo de la realización de una de estas actividades tipificadas y el subjetivo de venir realizada por un sujeto que tenga la consideración de Administración Pública a efectos de la LCSP. Pero nos dedicaremos a esta cuestión más adelante.

Y es que para delimitar el ámbito objetivo de la LCSP tenemos que acudir al Capítulo II del Título Preliminar, donde se concreta qué son los *Contratos del Sector Público*, encabezado por el citado

³³⁷ Regulación que no resultaba imperativa para el legislador español porque en la Unión Europea aún no se han dictado normas sobre esta figura que está todavía en una fase de reflexiones previas: el documento fundamental de referencia es el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (Comisión de las Comunidades Europeas, 30-04-2004). Lo cierto es que la regulación que la LCSP ha incorporado sobre este contrato está siendo una de las más importantes fuentes de polémica y debate doctrinal acerca de sus contornos e incluso de su propia necesidad en el ordenamiento español, habida cuenta de que resulta difícil asegurar que el nuevo contrato no es prácticamente un contrato de concesión de obra pública o de gestión de servicios públicos. Por todos, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: "El contrato de colaboración público-privada". *Revista de Administración Pública*, núm. 170. Año 2006. Págs. 7-39.

artículo 5 y con la tipificación de los también mencionados artículos 6 a 12. Pero dentro de esa amplia categoría que ahora constituyen los contratos del sector público están incluidos los contratos de las Administraciones Públicas (administrativos y privados), y más estrictamente los contratos administrativos.

Tienen carácter administrativo, luego son contratos administrativos, los que cita el artículo 19.1. a) y b): *"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 6 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 (apartado a)). También tienen ese carácter administrativo los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley"* (apartado b). Pero, eso sí, y esto es fundamental: esos contratos sólo tendrán carácter administrativo siempre que se celebren por una Administración Pública (art. 19.1). Por lo tanto, retengamos la descripción del ámbito subjetivo al que nos referimos anteriormente para tener claro que los que siempre hemos conocido como contratos administrativos típicos (a los que se le suma ahora el contrato de colaboración público-privado³³⁸) y los contratos administrativos

³³⁸ Para los que la LCSP (art. 11) ofrece una extensísima definición, y que tampoco el derecho comunitario ha podido aún acotar conceptualmente. Según el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (Comisión de las Comunidades Europeas.

especiales sólo serán administrativos si son celebrados por uno de los entes, organismos y entidades enumerados por el artículo 3.2 LCSP³³⁹.

Dicho de otro modo: los contratos tipificados en los artículos 6 a 12 LCSP serán administrativos cuando sean celebrados por una Administración Pública; pero si quien contrata es un ente, organismo o entidad del sector público que no tenga la condición de Administración Pública según el artículo 3.2, el contrato tendrá la consideración de privado (por imperativo del artículo 20.1 LCSP). Lo que ha hecho la LCSP es describir los tipos de contratos del sector público conforme a la Directiva 2004/18, y luego atribuir carácter administrativo (categoría que sólo existe en nuestro derecho interno) al grupo de ellos que sea celebrado por una Administración Pública.

Y, desde luego, siguen existiendo los contratos privados de la Administración, aunque la LCSP los presenta de un modo algo confuso. El artículo 20.2 establece 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 anterior"*. Es decir, y a "sensu contrario", son contratos privados todos los que no encajan en la categoría de administrativos (ya sean

Bruselas, 30.4.2004), la expresión "colaboración público-privada" se refiere, en general, a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas 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.

³³⁹ Nada nuevo en cuanto al régimen jurídico de los contratos administrativos en la LCSP: el apartado segundo del artículo 19 establece que *los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y por 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.*

típicos o especiales), más los concretos servicios que expresa el artículo 20.1, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos. Con la LCSP no ha cambiado el concepto del contrato privado de las Administraciones Públicas, aunque su delimitación conceptual está algo dispersa porque además de lo expresado por su artículo 20.1, el 4.1.p) excluye del ámbito de aplicación de la Ley a *“los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial”*³⁴⁰.

Además, y como hemos apuntado más arriba, *“tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas”* (art. 20.1 LCSP).

³⁴⁰ Esta última exclusión tiene una importancia fundamental en cuanto al régimen jurídico aplicable a los contratos privados. Para la generalidad de los contratos privados no se altera ese régimen jurídico porque el artículo 20.2 LCSP establece que *los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado*. Sin embargo, para los contratos que excluye el artículo 4.1.p), de carácter netamente privados, habremos ahora de acudir directamente a la legislación patrimonial (aunque esta nos devuelva mediante un reenvío a la preparación y adjudicación de los contratos administrativos). En este sentido ha tenido que salir al paso la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para aclarar la incertidumbre sobrevenida acerca del marco jurídico aplicable a estos contratos, expresando que *el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local como consecuencia de quedar los mismos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, es el que resulta de las normas establecidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y de las normas que la complementan y, en especial, por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, así como, en su caso, por las normas promulgadas sobre tal materia por las Comunidades Autónomas respecto de las normas declaradas no básicas, siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la Ley 30/2007, cuando las normas patrimoniales así lo expresen* (informe 25/08, de 29 de enero de 2009).

También con este mismo carácter preliminar debemos conocer qué son los contratos sujetos a regulación armonizada. Se trata de uno de los nuevos conceptos introducidos por la LCSP, definido en la Sección 2ª, Capítulo II del Título Preliminar. La razón de ser de este nuevo concepto viene expresada por la Exposición de Motivos en el sentido de que los contratos sujetos a regulación armonizada son aquellos negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía, se encuentran sometidos a las directrices europeas, y que la finalidad de esta nueva categoría es la de permitir la modulación de la aplicabilidad de las disposiciones comunitarias a los distintos contratos del sector público, restringiéndola, cuando así se estime conveniente, sólo a los casos estrictamente exigidos por ellas. El artículo 13 LCSP ofrece una acotación de los supuestos (que no una definición), que queda completada por una serie de exclusiones. Así, por un lado *“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 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”*³⁴¹. Y por otro lado, y como exclusiones, no se consideran sujetos a regulación armonizada los siguientes contratos, cualquiera que sea su valor estimado:

- a) Los que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, por parte de los organismos de

³⁴¹ Es decir, los contratos típicos (salvo los de gestión de servicios públicos y algunos contratos de servicios), siempre que superen un determinado umbral económico, estén celebrados por un poder adjudicador y los contratos subvencionados por éstos.

radiodifusión, así como los relativos al tiempo de radiodifusión.

- b) Los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia.
- c) Los incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que se concluyan en el sector de la defensa.
- d) Los declarados secretos o reservados, o aquéllos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado.
- e) Aquellos cuyo objeto principal sea permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones.

Hay que tener, pues, muy en cuenta cuáles son esos umbrales por encima del cual opera la sujeción a la regulación armonizada, umbrales que vienen dados por los artículos 14 a 16³⁴². Y es

³⁴² De modo resumido, pues estos artículos contienen algunos matices referentes a la contratación por lotes, los valores estimados que inicialmente estableció la LCSP son los siguientes para cada tipo de contrato:

- a) Contratos de obras y de concesión de obras públicas: valor igual o superior a 5.278.000 euros.
- b) Contratos de suministro: valor igual o superior a 137.000 euros cuando los contratos sean adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social (con algún matiz para el sector de la defensa); y a 211.000 euros, cuando se trate de contratos distintos por razón del sujeto contratante o del objeto.
- c) Contratos de servicios siempre que estén comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II de la propia LCSP, y su valor sea igual o superior a 137.000 euros cuando los contratos sean adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social (con algún matiz para determinadas categorías de contratos de servicios); y 211.000 euros cuando los contratos sean celebrados por otros entes, organismos o entidades del sector público o se trate de contratos consistentes en servicios de difusión de emisiones de

fundamental tener en cuenta que a todos los efectos previstos en la LCSP, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por su importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido (artículo 76.1).

Por último, el artículo 17 LCSP considera contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada los contratos de obras y los de servicios que sean subvencionados de forma directa y en más de un 50 por ciento de su importe, por entidades que tengan la condición de poderes adjudicadores (de modo acorde con el concepto funcional que postula el derecho comunitario, esta sujeción alcanza tanto a entidades particulares como a entidades públicas que no tengan el carácter de poder adjudicador con tal de que celebren estos contratos subvencionados). Pero es preciso también que los contratos sean de estos tipos:

- a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.278.000 euros.
- b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 211.000 euros.

En resumidas cuentas, lo que hace la LCSP respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada no es ofrecer una clara definición, sino determinar una serie de contratos que en atención a

televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de la categoría 8 del Anexo II.

su tipología, cuantía o de la entidad que lo celebra, han de ajustarse íntegramente a la Directiva 2004/18 (aunque nuestra regulación se diferencia de ésta en que no incluye los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II, y porque si incluye a los contratos de colaboración público-privada que aún no existen en ninguna Directiva comunitaria)³⁴³. Pero lo más importante es saber qué consecuencias jurídicas dispone la LCSP para los contratos que quedan sometidos a esta regulación armonizada. De forma global podemos decir que la consecuencia es el sometimiento pleno al derecho comunitario, pero especialmente debemos tener en cuenta las prescripciones relativas al recurso especial en materia de contratación (art. 37), sobre medidas provisionales (art. 38) y sobre publicidad de las licitaciones (art. 126); es decir, para conocer cuál es ese régimen más intenso de sujeción que interesa a los contratos armonizados tenemos que recorrer todo el articulado de la Ley, puesto que sus especialidades no están concentradas en unos preceptos concretos.

En definitiva, los nuevos planteamientos de la LCSP en cuanto al ámbito subjetivo, objetivo, a la categoría de los contratos armonizados y en cuanto al régimen aplicable a cada una de las posibles contrataciones dibujan un complejo sistema cuya problemática estamos empezando a constatar³⁴⁴.

4.1.3.- EL OBJETO Y ESTRUCTURA DEL PRESENTE CAPÍTULO.

Todo lo expuesto en los apartados anteriores era además de conveniente, necesario para entender mínimamente la LCSP y para acotar debidamente el objeto de las páginas que siguen.

³⁴³ LLAVADOR CISTERNES, H.(coord.): *Contratación Administrativa*. Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2008. Pág. 80.

³⁴⁴ Ver, por ejemplo, las críticas a la dualidad de jurisdicciones (contencioso-administrativa y civil) que propicia la LCSP, formuladas por MORENO MOLINA, J.A.: *La nueva Ley de Contratos...* Op. cit., págs. 190 y ss., quien califica el fenómeno como *huída de la jurisdicción contencioso-administrativa*; o por GIMENO FELIU, J.M.: "El ámbito objetivo de la aplicación de la LCSP", dentro de *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, coord. José Antonio MORENO MOLINA. Págs. 160 y ss. Ed. CEMCI. Granada, 2008.

Es cierto que hablar ahora de contratos administrativos es hacerlo de una sola parte del todo que la Ley denomina contratos del sector público. Sin embargo, nosotros vamos a analizar los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos por varias razones.

Por un lado, cualquier trabajo de esta naturaleza debe tener un objeto claramente delimitado para constituir un estudio detallado; ofrecer un enfoque excesivamente amplio impediría el análisis pormenorizado que se aquí se persigue.

Por otro lado, en los Capítulos precedentes hemos estudiado el origen y la evolución de los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos. La culminación de ese estudio exige que ahora nos ciñamos también a esta clásica categoría: la de los contratos administrativos³⁴⁵. Sólo así podremos apreciar correctamente la evolución experimentada en esta materia y tratar de extraer algunas conclusiones útiles.

Por último, también hemos de tener en cuenta una idea que parece no expresarse en muchos foros últimamente. Con frecuencia se explica que en los últimos años ha crecido mucho la contratación de entes, organismos y entidades que no son estrictamente Administraciones Públicas. Ese fenómeno, identificado como huída de la contratación administrativa y perseguido por el derecho comunitario mediante instituciones jurídicas como el concepto

³⁴⁵ También de forma deliberada centraremos nuestro estudio en los contratos administrativos amparados en la LCSP y no abordaremos directamente (aunque podamos ofrecer algún comentario incidental sobre ellas) la regulación contenida en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, y en 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. Un estudio sobre la cuestión en la primera de estas leyes puede verse en MANTECA VANDELANDE, V.: "Sistemas de contratación y procedimientos de adjudicación en la Ley de Contratos Públicos de Navarra". Contratación Administrativa Práctica, núm. 62, marzo de 2007. Págs. 27-38.

funcional de poder adjudicador, ha motivado las principales reformas legislativas de la contratación pública en España (motivó parcialmente la elaboración de la LCAP y casi exclusivamente, como hemos visto, la de la LCSP). Sin embargo, aunque *esa otra contratación pública* distinta de la administrativa (si se nos permite denominarla así en este momento) es muy relevante en términos cuantitativos y también cualitativos, eso no debe inducirnos al error de pensar que la contratación administrativa ha quedado reducida a una mínima expresión. Nada de eso: conviene no olvidar que en España existe un número elevadísimo de entidades que tienen la consideración de Administraciones Públicas y que se someten íntegramente al régimen de la contratación administrativa. Sólo las Entidades Locales superan los ocho millares y es elevadísima por lo tanto la cifra de contratos administrativos que se celebran anualmente en nuestro país. Pensemos, pues, que existen muchos miles de órganos de contratación en España sometidos a la más intensa de las regulaciones que la LCSP contiene, la de los contratos administrativos, y que sujetan esa actividad contractual a los procedimientos de adjudicación que aquélla establece detalladamente. En definitiva, queremos llamar la atención sobre la importancia cualitativa pero también cuantitativa (baste como ejemplo tener en cuenta que la adjudicación de los miles de contratos acogidos al Fondo Estatal de Inversión Local³⁴⁶, que asciende a 8.000.000.000 de euros, y al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local³⁴⁷, lo han sido por Entidades Locales: es decir, contratos administrativos) de la contratación administrativa en España y que no se nos debe olvidar por la importancia que ha adquirido la contratación del resto del sector público.

³⁴⁶ Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre (B.O.E. núm. 290, de 2 de diciembre). Sobre las especialidades de contratación recogidas en dicho Real Decreto-Ley, ESCRIBUOLA MORALES, F.J.: "La contratación en el ámbito del fondo de inversión local y fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y el empleo". Contratación Administrativa Práctica, núm. 82, enero de 2009, págs.. 81 y ss.; MORENO MOLINA, J.A.: "Crisis económica y contratos públicos: el Real DecretoLey 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y el empleo". Contratación Administrativa Práctica, núm. 83, febrero de 2009, págs.. 37 y ss.

³⁴⁷ Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre (B.O.E. núm. 259, de 27 de octubre).

Desarrollaremos nuestro análisis siguiendo muchas veces el orden del articulado de la propia LCSP; nos parece que así es más fácil entender toda la materia, a pesar de la compleja, difícil y novedosa sistemática de la norma que nos ocupa. Pero en ocasiones pasaremos por alto algún precepto o daremos algún salto en ese orden, bien porque el mismo no ofrezca especial interés o porque su contenido no presente novedades dignas de mención respecto a la legislación anterior, bien porque el entendimiento de las cuestiones sea más fácil acudiendo a preceptos que sistemáticamente no son consecutivos.

4.2.- LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Nos vamos a centrar ya en el tratamiento que la LCSP hace de los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos. Y, como hemos hecho anteriormente, el primer aspecto en el que debemos reparar es el de la sistemática utilizada por la norma para abordar tales procedimientos.

4.2.1.- SISTEMÁTICA.

Para empezar recordemos que en el TRLCAP, la preparación y adjudicación de los contratos estaba ubicada en el Título III (“De las actuaciones relativas a la contratación”) del Libro I, comprensivo de 46 artículos. Ahora, la LCSP dedica a estas cuestiones sus Libros II (“Preparación de los contratos”) y III (“Selección del contratista y adjudicación de los contratos”), con un total de noventa y nueve artículos. Entre todos éstos, los procedimientos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas están regulados en el

Capítulo I del Título I de dicho Libro III. En total son cincuenta y uno los artículos dedicados a esta materia³⁴⁸.

La mayor dedicación de la LCSP a estas cuestiones responde a diversos motivos. Es cierto que toda la Ley es bastante más extensa que su predecesora, y en la cuestión de la adjudicación de los contratos la materia también ha crecido. Como justificación más importante de este crecimiento debemos quedarnos ahora con la circunstancia de que aparecen, como veremos, algunos nuevos procedimientos de contratación.

Naturalmente, no todo es novedoso en esos cincuenta y un artículos. Los procedimientos administrativos de adjudicación de los contratos están muy consolidados en nuestro derecho, pues como hemos visto, su origen histórico se sitúa hace casi dos siglos. Por lo tanto, hay muchas cuestiones procedimentales que están más que depuradas por las sucesivas normas, jurisprudencia y doctrina habida durante todo este tiempo.

Es cierto que la mayor influencia recibida en nuestro ordenamiento jurídico con relación a los contratos administrativos es la del derecho comunitario. Hasta ahora dicha influencia había afectado entre otros aspectos a los procedimientos de adjudicación, pero podríamos decir que de una forma más atenuada a cómo lo va a hacer ahora. Es decir, a partir de 1986, momento en que se produjo la plena incorporación de España a las Comunidades Europeas y se adaptó nuestra legislación de contratos administrativos a las Directivas comunitarias, nuestros procedimientos de adjudicación (subasta, concurso y adjudicación directa, por aquellas fechas) se

³⁴⁸ Es muy importante tener en cuenta que siendo las normas sobre selección del contratista y adjudicación transposición directa de la Directiva 18/2004, la Disposición Final Séptima de la LCSP declara básicos los artículos 122 a 177, salvo el segundo párrafo del artículo 136.3 (relativo a los límites que permitan apreciar que una oferta es desproporcionada o anormal) y el artículo 140 (relativo a la formalización de los contratos).

acomodaron también a las exigencias de aquellas normas europeas. Sin embargo, la mayor influencia comunitaria en esta parcela de la contratación pública tiene lugar ahora. Con la adaptación de nuestro derecho interno a la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no se trata ya de una puntual adaptación, sino incluso de la importación a nuestro derecho de procedimientos nuevos.

Por eso, y habiendo repasado ya la evolución histórica de esta materia, creemos que podemos decir sin temor a equivocarnos que en España esta puede ser la reforma más importante en materia de adjudicación de contratos públicos desde la introducción del concurso como procedimiento. De hecho, a partir de 2007 no puede decirse, como hasta hace pocos años, que los procedimientos de selección de los contratistas son los mismos que en la década de los cincuenta del pasado siglo, salvo algunas adaptaciones terminológicas para adaptarnos al derecho comunitario³⁴⁹.

Pero volviendo a la sistemática que nos interesa, y entrando en mayor detalle, el mencionado Capítulo I (“Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas”) del Título I (“Adjudicación de los contratos”) del Libro III (“Selección del contratista y adjudicación de los contratos”), se subdivide en seis Secciones: “Normas generales” (Sección 1ª), “Procedimiento abierto” (Sección 2ª), “Procedimiento restringido” (Sección 3ª), “Procedimiento negociado” (Sección 4ª), “Diálogo competitivo” (Sección 5ª) y “Normas aplicables a los concursos de proyectos” (Sección 6ª)³⁵⁰.

³⁴⁹ BOQUERA OLIVER, J.Mª: “Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy”. *RAP* nº 150. Septiembre-diciembre 1999. Pág. 30.

³⁵⁰ La LCSP sigue fielmente el esquema ya tradicional de diferenciar sistemáticamente la regulación de los actos separables de la contratación; esto es, por un lado la preparación y adjudicación, y por otro lado los efectos y la extinción (con relación a esta teoría es siempre de obligada cita la STS 4 de febrero de 1965,

Nuestra intención es la de recorrer el contenido de este Capítulo I poniendo de relieve las novedades con relación al TRLCAP, dedicando una atención individualizada a una serie de aspectos que consideramos claves en la nueva regulación de los procedimientos de adjudicación según la LCSP.

4.2.2.- CARÁCTER BÁSICO DE LAS NORMAS SOBRE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

Sabido es que el Estado legisla con carácter básico sobre contratación administrativa al amparo del título que le da el artículo 149.1.18^a CE³⁵¹. En los últimos años ha existido un amplio debate sobre el alcance o la extensión de lo básico, habida cuenta de que no existe una pauta que a priori determine la amplitud o exhaustividad permisible a la legislación básica, a riesgo de que ésta casi agote las posibilidades normativas de una materia. No es este el lugar en el que tratar esta interesante cuestión, máxime porque la misma no parece haber suscitado la misma polémica con relación a la contratación administrativa. Desde luego, esa menor controversia viene dada por el hecho de que buena parte de las normas básicas sobre contratación pública son pura transposición de las Directivas comunitarias.

conocida como la sentencia del Hotel Andalucía Palace). MORENO MOLINA ha señalado, no obstante, que la LCSP introduce una mejora estructural en esta sistemática, *al permitir... que la identificación de las normas aplicables a los actos separables de los contratos privados se realice de forma más precisa, por referencia a divisiones sistemáticas de la Ley, en lugar de por referencia a ámbitos de regulación definidos de manera amplia y que no se corresponden con las denominaciones de las divisiones de la norma (Art. 9.1 TRLCAP versus art. 20.2 de la LCSP)*. MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Op. Cit., pág. 458.

³⁵¹ Art. 149.1.18^a CE: *El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ...18^a Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.*

Pero nosotros aquí sí debemos destacar el hecho de que la LCSP, su Disposición final séptima, declara básicos los artículos 122 a 177 (excepto el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 136, y los artículos 140, 189.2, 190 y 191). Es decir, prácticamente todas las prescripciones sobre selección del contratista y adjudicación³⁵² de los contratos tienen en España carácter de ley básica, con la clara consecuencia de resultar de aplicación directa para todos los operadores jurídicos. Y la razón de ser es también evidente en este caso: se trata de la transposición directa de la Directiva 2004/18, cuyo principal cometido es la regulación (coordinación) de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios.

4.2.3.- NORMAS GENERALES.

Bajo esta denominación, la LCSP presenta una serie de preceptos, del 122 al 140, ambos inclusive, de aplicación a todos los procedimientos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, con los matices contenidos en cada uno de tales artículos. Posteriormente analizaremos las especialidades que la propia Ley establece para cada uno de los procedimientos de adjudicación (artículos 141 a 172, ambos inclusive).

4.2.3.1.- *Disposiciones directivas.*

Los artículos 122 a 124³⁵³ son considerados disposiciones directivas porque anuncian los procedimientos a través de los que podrán adjudicarse los contratos de las Administraciones Públicas y

³⁵² También tiene carácter básico casi todo el Libro II, relativo a la preparación de los contratos, lo que muestra la trayectoria expansiva que está describiendo el derecho comunitario sobre la contratación pública, abarcando cada vez más fases de la contratación. Ya hemos hecho algún comentario sobre esta evolución y volveremos sobre la misma en este trabajo.

³⁵³ Ambos inclusive, integran la Subsección 1ª, Sección 1ª, Capítulo I, Título I, Libro III de la LCSP.

porque expresan una serie de principios de obligada observancia en todos ellos.

Según anuncia el artículo 122.1, "*los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán con arreglo a las normas del presente Capítulo*".

El punto de partida de la LCSP con relación a los procedimientos de adjudicación de los contratos es muy parecido al que ofrecía el TRLCAP³⁵⁴; esto es, "*la adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o restringido (estos también eran procedimientos ordinarios en el TRLCAP). En los supuestos enumerados en los artículos 154 a 159, ambos inclusive, podrá seguirse el procedimiento negociado, y en los casos previstos en el artículo 164 podrá recurrirse al diálogo competitivo*". Al igual que en el sistema anterior, el procedimiento negociado queda configurado como un procedimiento extraordinario, de utilización en supuestos tasados. Y aparece un procedimiento nuevo, el diálogo competitivo, cuya utilización también tiene carácter extraordinario y de utilización tasada.

Nos resulta también llamativa la reiteración del mandato que contiene el artículo 123, según el cual "*los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia*"³⁵⁵. Pues bien, la LCSP expresa la prohibición de trato

³⁵⁴ El TRLCAP establecía en su artículo 73.1 que *la adjudicación de los contratos podrá llevarse a cabo por procedimiento abierto, restringido o negociado*. Los procedimientos de adjudicación eran complementados en el TRLCAP con las formas (subasta y concurso), de modo que el artículo 75.1 concretaba que *los órganos de contratación utilizarán normalmente la subasta y el concurso como formas de adjudicación. El procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato*.

³⁵⁵ Se trata, en cualquier caso, de principios que han de presidir la contratación pública no solo por derivar del derecho interno, sino también e insistentemente del derecho comunitario. Sobre esta cuestión, MORENO MOLINA, J.A.: "Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas". Ed. Bomarzo. Albacete, 2006. También GIMENO FELIÚ, J.M^a: "Las Fuentes normativas en material

discriminatorio en estos o muy parecidos términos al menos en quince ocasiones con relación a la adjudicación de los contratos³⁵⁶. Ciertamente se trata de una obligación fundamental en la contratación pública, pero bastaría con que se hubiera expresado con carácter general en los artículos preliminares de la Ley y para todos los procedimientos contenidos en ella³⁵⁷, ganando así en brevedad para el texto. Y el mismo comentario cabe hacer sobre las obligaciones de confidencialidad a las que se refiere el artículo 124³⁵⁸.

4.2.3.1.1.- Procedimientos y formas: subasta y concurso.

Una de las primeras novedades que el lector detecta en los preceptos de los que hablamos es la ausencia de mención de la subasta y el concurso. Efectivamente, estos términos han desaparecido en el texto de la nueva Ley³⁵⁹. Ésta no los utiliza ya para referirse a las formas de adjudicación que habíamos conocido hasta ahora, únicamente se hablará a partir de ahora de subasta para aludir a las subastas electrónicas, que como veremos no son un procedimiento sustantivo o autónomo, y ni tan siquiera una forma de

de contratación local. El estado de la cuestión". Cuadernos de Derecho Local, núm. 14, junio de 2007. Págs. 36-45.

³⁵⁶ Arts. 1, 37.9, 101.1, 123, 147.3, 162.3, 166.2, 167.1, 167.3, 170, 175.a), 176.1, Disp. Ad. 19ª.1.a), b) y c), Disp. Ad. 21ª, Disp. Trans. 7ª 1.a).

³⁵⁷ Así, además, dispararía la duda que plantea VICENTE IGLESIAS, en el sentido de que la ubicación del artículo 123 no deja claro quiénes tienen que aplicar estos principios, si las Administraciones Públicas, los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, o los restantes entes del sector público que no sean ni Administraciones Públicas ni poderes adjudicadores. VICENTE IGLESIAS, J.L.: *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*. Ed. La Ley. Las Rozas, 2008. Pág. 316.

³⁵⁸ El Grupo Parlamentario Popular propuso en el Congreso de los Diputados una enmienda de adición (núm. 75) de un nuevo apartado al artículo 124 con el fin de desarrollar más su mandato de confidencialidad; el apartado propuesto tenía esta redacción: *2. El contratista deberá asimismo respetar por un plazo de cinco años, desde su divulgación, el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso en el marco de la ejecución del contrato y que por su propia naturaleza y especial sensibilidad deba ser tratada como confidencial.*

³⁵⁹ No así en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de sectores excluidos, en la que sigue utilizándose la terminología de procedimientos y formas, aunque dentro de ésta ya no se utilizan los términos de subasta y concurso, sino *el precio más bajo solamente y la oferta económicamente más ventajosa*, respectivamente (art. 60).

adjudicar los contratos. Como ha escrito MORENO MOLINA³⁶⁰, la LCAP articulaba realmente los procedimientos de adjudicación entre las formas (subasta y concurso) y el procedimiento negociado; a diferencia de este sistema, en las Directivas comunitarias la regulación gira alrededor del procedimiento y no de los criterios de adjudicación.

Para ser exactos, la desaparición de estos términos es justificada por la propia Exposición de motivos de la LCSP porque aludían de forma artificiosa a las formas de adjudicación que debían conjugarse con algún procedimiento abierto o restringido para determinar la adjudicación del contrato. Es cierto, y ya lo habíamos dicho³⁶¹, que la distinción entre procedimientos y formas era algo forzada y había que entender que los procedimientos (abierto, restringido y negociado) respondían no sólo a una serie de actuaciones de tramitación administrativa, sino a la posibilidad mayor o menor de participación de los empresarios, mientras que las formas (subasta y concurso) aludían a un concreto sistema de determinación de la proposición adjudicataria del contrato.

Pero no nos convence por completo la explicación que ofrece la Exposición de motivos. Según ésta, los términos subasta y concurso ahora *"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, restringidos 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")"*. Creemos que no es exactamente así porque la oferta económicamente más ventajosa es el concepto

³⁶⁰ MORENO MOLINA, J.A.: "Los procedimientos de adjudicación en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público". Contratación Administrativa Práctica, núm. 63, abril de 2007. Pág. 49.

³⁶¹ CARBONERO GALLARDO, J.M.: "Procedimientos y formas de adjudicación...". Op. Cit., pág. 12.

acogido ya explícitamente por nuestro derecho interno (procedente del derecho comunitario, pero ya volveremos sobre él), y que en el TRLCAP equivalía al mejor precio de la subasta (art. 74.2) y en el concurso a la oferta más ventajosa en su conjunto (74.3). Las formas de adjudicación se refieren directamente al modo de utilización de los criterios selectivos, de manera que las que conocimos como formas de adjudicación están implícitas ahora en el artículo 134 de la LCSP. Éste, al decir en su primer apartado que "*cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente el del precio más bajo*", está describiendo a la subasta sin nombrarla; y en cambio, cuando utilicemos una pluralidad de criterios, estaremos ante lo que siempre hemos conocido como un concurso aunque la LCSP tampoco quiera pronunciar su nombre.

Por eso, la subasta y el concurso no han desaparecido materialmente de la LCSP, sólo lo han hecho de modo formal porque lo que ha desaparecido son sus nombres³⁶². Para nosotros, esta es otra muestra del estilo seguido en la elaboración de la LCSP; ya nos hemos referido a esta cuestión y por eso no nos vamos a extender ahora. Pero el acoger el concepto de oferta económicamente más ventajosa no exige la eliminación de los términos subasta y concurso³⁶³, clásicos en nuestro derecho y que ayudan a los operadores a desenvolverse mejor porque ya están perfectamente afianzados en nuestro acervo jurídico. La interoperabilidad a la que se refiere la Exposición de motivos no puede ser esto: insistimos en que lo que a Europa le preocupa son cuestiones de fondo y de resultado (por eso la contratación pública se regula en Directivas y no en Reglamentos) y no de forma o estilo. España no iba a ser condenada nunca por la

³⁶² Y ni siquiera esto se ha hecho de modo absoluto, puesto que en algún inciso de la LCSP se ha deslizado la terminología clásica: así, el artículo 158.d) menciona al concurso, o los artículos 168 al 172 al regular los concursos de proyectos, y desde luego, se ha utilizado el término de *subasta electrónica*, cuando podía habersele denominado de otras formas.

³⁶³ Utilizando sus propias palabras, BLANCO LÓPEZ se resiste a prescindir del término subasta por un capricho del legislador. BLANCO LÓPEZ, F.: "Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en la LCSP", dentro de *Estudios sobre la Ley...*, Op. Cit., pág. 187.

utilización de la terminología clásica, aunque sí lo sería, por ejemplo, por la deficiente transposición de la Directiva o por la utilización fraudulenta de los criterios de adjudicación. En otras palabras: no creo que se nos condene nunca porque el pliego siga refiriéndose al concurso o a la subasta, pero sí seremos condenados si alguno de los criterios utilizados es discriminatorio para los empresarios de otro Estado miembro de la Unión, o si decidimos que una proposición económica tiene un valor anormal sin dar audiencia al empresario que la formuló. ¿Es más europeo hablar de un solo criterio o de más de uno que hablar de subasta y concurso? Pues no, para nosotros no es de ser más europeo de lo que eso es indicio.

4.2.3.2.- Publicidad: anuncio de información previa, perfil de contratante y convocatoria de licitaciones.

La publicidad sigue siendo (no cabe pensar que fuera de otro modo) uno de los trámites esenciales de los procedimientos de contratación³⁶⁴, mantiene la misma esencia y cumple las mismas funciones que ha cumplido desde el origen histórico de la contratación: es la invitación de la Administración a los posibles contratistas para que le envíen sus proposiciones contractuales, aunque sea una invitación condicionada conforme al contenido de los pliegos aprobados³⁶⁵. Y el anuncio de licitación es el acto que inicia el procedimiento de selección del contratista³⁶⁶.

La LCSP regula la publicidad de las licitaciones de forma muy parecida a como lo hacía el TRLCAP.

³⁶⁴ Creemos que no es preciso ahora abundar en ese carácter esencial. El mismo ha sido reiterado desde los anales mismos de la contratación administrativa; sin indagar más, ALBI citaba las Sentencias de 24 de enero de 1861 y la de 15 de junio de 1878 (ALBI, F.: "Los Contratos...". Op. Cit., pág. 179.

³⁶⁵ BOQUERA OLIVER, J.M^º: *La selección...* Op. Cit., págs. 47 y 48.

³⁶⁶ MEILÁN GIL, J.L.: *La estructura de los contratos públicos*. Ed. Iustel. Madrid, 2008. Pág. 220.

Así, de forma similar al que conocíamos como anuncio indicativo para los contratos que superaban el umbral comunitario, el artículo 125 LCSP regula y denomina ahora un *anuncio previo* a la publicación de información sobre los contratos de obras, suministros y servicios que los órganos de contratación tengan proyectado adjudicar en los doce meses siguientes y que se encuentren en los supuestos descritos (es decir, que superen determinado umbral y pertenezcan a determinadas categorías de servicios). Es similar tanto el concepto de anuncio comunitario, como sus características y efectos³⁶⁷.

Pero la auténtica novedad en cuestión de publicidad es el perfil de contratante. El artículo 42 LCSP establece un sistema de publicidad basado en el perfil de contratante mediante el que se difundirán a través de Internet una serie de datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación, tales como los propios anuncios de información previa, las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas, las contrataciones programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados, y cualquier otra información útil de carácter general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación. En todo caso deberá publicarse en el perfil de contratante la adjudicación provisional de los contratos. La difusión a través del perfil de contratante de la información relativa a los procedimientos de adjudicación de los

³⁶⁷ La publicación del anuncio previo permitirá reducir los plazos para la presentación de proposiciones en los procedimientos abiertos y restringidos. El art. 143.1, para los procedimientos abiertos, permite reducir el plazo, desde los cincuenta y dos días ordinarios, hasta treinta y seis días, como norma general, o, en casos excepcionales, hasta veintidós días. Estos plazos podrán además reducirse en siete días cuando los anuncios se preparen y envíen por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

Para los procedimientos restringidos, el art. 151.2 permite reducir el plazo ordinario no inferior a cuarenta días hasta treinta y seis días o, en casos excepcionales, hasta veintidós días.

En ambos casos, ello sólo será posible cuando el anuncio de información previa se hubiese enviado para su publicación antes de los cincuenta y dos días y dentro de los doce meses anteriores a la fecha de envío del anuncio de licitación, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información exigida para éste.

contratos surtirá los efectos previstos en el Título I del Libro III (“Adjudicación de los contratos”).

Como expresa la propia Ley, el perfil de contratante tiene por finalidad el aseguramiento de la transparencia en la actividad contractual, y la forma de acceso al mismo deberá especificarse en las páginas web institucionales que mantengan los entes del sector público, en la Plataforma de Contratación del Estado y en los pliegos y anuncios de licitación.

El perfil de contratante supone también la única novedad importante y con incidencia en el anuncio de información previa, porque esta información podrá publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea o en el perfil de contratante del órgano de contratación. Y en caso de optar por esta segunda posibilidad, por la publicación de la información previa en el perfil de contratante, el órgano de contratación deberá comunicarlo previamente a la Comisión Europea y al Boletín Oficial del Estado por medios electrónicos, con arreglo al formato y a las modalidades de transmisión que se establezcan (art. 125.2).

Compartimos la idea de que hay que incorporar las nuevas tecnologías a la contratación, por las ventajas que conllevan. Y, desde luego, uno de los aspectos claves en los que es preciso avanzar en agilidad y eficacia es el de la publicidad de las licitaciones; no en vano esta carencia está perfectamente diagnosticada por la Unión Europea y es uno de los objetivos a lograr según las estrategias comunitarias³⁶⁸. Pero es también llamativo que la obligación de disponer de perfil de contratante y publicar a través del mismo se ha

³⁶⁸ Con el propósito de mejorar en estos aspectos, se elaboró en 2004 la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica”*. Bruselas, 13.12.2004. Pág. 4. En este documento, entre otros datos interesantes se ponía de manifiesto que en aquellas fechas el 90 % de todos los anuncios sobre contratación pública enviados para su publicación en el DOUE estaban en soporte de papel.

establecido por la LCSP con carácter general para todos los órganos de contratación. Esta obligación general es de muy difícil cumplimiento en el ámbito de las Entidades Locales, porque la mayoría de ellas apenas tienen capacidad de gestión y desde luego están muy lejos de tener páginas web institucionales donde alojar su perfil de contratante. Aunque así fuera, tampoco cuentan con recursos humanos cualificados que puedan mantener actualizada la información sobre la actividad contractual del municipio. Es cierto que hay algunas posibilidades para paliar esta dificultad, como la cooperación de las Diputaciones Provinciales, o la que ofrece la propia Administración General del Estado, facilitando la ubicación en la plataforma de contratación estatal³⁶⁹ (art. 42.1). Pero aun así, la mayoría de municipios españoles con escasa capacidad de toda índole lo tienen muy difícil para actualizar esa información en el correspondiente perfil. Sirva un dato para ilustrar lo que estamos diciendo: en la Plataforma de Contratación del Estado había ochocientas ochenta y seis (886) entidades locales incorporadas con perfil de contratante³⁷⁰. Es decir, más de un año después de la entrada en vigor de la LCSP, sólo han utilizado esta fórmula (probablemente la más fácil) para disponer de perfil de contratante algo más del diez por ciento de las entidades locales españolas. Es verdad que muchas otras han establecido su perfil por si mismas, pero aún así el dato nos parece muy indicativo de la dificultad de cumplimiento generalizado de la obligación que con ese carácter impone el artículo 42. Y ello quedándonos sólo en el cumplimiento formal de la obligación de presentar un perfil de contratante, sin entrar en los aspectos materiales que el citado precepto impone (información de obligatoria difusión, características técnicas,

³⁶⁹ La JCCA (Informe 72/08, de 31 de marzo de 2009) ha recordado que aunque la organización de la difusión de la información sobre los contratos exigida por la LCSP ha de ser decidida por cada Entidad Local, además de la posibilidad de utilizar un perfil propio existe la de adherirse a una plataforma de ámbito territorial superior. Coincidimos con la JCCA en que esta última opción presenta enormes ventajas prácticas porque evita la dispersión de la información sobre la contratación pública.

³⁷⁰ Según consulta efectuada el día 19 de junio de 2009. <http://contrataciondelestado.es>

acreditación fehaciente del momento de inicio de la difusión pública de información, etc.), cuestión que estamos seguros de que mostraría un panorama aún más negativo. Volveremos sobre el perfil de contratante al tratar la adjudicación de los contratos para abordar cuestiones muy relacionadas entre sí.

El artículo 126 LCSP regula la convocatoria de licitaciones, de forma que éstas deberán anunciarse en el Boletín Oficial del Estado. Quedan exceptuados los procedimientos negociados *que se sigan en casos distintos de los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 161*. Tal como venía estableciéndose hasta ahora, cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la publicidad en el B.O.E. por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales³⁷¹.

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el BOE.

Aunque la posibilidad parece bastante obvia, el artículo 126.2 expresa que cuando el órgano de contratación lo estime conveniente, los procedimientos para la adjudicación de contratos de obras, suministros o servicios no sujetos a regulación armonizada podrán ser anunciados, además, en el DOUE.

³⁷¹ Lo que ha quedado definitivamente zanjado es que en el ámbito local no es preciso publicar los pliegos en el B.O.P. dando información pública por plazo de ocho días, tal como estableció en artículo 122 TRRL. Podían encontrarse sentencias del Tribunal Supremo que consideraban vigente este precepto y otras en sentido contrario (ver, por ejemplo, las SSTs 20 noviembre de 2006, 22 junio de 2004, 27 febrero de 2001, ó 30 mayo de 2000); y también la JCCA había considerado derogado ese precepto, y por lo tanto inexistente la obligación de publicidad de los pliegos en el Boletín Oficial de la Provincia (informe 56/07, de 24 de enero de 2008).

El envío del anuncio al DOUE deberá preceder a cualquier otra publicidad. Los anuncios que se publiquen en otros diarios o boletines deberán indicar la fecha de aquel envío, de la que el órgano de contratación dejará prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio (art. 126.3 LCSP).

Los anuncios de licitación se publicarán, así mismo, en el perfil de contratante del órgano de contratación. En los procedimientos negociados seguidos en los casos previstos en el artículo 161.2, esta publicidad podrá sustituir a la que debe efectuarse en el BOE o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales.

4.2.3.3.- Licitación.

Dentro de la Subsección que lleva este nombre, la LCSP aglutina una serie de preceptos, clásicos en su mayoría, pero novedosos algunos otros.

La LCSP habla de la licitación en numerosos preceptos pero no la define. No es que queramos nosotros reprocharle ese silencio. Tampoco lo hicieron sus predecesoras y probablemente no lo ha hecho ninguna norma anteriormente³⁷². Es más: tampoco parece que estén demasiado claros los límites precisos del término aunque todos los operadores lo utilicemos con mucha frecuencia y naturalidad. No es éste el lugar apropiado para profundizar en una cuestión que nos resulta interesante, pero al menos sí queremos dar unas pinceladas sobre cuál es el significado que consideramos correcto por si ello sirve de contribución a que no se siga desnaturalizando con el tiempo y el

³⁷² El Diccionario de la Real Academia Española (22ª edición) define licitación de un modo muy genérico, como *ofrecer precio por algo en una subasta o almoneda*.

uso a fuerza de que nadie recuerde cuál es el sentido original del término licitación.

Probablemente ni siquiera en su origen³⁷³ se podía afirmar con rotundidad cuál era el significado correcto del término; o al menos eso pensamos a la vista de que el propio Diccionario de MARTÍNEZ ALCUBILLA³⁷⁴ tampoco ofrece una definición del término licitación, sino que remite a la subasta, y tampoco allí aclara nada más (equiparando así un término con el otro). Posteriormente, alguien del prestigio de ALBI³⁷⁵, escribió que la licitación propiamente dicha se inicia con la apertura de los pliegos. De todas las referencias incidentales que conocemos, nosotros inferimos que en rigor, la licitación se corresponde con los procedimientos en los que se permite una pública concurrencia, y la Ley la asimila al período de tiempo durante el cual los empresarios pueden presentar proposiciones para optar a la adjudicación del contrato; consecuentemente, una vez que presentan dicha proposición y resultan admitidos, la ley los denomina o debe denominar licitadores. Concretamente, en sentido técnico-jurídico, el momento de la licitación es el del acto público que celebra la Mesa de contratación y en el que propone la adjudicación del contrato a favor de un determinado empresario³⁷⁶. De hecho, y en este mismo sentido, BOQUERA³⁷⁷ explicaba que el denominado acto licitatorio tiene dos fases: apertura de plicas y valoración de proposiciones.

³⁷³ Me refiero al origen de las normas sobre contratación administrativa en el siglo XIX, no al origen etimológico de la palabra, que sí parece claro.

³⁷⁴ MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración peninsular y ultramarina*, 2ª edición. Madrid, 1869.

³⁷⁵ ALBI, F.: *Los contratos municipales*. Op. Cit., pág. 217.

³⁷⁶ CARBONERO GALLARDO, J.M.: *Diccionario jurídico El Derecho*. Grupo Editorial El Derecho y Quantor, SL. Madrid, 2009. Pág. 820.

³⁷⁷ BOQUERA OLIVER, J.Mª: *La selección...* Op. Cit., pág. 121.

4.2.3.3.1.- Plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones y reducción de plazos en caso de tramitación urgente.

El artículo 127 LCSP³⁷⁸ expresa que *“los órganos de contratación fijarán los plazos de recepción de las ofertas y solicitudes de participación teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquéllas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en esta ley”*. Lo que podemos esperar en la aplicación de este precepto (que ya existía anteriormente) es que su virtualidad es la de quedar como una sugerencia, puesto que en la práctica los órganos de contratación, movidos la mayoría de las veces por la prisa, establecen como plazos de presentación precisamente los mínimos admitidos legalmente.

A continuación, y de un modo innecesario por reiterativo³⁷⁹, el artículo 128 establece la reducción a la mitad de los plazos para los expedientes de tramitación urgente³⁸⁰.

³⁷⁸ Los Grupos Parlamentarios Vasco y Popular y Vasco en el Congreso de los Diputados propusieron enmiendas de adición (núms. 31 y 76, respectivamente) de un segundo apartado a este artículo 127 del siguiente tenor: *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 12 horas.*

³⁷⁹ Recordemos que el art. 96.2.b) establece como especialidad para la tramitación de urgencia la reducción a la mitad de los plazos para la licitación y adjudicación, *salvo el plazo de quince días hábiles establecido en el párrafo primero del artículo 135.4 como período de espera antes de la elevación a definitiva de la adjudicación provisional, que quedará reducido a diez días hábiles.*

³⁸⁰ La tramitación de urgencia presenta novedades de interés en la LCSP (art. 96), aunque no es este el lugar donde analizarlas. Un interesante análisis de la reciente jurisprudencia sobre el particular es el ofrecido por GALLEGO CÓRCOLES, I.: “Clases de expedientes de contratación: la tramitación urgente”. Contratación Administrativa Práctica, núm. 60, enero de 2007. Págs. 40-47.

4.2.3.3.2.- *Proposiciones de los interesados.*

Tampoco hay demasiadas novedades respecto a las proposiciones de los interesados. El punto de partida del artículo 129 es la exigencia de que las proposiciones se ajusten a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y la aceptación incondicionada que su presentación supone respecto de la totalidad de las cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna³⁸¹.

Aparecen las adaptaciones lógicas y consecuentes con el nuevo procedimiento de diálogo competitivo y con la subasta electrónica (art. 129.2). Y es que en ambos casos se excepciona o modula el carácter secreto de las proposiciones impuesto con carácter general para todas las presentadas. El caso de la subasta electrónica también supone una excepción a la regla general de que cada licitador no podrá presentar más de una proposición (también queda a salvo el supuesto de presentación de variantes o mejoras, art. 129.3).

Además, y con relación a los contratos de concesión de obra pública también se matiza el rechazo de las proposiciones diferentes presentadas por empresas vinculadas en el sentido de que si la vinculación sobreviene antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las empresas (art. 129.4).

Y para evitar conflictos a la hora de interpretar el contenido de las proposiciones se exige por vía legal algo que hasta ahora se había logrado mediante los modelos incluidos en los pliegos: *en la*

³⁸¹ Ese ajuste a lo establecido en el pliego debe entenderse sin que suponga un rigor absurdo, según han establecido reiteradamente y desde antiguo tanto la jurisprudencia, el Consejo de Estado y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Respecto de esta cuestión, nos remitimos a nuestro trabajo ya citado: CARBONERO GALLARDO, J.M.: *Procedimientos y formas de adjudicación...*, pág. 50.

proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido (art. 129.5)³⁸².

4.2.3.3.3.- Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos.

Algunas (aunque no demasiadas) novedades podemos comentar con relación a esta cuestión. El artículo 130 LCSP exige casi literalmente la misma documentación que exigía el artículo 79 TRLCAP.

Si bien ahora no se menciona a la garantía provisional, habremos de entender que la exigencia de ésta queda subsumida en aquellos *otros documentos* que pueden ser exigidos con arreglo a la LCSP y que habrán de ser requeridos por el propio pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación³⁸³.

Por otro lado, la Ley permite que se acredite también la personalidad y en su caso, la representación, mediante la certificación de un Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (del Estado o de las Comunidades Autónomas). Este certificado podrá ser expedido electrónicamente, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos o en el anuncio del contrato. Si los pliegos o el anuncio del contrato así lo prevén, la incorporación del certificado al procedimiento podrá efectuarse de oficio por el órgano de contratación o por aquél al que corresponda el examen de las

³⁸² La indicación del Impuesto sobre el Valor Añadido en las ofertas ha sido frecuentemente conflictiva y previsiblemente esta exigencia de la LCSP evitará algunos de esos conflictos. Aún así, tras la aprobación de la LCSP y sobre esta cuestión puede encontrarse el Informe 07/08, de 29 de septiembre, de la JCCA, sobre el *Criterio aplicable en la valoración de las ofertas cuando concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos*. En él, el órgano consultivo ratificaba que *la valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la LCSP debe hacerse sin tomar en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo*.

³⁸³ CARBONERO GALLARDO, J.M.: "El régimen de las garantías en la Ley de Contratos del Sector Público", dentro de la obra colectiva coordinada por José Antonio MORENO MOLINA, *La Ley de Contratos del Sector Público y...* Op. Cit., pág. 228.

proposiciones, solicitándolo directamente al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, sin perjuicio de que los licitadores deberán presentar en todo caso la declaración responsable en la que manifiesten que las circunstancias reflejadas en el certificado no han experimentado variación alguna.

Con relación a la clasificación empresarial, merece algún comentario la previsión del apartado 1.b) del artículo 130; este apartado expresa que *"si la empresa se encontrase pendiente de clasificación, deberá aportarse el documento acreditativo de haber presentado la correspondiente solicitud para ello, debiendo justificar el estar en posesión de la clasificación exigida en el plazo previsto en las normas de desarrollo de esta Ley para la subsanación de defectos u omisiones en la documentación"*. A nosotros no nos cabe duda de que el momento último en que pueden admitirse estos documentos es en el plazo de subsanación documental. Pero a algunos operadores les puede generar dudas el hecho de que el artículo 135.4, con relación a la adjudicación provisional y definitiva establece un plazo de quince días hábiles durante el cual el adjudicatario provisional deberá presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y cualesquiera otros documentos acreditativos de su *aptitud para contratar...* No olvidemos que la clasificación está incluida dentro de la aptitud para contratar regulada en la Sección 1ª, Capítulo II del Título II de la propia LCSP. Considerar que la aportación del certificado de clasificación sería admisible en este plazo de quince días para la elevación de la adjudicación provisional a definitiva supondría romper con la igualdad de oportunidades de los participantes en el procedimiento, y choca claramente con la letra del artículo 30, pero hay que reconocer que tal vez no ha sido muy afortunada la redacción del art. 135.4 al referirse a *"cualquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar"*.

4.2.3.3.4.- Variantes o mejoras.

El régimen de las variantes o mejoras es casi idéntico al preexistente: sólo cabe su admisión si lo permite el pliego de cláusulas administrativas particulares y el anuncio detalla sobre qué elementos y en qué condiciones pueden recaer, y la Ley (art. 131.3) veda una situación muy concreta: *“en los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes o mejoras, no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato de servicios”*.

4.2.3.3.5.- Subasta electrónica.

La subasta electrónica es una de las grandes novedades de la LCSP³⁸⁴. Definida y regulada por su artículo 132, supone una medida acorde con la incorporación de las nuevas tecnologías a la contratación pública; de hecho es una de las principales herramientas de lo que ya conocemos como contratación electrónica, o *e-contratación*³⁸⁵ (expresión paralela a la de también reciente cuño “Administración electrónica”)³⁸⁶. En palabras de ese artículo 132.1, “a

³⁸⁴ Introducida no sólo por iniciativa propia del legislador español sino respondiendo también al impulso que la Unión Europea pretende dar desde hace años a los procedimientos electrónicos de contratación. Baste en este sentido leer el *Libro Verde La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*. Comisión Europea, 27 de noviembre de 1996. DE hecho, el propósito comunitario es firme y desde Bruselas se trabaja con calendarios concretos, como puede comprobarse en la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica”*. Bruselas, 13.12.2004.

³⁸⁵ Para saber sobre contratación electrónica en España (incluida por supuesto la subasta electrónica), tanto en términos teóricos pero sobre todo en sentido práctico, nos parece de imprescindible lectura DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J.: “La e-Contratación”, dentro de *Contratación del Sector Público Local*. Ed. *El Consultor de los Ayuntamientos* (La Ley), 2008. Págs. 2083 y ss.

³⁸⁶ Para un primer acercamiento a la terminología de la contratación electrónica, MANTECA VALDELANDE, V.: “Aspectos de contratación electrónica en la nueva Ley

efectos de la adjudicación del contrato podrá celebrarse una subasta electrónica, articulada como un proceso iterativo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejora en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos”.

Se trata de un mecanismo³⁸⁷ en el que de entrada hay que destacar que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas de conformidad con los criterios de adjudicación (art. 132.5). Es decir, no se trata de una operación inicial, sino que se celebra en un segundo momento. Pero es igualmente importante para un primer acercamiento a la figura el saber que la subasta electrónica tampoco es un instrumento independiente para la adjudicación de los contratos. De hecho, en todo caso la subasta electrónica ha de desarrollarse en el seno de un procedimiento de adjudicación³⁸⁸.

Y es fundamental tener claro que la subasta electrónica no es un procedimiento de adjudicación. Éstos son, ya lo anunciamos antes, el abierto, el restringido, el negociado y ahora también el diálogo competitivo. Sistemáticamente esto queda claro porque la subasta electrónica queda aparte, pero su descripción podría inducir a error. La subasta electrónica es una herramienta, un mecanismo o una operación si se quiere, para mejorar unas primeras ofertas y obtener así una aún mejor, pero se inserta siempre dentro de alguno de los

de Contratos del Sector Público”. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 75, mayo de 2008. Págs. 34 y ss.

³⁸⁷ Si le podemos llamar así, ya que no estamos ante un procedimiento de contratación, como diremos más adelante.

³⁸⁸ El apartado segundo de este artículo 132 concreta que la subasta electrónica podrá emplearse en los procedimientos abiertos, en los restringidos, y en los negociados que se sigan en el caso previsto en el artículo 154.a), siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual.

procedimientos de adjudicación del contrato. No tiene, pues, autonomía procedimental suficiente para la selección del contratista.

Con la subasta electrónica se permite la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, mediante un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos.

El presupuesto fundamental para que sea posible realizar una subasta electrónica es que las *" especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual;* pero no sólo eso, sino que para poder calibrar las distintas propuestas de los empresarios, *la subasta electrónica se basará en variaciones referidas al precio o a valores de los elementos de la oferta que sean cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o porcentajes"* (art. 132.3). Y puesto que se trata de permitir mejoras o nuevos valores sobre algunos elementos, la Ley advierte de que no podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato (art. 132.2, reiterando una vez más la advertencia, como ya dijimos).

Ahora bien, con esos presupuestos, ¿qué debe hacer un órgano de contratación para desarrollar una subasta electrónica?³⁸⁹ Pues en primer lugar, es preciso que efectúe tal indicación en el anuncio de

³⁸⁹ Especialmente interesante porque no sólo hace un análisis teórico sino que expone la experiencia práctica que en este terreno tiene el Gobierno autonómico vasco sobre la viabilidad de las licitaciones electrónicas, DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J.: "La contratación electrónica en la LCSP. Análisis y una respuesta: ¿es posible obligar a los licitadores a licitar por medios electrónicos", dentro de *El Derecho de los Contratos del Sector Público*. Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Zaragoza, 2008. Págs. 185 y ss. También del mismo autor, "La contratación electrónica en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Análisis y propuestas de mejora". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 62/2007. Págs. 49 y ss.

licitación e incluya obligatoriamente una información en el pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 132.4).

A continuación, y tras la primera evaluación completa de las ofertas, el órgano de contratación habrá de invitar 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 (art. 132.5). La invitación tiene un contenido mínimo obligatorio: deberá incluir toda la información pertinente para la conexión individual al dispositivo electrónico utilizado y precisará la fecha y hora de comienzo de la subasta y contendrá *“la fórmula matemática que se utilizará para la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios o de los nuevos valores que se presenten. Esta fórmula incorporará la ponderación de todos los criterios fijados para determinar la oferta económicamente más ventajosa, tal como se haya indicado en el anuncio de licitación o en el pliego, para lo cual, las eventuales bandas de valores deberán expresarse previamente con un valor determinado. En caso de que se autorice la presentación de variantes o mejoras, se proporcionarán fórmulas distintas para cada una, si ello es procedente. Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, se acompañará a la invitación el resultado de la evaluación de la oferta presentada por el licitador”* (art. 132.6).

Es decir:

1º.- Indicación en el anuncio de licitación;

2º.- Información en PCAP:

- a) elementos a cuyos valores se refiera la subasta electrónica
- b) en su caso, los límites de los valores que podrán presentarse, tal como resulten de las especificaciones del objeto del contrato

- c) la información que se pondrá a disposición de los licitadores durante la subasta electrónica y el momento en que se facilitará
- d) la forma en que se desarrollará la subasta
- e) las condiciones en que los licitadores podrán pujar, y en particular las mejoras mínimas que se exigirán, en su caso, para cada puja
- f) el dispositivo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión

3º.- Invitación a todos los licitadores admitidos.

Hay que tener en cuenta varios aspectos de naturaleza temporal con relevancia en la subasta electrónica. En cuanto al comienzo de la misma: *"entre la fecha de envío de las invitaciones y el comienzo de la subasta electrónica habrán de transcurrir, al menos, dos días hábiles"* (132.7).

Un segundo aspecto temporal es el hecho de que la subasta electrónica podrá desarrollarse en varias fases. *"A lo largo de cada fase de la subasta, y de forma continua e instantánea, se comunicará a los licitadores, como mínimo, la información que les permita conocer su respectiva clasificación en cada momento. Adicionalmente, se podrán facilitar otros datos relativos a los precios o valores presentados por los restantes licitadores, siempre que ello esté contemplado en el pliego, y anunciarse el número de los que están participando en la correspondiente fase de la subasta, sin que en ningún caso pueda divulgarse su identidad"* (arts. 132.8 y 9).

Y el último aspecto de carácter temporal a tener en cuenta es crucial. Se trata del momento de cierre de la subasta. Este momento podrá fijarse mediante alguno de los tres criterios que permite la Ley, y que lógicamente habrá de ser elegido por el órgano de contratación

con carácter previo, concretamente en la invitación. Los tres criterios permitidos son los siguientes:

- a) señalamiento de una fecha y hora concretas
- b) atendiendo a la falta de presentación de nuevos precios o de nuevos valores que cumplan los requisitos establecidos en relación con la formulación de mejoras mínimas (en este caso la invitación especificará el plazo que deberá transcurrir a partir de la recepción de la última puja antes de declarar su cierre)
- c) por finalización del número de fases establecido, en cuyo caso la invitación indicará el calendario a observar en cada una de sus fases.

Finalmente, con relación a la subasta electrónica es importante tener en cuenta que se trata de una segunda etapa de valoración de las ofertas, pero que una vez celebrada, la adjudicación debe efectuarse conforme a las previsiones generales establecidas por el art. 135 para el resto de procedimientos.

4.2.3.3.6.- Sucesión en el procedimiento.

Al igual que hacía el TRLCAP, el artículo 133 LCSP establece las oportunas previsiones para la sucesión en el procedimiento de adjudicación de aquellas empresas que antes de la adjudicación se extingan por fusión, escisión o transmisión de su patrimonio empresarial³⁹⁰.

³⁹⁰ Sobre estas posibles situaciones, GONZÁLEZ PUEYO, J.: "Selección del contratista y adjudicación de los contratos", dentro de *Contratación del Sector Público Local*. Op. Cit., págs. 1177-1181.

4.2.4.- SELECCIÓN DEL ADJUDICATARIO. EN PARTICULAR, LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS.

Las *Normas Generales* (Sección 1ª) del Capítulo I, Título I, del Libro III contienen otra serie de preceptos además de los ya comentados, agrupados en diferentes Subsecciones. Estos preceptos tienen desigual importancia para nuestro propósito en este trabajo. Por eso queremos destacar desde ahora mismo que como frontispicio y base de la selección del adjudicatario aparece el artículo 134, dedicado a los criterios de valoración de las ofertas. Para nosotros este es sin ninguna duda uno de los preceptos clave de los procedimientos de adjudicación de los contratos y por eso va a merecer una especial atención.

4.2.4.1.- *Criterios de valoración de las ofertas.*

El artículo 134 es un precepto de larga extensión (como es el tono general de la Ley) y contiene el régimen jurídico de los criterios selectivos. Los criterios son la herramienta o instrumento esencial para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa (aunque como han señalado MORENO MOLINA y GIMENO FELIÚ, la LCSP ha adoptado un concepto más amplio de oferta económicamente más ventajosa que el de la Directiva 18/2004, pues en ésta última el concepto se refiere a la utilización de una multiplicidad de parámetros de valoración, mientras que la LCSP engloba también el criterio del precio más bajo)³⁹¹, que es la finalidad del procedimiento

³⁹¹ Esta opción de la LCSP no es fruto de un error ni olvido, pues la propia Exposición de motivos de la LCSP lo justifica: *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.* MORENO MOLINA, J.A.: "La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público", y GIMENO FELIÚ, J.Mª: "La adjudicación de los contratos: la oferta económicamente más ventajosa", dentro de *El derecho de los contratos del sector público*. Monografías de la REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Zaragoza, 2008. Págs. 59 y 157, respectivamente.

de adjudicación (y en último extremo, claro está, la formalización y ejecución de un contrato para satisfacer el interés público). Luego, a pesar de la pretendida unificación bajo la expresión "*oferta económicamente más ventajosa*" que pregona la LCSP, ocurre lo que ha escrito RAZQUÍN LIZÁRRAGA: la unificación de la Ley española "*ni concuerda con la Directiva 2004/18, ni se ajusta a los términos tradicionales ni recoge las dos modalidades de adjudicación*"³⁹².

Los criterios selectivos son, por lo tanto, uno de los aspectos fundamentales en los procedimientos de adjudicación, y pueden definirse (tomando prestadas las palabras de la STS 18 de febrero de 2002, RJ 2002\3562) como aquellas pautas, parámetros o directrices según los cuales la Administración va a valorar y seleccionar a la oferta que en su conjunto ofrezca mayores ventajas para la ejecución del contrato.

Debemos reparar en que esta es una ocasión más en que la LCSP adopta sin rodeos la terminología de las directivas comunitarias: la "*oferta económicamente más ventajosa*" es una expresión acuñada por el derecho comunitario que alude al hecho de que la oferta más interesante para el órgano de contratación viene determinada frecuentemente por un conjunto de aspectos (no sólo dinerarios) a tener en cuenta, y que determinan, finalmente, la mejor satisfacción del interés público presente en la contratación³⁹³. La jurisprudencia y la doctrina tenían hace tiempo reiterado con relación a la interpretación correcta del concepto de oferta más ventajosa, que "*no ha de entenderse por tal la que así resulte desde el punto de vista económico, sino la que en conjunto satisfaga mejor los criterios establecidos en el sistema de selección escogido por la*

³⁹² RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J.A.: "La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público". Revista Jurídica de Navarra, núm. 44/2007. Pág. 31.

³⁹³ CARBONERO GALLARDO, J.M.: *Diccionario Jurídico*. Grupo Editorial El Derecho y Quantor, SL. Madrid, 2009. Pág. 914.

*Administración*³⁹⁴. Ello es perfectamente congruente con las Directivas comunitarias, que cuando se refieren a la oferta económicamente más ventajosa no siempre se están refiriendo al precio más bajo (ver, por ejemplo, el informe 27/98, de 11 de noviembre). Por lo tanto, al hablar la Ley de proposición más ventajosa está aludiendo a un concepto jurídico indeterminado que es preciso analizar en cada caso concreto (ver, por ejemplo, la STS 18 de febrero de 2002, RJ 2002\3562).

Como punto de partida, pues, el artículo 134.1 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 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, las disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicios postventa u otros semejantes”*.

La importancia de los criterios de selección no es una novedad de la LCSP, aunque ahora éstos cobran también una importancia no sólo semántica o nominal. Y es que en lugar de hablar de formas de adjudicación, de subasta y concurso, a partir de ahora debemos hablar de la utilización de un solo criterio o de la utilización de más de uno. Y en función de que utilicemos uno o más de uno, estaremos

³⁹⁴ En este sentido pueden verse, por ejemplo, las SSTS 2 de febrero de 1990 (RJ 1990\1822), 3 de octubre de 1991 (RJ 1991\7622), ó 20 de febrero de 1996 (RJ 1996\1381).

adjudicando según la antigua subasta o el antiguo concurso. Porque el propio artículo 134.1 determina que *"cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo"*. Esto es: cuando utilicemos un solo criterio estaremos adjudicando el contrato tal como lo hacíamos con la subasta, y cuando utilicemos más de un criterio seguiremos la misma fórmula del concurso porque en esta cuestión la LCSP no establece más diferencia que la nominal. Como ya dijimos, se ha despreciado la denominación, el vocabulario tradicional, sin razones de fondo.

Este artículo 134 tiene seis apartados, que son susceptibles de muchos comentarios. Por eso vamos a tratar de sistematizar algunos de sus contenidos.

Para empezar, establece una serie de requisitos con relación a los criterios, que podríamos calificar como formales, y que son los siguientes:

- a) Han de ser determinados por el órgano de contratación (134.2).
- b) Detallados en el anuncio (expresión de los criterios elegidos y de su ponderación) y en el pliego de cláusulas administrativas particulares (o en el documento descriptivo en el caso del diálogo competitivo)(134.2).
- c) Si se utiliza un solo criterio, éste ha de ser necesariamente el del precio más bajo (134.1).
- d) La valoración de más de un criterio procederá, en particular, en la adjudicación de una serie de contratos enumerados por el artículo 134.3.
- e) Cuando se tomen en consideración más de un criterio, éstos deberán ponderarse. Si esa ponderación no es posible por razones debidamente justificadas, los criterios deben enumerarse por orden decreciente de importancia (134.4).

- f) Se dará preponderancia a los criterios que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos (134.2).
- g) En caso contrario, si la mayor ponderación se ha atribuido a los criterios cuya cuantificación dependa de juicios de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos (134.2).
- h) La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de las fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello (134.2).
- i) En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo (134.4).
- j) Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 206.h) (134.6).

4.2.4.1.1.- La utilización de uno o más de un criterio.

Como hemos adelantado ya, la LCSP contempla las posibilidades de que se utilice un solo criterio o más de uno. Esta opción queda en manos del órgano de contratación, como responsable de la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares (documento en el que han de quedar reflejados) y del completo expediente de contratación.

Para esa elección no existen muchas pautas orientativas en la propia Ley, como veremos en el próximo epígrafe. Pero lo que sí hace el artículo 134 en su apartado 3 es establecer una serie de contratos en los que particularmente procede la utilización de un criterio. Inmediatamente, la lectura de ese apartado recuerda al artículo 85 TRLCAP³⁹⁵ y refuerza la idea de que la actual utilización de varios criterios equivale al tradicional concurso. Pues bien, los supuestos que ahora enumera el mencionado artículo 134.3 son los siguientes:

- a) *“ Aquéllos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores.*
- b) *Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante*

³⁹⁵ Recordemos que la redacción de este art. 85 TRLCAP (titulado *Supuestos de aplicación del concurso*) era ésta: *Se adjudicarán por concurso aquellos contratos en los que la selección del empresario no se efectúe exclusivamente en atención a la oferta cuyo precio sea más bajo y, en particular, en los siguientes casos:*

- a) *Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores.*
- b) *Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación aprobada por la Administración es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.*
- c) *Aquellos para la realización de los cuales facilite la Administración materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.*
- d) *Aquellos que requieran el empleo de tecnologías especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.*

la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.

- c) *Aquellos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.*
- d) *Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.*
- e) *Contratos de gestión de servicios públicos.*
- f) *Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.*
- g) *Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.*
- h) *Contratos 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”.*

El contraste del espacio que queda para la utilización de la subasta³⁹⁶ de aquel otro en el que se utilizará el concurso, queda,

³⁹⁶ Aquellos casos en que para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se utilice sólo un criterio, el del precio más bajo.

pues, patente con la lectura del artículo 134.3, en el que de modo similar al artículo 85 TRLCAP, se establecen una serie de supuestos en los que procederá en particular la utilización de más de un criterio.

De esos supuestos, los cuatro primeros coinciden con los que ya aparecían en el art. 85 TRLCAP.

Los tres siguientes (contratos de gestión de servicios públicos, suministros y servicios) merecen nuestro aplauso porque ahora la lectura de este artículo permite aquilatar mejor el espacio que ocupa esta forma de adjudicación entre las distintas posibilidades que ofrece la LCSP. Las disposiciones del TRLCAP en ese sentido resultaban un tanto engañosas, seguramente por inercia del protagonismo histórico de la subasta en nuestro derecho administrativo. A consecuencia de esa inercia en las leyes españolas sobre contratos administrativos, se establecía que la forma normal de adjudicación de los contratos serían la subasta y el concurso³⁹⁷, y que éste último se utilizaría en aquellos casos en que la adjudicación debiera dictarse sin atender exclusivamente al precio, y en particular en los cuatro supuestos ahora repetidos por el artículo 134.3 LCSP. Sin embargo, esto quedaba bastante desdibujado al acudir a cada uno de los contratos típicos, en los que la subasta era relegada casi absolutamente salvo en el contrato de obras. Ahora parece más sencillo de entender cuándo se utiliza una u otra fórmula con la sola lectura de este precepto, en el

³⁹⁷ Las últimas normas que establecieron expresamente que la forma normal de adjudicación era la subasta fueron la LCE y su Reglamento de desarrollo, RGCE. Se trata de lo que fue conocido como el principio de subasta necesaria. Recordemos las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: "Curso de Derecho Administrativo". Ed. Civitas, Madrid): *la selección de contratistas ha estado presidida desde el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 hasta la promulgación de la LCE por el principio de subasta necesaria por entender que este procedimiento, dominado por un automatismo absoluto (adjudicación necesaria al mejor postor), garantizaba mejor que ningún otro las finalidades perseguidas por la licitación al eliminar toda discrecionalidad de la Administración y asegurar a ésta el mejor precio posible. La complejidad creciente de la contratación administrativa el acelerado proceso de tecnificación que exige una atención cada vez mayor sobre los problemas de este tipo fueron relegando el procedimiento de subasta, cuyo tradicional automatismo fue ya reducido en la redacción inicial de la LCE de 1965...).*

que ya se incluye la previsión de utilización en los contratos de gestión de servicios públicos, y en la casi totalidad de contratos de suministro y de servicios (que eran exactamente las mismas previsiones que de manera más dispersa, junto a cada contrato típico, aparecían en el TRLCAP)³⁹⁸.

Ahora, según hemos visto, la utilización de un solo criterio queda reservada para el precio y esto encaja con lo que había dicho el Tribunal Supremo en alguna ocasión y había sido reiterado por la JCCA³⁹⁹. Es decir, que cuando se utilizaba un concurso, los criterios selectivos habían de ser varios como regla general, de forma que si excepcionalmente se utilizaba un criterio, ello debía justificarse expresamente por el órgano de contratación (STS 11 de mayo de 1999, RJ 1999\5029).

4.2.4.1.2.- Elección, información y publicidad de los criterios.

Volvamos nuevamente al apartado primero del artículo 134 LCSP. Allí se nos dice 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, y a continuación se nos ejemplifica una serie de aspectos que son susceptibles de utilización como criterios. Así, se nos dice que esos criterios podrán ser *"tales como 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*

³⁹⁸ Esta misma idea ya la expusimos en CARBONERO GALLARDO, J.M.: *Procedimientos y formas...* Op. Cit., págs. 17 a 20.

³⁹⁹ En el ya mencionado informe 28/95, de 24 de octubre, la JCCA expresó que *el supuesto de criterio único de adjudicación debe considerarse excepcional puesto que el artículo 87 parte de la existencia de una pluralidad de criterios al señalar que en el pliego se indiquen por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, prescripción inaplicable al supuesto de utilización de un solo criterio. Por ello debemos entender que la utilización por el órgano de contratación de un solo criterio, en casos excepcionales, deberá estar justificada debidamente en el expediente...*

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”.

La relación de criterios que ofrece este precepto tiene carácter enunciativo y no cerrado o limitativo, de igual forma que lo hacía anteriormente el artículo 86 TRLCAP⁴⁰⁰. Este carácter abierto, que también procede del ordenamiento comunitario⁴⁰¹, ya dijimos en el Capítulo anterior que había sido corroborado tanto por la jurisprudencia como por la JCCA, que lo había dicho por ejemplo en su informe 28/95, de 24 de octubre, que *“el propio artículo señala una serie de criterios, entre los que figura el precio, precedidos de la expresión “tales como” y haciendo alusión a “otros semejantes”, lo que viene a demostrar que su enumeración ni es exhaustiva (pueden existir otros criterios objetivos) ni obliga a incluir necesariamente todos los que menciona en un determinado concurso...”* Es decir, pueden utilizarse cualesquiera criterios con tal de que cumplan con lo

⁴⁰⁰ Ya vimos en el Capítulo anterior que es muy extensa la doctrina (tanto jurisprudencial como de la JCCA) sobre criterios, en la que se declaran conforme a la legalidad algunos de ellos y se descartan otros por no ser conformes a derecho. Lógicamente, esa doctrina sigue en aumento porque los criterios que pueden establecer los órganos de contratación en sus pliegos son de número ilimitado. Ya con la LCSP vigente, la JCCA ha declarado, por ejemplo, que el precio de los medicamentos no puede ser utilizado como criterio de valoración de las ofertas relativas a la adquisición de los mismos. El fundamento radica en que la Ley 39/2006 excluye expresamente la posibilidad de que los únicos descuentos en ella permitidos sean ofrecidos para incentivar la compra de un producto frente a otro, lo que resulta incompatible con la utilización del precio más bajo como un criterio para preferir unas ofertas frente a otras (Informe 17/08, de 28 de julio). También ha descartado la JCCA (Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009) la utilización del *origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa* como criterio de valoración, ni tampoco como condición de aptitud para contratar con el sector público.

⁴⁰¹ Para una detallada exposición de esos antecedentes puede leerse a RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M.: *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*. Ed. Aranzadi, SA. Pamplona, 1996. Págs. 199-202.

establecido por la LCSP y por la amplia jurisprudencia que los ha interpretado⁴⁰². Por ejemplo, MORENO MOLINA⁴⁰³ sugiere la posibilidad de utilizar como criterio la subcontratación, lo que podría jugar una gran importancia práctica.

Pero debemos analizar también si la Ley establece alguna pauta para la elección de los criterios de valoración. Como punto de partida y tal como había sido habitual, el artículo 134.1 sólo exige que los criterios elegidos estén directamente vinculados con el objeto del contrato. De hecho, hemos visto que a continuación el precepto enumera una serie de posibles criterios, a modo de ejemplo. Luego como punto de partida bastará tener en cuenta únicamente esa vinculación directa del criterio con el objeto del contrato, aunque ciertamente habrá que cuidar que los criterios no atenten contra otras normas ni produzcan efectos discriminatorios. Como acertadamente expresa GIMENO FELIÚ⁴⁰⁴, los criterios "*deben guardar relación con el qué⁴⁰⁵ y nunca con el quién*", en alusión a la idea que tanto han reiterado los Tribunales de que no debemos confundir los criterios de aptitud con los de adjudicación del contrato u oferta económicamente más ventajosa⁴⁰⁶. Esta última cautela es fundamental, puesto que los criterios son un elemento crucial, determinantes de la adjudicación, y

⁴⁰² Esta extensa jurisprudencia es tanto española como comunitaria. En el Capítulo anterior hemos reflejado una buena muestra de ella. Un útil repaso de la jurisprudencia comunitaria más importante con relación a los criterios de adjudicación puede verse en la STS 5 de julio de 2005 (LA LEY JURIS: 13410/2005).

⁴⁰³ MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Op. Cit., pág. 539.

⁴⁰⁴ GIMENO FELIÚ, J.M^a: "La adjudicación de contratos en la LCSP y los mecanismos de control (el recurso especial)", dentro de *Estudios sobre la Ley...* Op. Cit., pág. 216.

⁴⁰⁵ Por eso se les llama criterios objetivos, porque deben estar directamente relacionados con el objeto del contrato y no con el sujeto contratista. Aunque la propia LCSP acabe teniendo un despiste (tras tanta remisión y utilización de terminología artificiosa) y en el art. 174.1.a) se refiere a los criterios subjetivos.

⁴⁰⁶ Consideramos que esta cuestión está suficientemente expuesta en el Capítulo anterior. Por eso, baste aquí citar una sentencia más en el mismo sentido, por relativamente reciente: STJCE 24 de enero de 2008 (Lianakis).

que pueden contravenir los principios de igualdad y también los principios básicos de la contratación pública europea⁴⁰⁷.

Sin embargo, podemos considerar que la LCSP ofrece una pauta más que hasta ahora no contenían las normas que le precedieron. Y se trata, desde luego, de una pauta en la dirección de poner límites a la discrecionalidad que ostenta la Administración cuando adjudica mediante varios criterios (es decir, la discrecionalidad característica del concurso y que ya vimos en el Capítulo anterior). Concretamente, esa nueva pauta a la que nos referimos está establecida en el segundo párrafo del artículo 134.2, que distingue entre criterios cuya valoración es más objetiva porque depende de la aplicación de fórmulas y criterios “menos objetivos” porque su valoración resulta de un juicio de valor. El precepto en cuestión expresa que *“en la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”*. Queda claro que el legislador pretende que en la adjudicación del contrato predominen criterios lo más objetivos posibles, y en cuya aplicación no quepa margen de discrecionalidad. Pero dedicaremos a esta cuestión un apartado específico.

Sobre quién realiza la elección y sobre la publicidad que ha de darse a los criterios, el artículo 134.2 LCSP establece que éstos serán determinados por el órgano de contratación y *“se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”*. No hay nada que comentar respecto a quién elige los criterios, pues lo seguirá haciendo (y es lógico) el

⁴⁰⁷ Sobre esta cuestión nos remitimos también al Capítulo anterior y a nuestra obra citada, *Procedimientos y formas de adjudicación...* En ambos textos hemos analizado numerosa jurisprudencia y doctrina de la JCCA acerca de la legalidad de diversos criterios de valoración. Tiene una especial importancia conocer la doctrina sobre la experiencia de los licitadores.

órgano de contratación, aunque sí hay varias novedades dignas de mención en cuanto a su publicidad.

En primer lugar, a partir de la LCSP los criterios habrán de detallarse no solo en los pliegos (o documento descriptivo en el caso del diálogo competitivo), sino también en el anuncio de licitación. Nos lo dice el artículo 134 en su apartado segundo, y nos lo reitera innecesariamente en el quinto.

En segundo lugar, desaparece la obligación de que los criterios aparezcan por orden decreciente de importancia⁴⁰⁸. Ahora sólo es obligatorio enumerarlos por orden decreciente de importancia en aquellos casos, debidamente justificados, en que no sea posible establecer su ponderación (artículo 134.4). Realmente, cuando los criterios están ponderados (lo que debe ser la regla general), la presentación por orden decreciente no pasa de ser una cuestión estética sin que tenga mayor trascendencia. Resultaba absurdo a nuestro juicio considerar una infracción grave la no presentación de esa forma, y mucho más la opinión de que la ordenación decreciente implicaba que no pudieran establecerse dos o más criterios con igual ponderación.

Pero, desde luego, lo que no tiene una relevancia menor es la obligación de ponderar los criterios. Ya vimos en el Capítulo anterior e insistiremos en el punto siguiente, cuál es la importancia no solo de esa ponderación, sino también la de las fórmulas que se utilicen posteriormente para valorar los criterios. Por eso, cuando se utilicen más de un criterio, debería ser absolutamente excepcional la posibilidad que ahora admite la LCSP (134.4) de que los criterios no aparezcan ponderados sino sólo presentados por orden decreciente de

⁴⁰⁸ El art. 86.2 TRLCAP exigía que los criterios se indicaran *por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, y podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos, y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.*

importancia. Realmente no encontramos razones para que ello se admita, puesto que esta posibilidad a lo que recuerda es al procedimiento negociado, en el que no aparecen criterios ponderados sino únicamente aspectos que van a ser objeto de negociación. Es cierto que a veces es difícil distribuir la ponderación entre varios criterios, pero eso exige un esfuerzo al que estamos acostumbrados desde antiguo en la Administración y que podría seguir asumiéndose sin necesidad de desvirtuar un aspecto tan fundamental como la ponderación previa de los criterios en un procedimiento abierto o restringido de adjudicación.

Pues bien, aunque ahora se admita la excepción que hemos visto, la normalidad habrá de ser la ponderación de los criterios cuando se utilicen más de uno (esto es lógicamente así, porque cuando se utilice solo uno éste será el del precio más bajo y su peso será del cien por cien de la valoración). La ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada, y tal como se introdujo en la reforma de 1999, la LCSP (134.4) mantiene la posibilidad de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, en cuyo caso *“se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo”*.

Resumiendo, pues, una vez elegidos por el órgano de contratación, los criterios deben aparecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares (o documento descriptivo en el caso del diálogo competitivo) y en el anuncio de licitación (si lo hay según el tipo de procedimiento a seguir), y la información que estos documentos deben contener es la descripción lo más detallada posible del criterio, y su ponderación, así como, en su caso, las fases en que los criterios van a articularse. Y nosotros insistimos en que, aunque la Ley no lo exija, siempre opera a favor de la transparencia y de la

seguridad jurídica el que detallemos también la fórmula o método que la Mesa o los técnicos van a seguir para valorar, para asignar puntos, a las distintas ofertas⁴⁰⁹.

4.2.4.1.3.- El precio como criterio en la LCSP. Las ofertas anormales o desproporcionadas y los grupos de empresas.

Aunque la Ley lo menciona como uno más, el precio no es un criterio cualquiera. Ya hemos referido en diversos lugares de este trabajo que el precio es el criterio selectivo por excelencia y que define a la forma más tradicional de adjudicación (la subasta). Pues bien, lo normal ha de ser que el precio figure también como uno de los criterios selectivos cuando son varios los que se utilizan, y así lo consideraba también la JCCA cuando en su informe 28/95, de 24 de octubre entendió que *“la posibilidad que tiene el órgano de contratación de excluir el precio como criterio para la adjudicación de contratos por concurso debe considerarse excepcional y consignarse en el expediente las razones que en cada caso concreto justifiquen tal exclusión, sobre todo si se tiene en cuenta el juego que puede proporcionar el propio artículo 86 en orden a la necesidad de indicar los criterios por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya que, en determinados supuestos y en relación con el precio puede ser mínima, sin llegar a la total exclusión de dicho criterio”*. Es decir, cuando utilicemos varios criterios, el precio ha de ser uno de ellos, y solo excepcional y justificadamente se podría prescindir de él. En realidad, es difícil imaginar muchos supuestos en que sea indiferente para el órgano de contratación el precio que va a pagar por una obra, servicio o

⁴⁰⁹ En este sentido, la JCCA en su Informe 35/08, de 25 de abril, *Recomendación sobre contenido básico de los pliegos de cláusulas administrativas particulares comunes para todo tipo de contratos administrativos*, aludía no solo a *indicar los criterios de valoración de las ofertas que se aplicarán y si fuera el de la oferta económicamente más ventajosa expresar la ponderación que se atribuye a cada uno de los criterios*. Además de lo anterior, la JCCA recomendaba que *si se aplicaran fórmulas matemáticas o se establecieran criterios de carácter subjetivo expresar la forma de evaluación*.

suministro; tratándose de la Administración Pública, el precio a pagar no puede ser irrelevante, aunque en algunas contrataciones no sea el dato decisivo.

No repetiremos ahora las posibilidades de utilización del precio como criterio y nos remitimos para ello al Capítulo anterior porque la generalidad de aquellos comentarios sigue valiendo tras la LCSP. Pero sí queremos retomar la advertencia que efectuaba la JCCA en su informe 8/97, de 20 de marzo, con relación a las fórmulas de valoración del precio en el sentido de que cuando el pliego de cláusulas administrativas no las detalla, no es admisible que la valoración otorgue mayor puntuación a ofertas de precio superior y viceversa⁴¹⁰. Y queremos recuperar esta cuestión para traer aquí y comentar una sentencia posterior que a nuestro juicio es muy ilustrativa y que va en la misma línea que el citado informe de la JCCA. Se trata de la Sentencia del Tribunal Administrativo de Navarra de 27 de junio de 2006 (Resolución núm. 2103, confirmada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de Pamplona, en fecha 22 de febrero de 2008, sentencia 50/08).

Pues bien, esa sentencia rechaza la valoración del precio por parte de la Mesa de contratación mediante una fórmula no reflejada previamente en el pliego y que contradecía todo el sentido de la proporcionalidad que pudieran esperar los licitadores. Concretamente, el pliego describía el criterio del precio como *"la oferta económica se valorará de forma proporcional, asignando la mayor puntuación a la oferta más barata"*. Según la valoración efectuada por la Mesa de contratación, entre la oferta más económica y la más cara tan solo hubo 1,63 puntos de diferencia. En términos monetarios, la recurrente rebajó el precio máximo en 174.000 euros y

⁴¹⁰ Es decir, según dicho criterio de la JCCA, *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.*

la adjudicataria tan solo 20.792 euros. Sin embargo, a la primera se le concedieron 19,92 puntos y a la segunda 18,46, esto es, tan solo una diferencia de 1,46 puntos. A la vista de esta aplicación del criterio, el Tribunal expuso, entre otros y resumido por nosotros, que *" la Mesa de contratación debería haber ponderado con mayor acierto el esfuerzo realizado por algunos licitadores, que han rebajado más del 8 % del precio máximo, entre ellos la entidad recurrente, frente a otros que lo han rebajado simbólicamente y que apenas merecían premio o beneficio alguno por tal rebaja...Y evidentemente, cuando en un pliego se alude a repartir proporcionalmente hasta 20 puntos se está pidiendo a los licitadores que realicen un esfuerzo para rebajar sus precios logrando mayor puntuación y distinguiéndose de sus competidores menos económicos, sin que sea legítimo que la Mesa de contratación desvirtúe el criterio económico hasta el extremo de hacerlo inoperante, en contra de las bases del concurso, y gravemente perjudicial para aquéllos que sí han demostrado un mayor mérito haciendo rebajas sustanciales. Aunque el precio en un concurso tenga distinto valor que en las subastas para la adjudicación del contrato, no es posible negar el valor que la convocatoria le haya atribuido a tal criterio, en este caso, ese valor es de un 20 % sobre el total de valoración de todos los distintos capítulos, y la puntuación debe otorgarse como dice la convocatoria, sin ponderaciones artificiosas e injustas"*. Como es fácil adivinar, en este caso el Tribunal no sólo declaró nula la adjudicación, sino que declaró también el derecho de la recurrente a la adjudicación del contrato.

Debemos referirnos también ahora a las ofertas con valores anormales o desproporcionados. Aunque deba ir por delante que la LCSP no ha introducido grandes modificaciones en el régimen que ya conocíamos para estos casos (sólo alguna de importancia menor que luego diremos).

Hemos visto ya que la adjudicación ha de recaer sobre la oferta económicamente más ventajosa. Pero esto tiene una excepción que también es clásica ya en nuestro derecho. Efectivamente, la excepción viene anunciada por el artículo 135.2, al establecer que *“la adjudicación al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa no procederá cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo siguiente, 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 es, efectivamente, el artículo siguiente, el 136, el que se dedica íntegramente a las ofertas con valores anormales o desproporcionados. Sus dos primeros apartados establecen el régimen de estas ofertas en función de que estemos desarrollando un procedimiento de selección con un solo criterio o con más de uno. Y esa dualidad de posibilidades concuerda con las previsiones que el TRLCAP y su RGLCAP establecían para la subasta y el concurso, respectivamente⁴¹¹.

⁴¹¹ Ya vimos que tradicionalmente se había apreciado la temeridad (bajas temerarias, según la terminología clásica en nuestras normas) solo en la subasta. La apreciación de esta misma circunstancia en el concurso fue una de las novedades de la reforma introducida en la LCAP por la Ley 53/1999. La introducción para el concurso tuvo su origen también en las Directivas comunitarias: así, la Directiva 93/37/CEE estableció que si para un concreto contrato, alguna oferta se consideraba anormalmente baja, con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador habría de solicitar, por escrito, las precisiones que considerase oportunas sobre la composición de la oferta, y verificaría esa composición teniendo en cuenta las justificaciones que hicieran referencia a la economía del procedimiento de construcción, o a las soluciones técnicas que se hubieran adoptado, o a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrutara el licitador para la ejecución de las obras, o a la originalidad del proyecto (y en similares términos para los contratos de suministro y de servicios, las Directivas 92/50/CEE y 93/37/CEE). La JCCA se hizo eco de esas normas en informes como los 18/96, de 5 de junio, ó 62/96, de 18 de diciembre, expresando que en el concurso no podían rechazarse automáticamente las proposiciones desproporcionadas o temerarias sin comprobar o verificar su posible cumplimiento, sin que resultara de aplicación el criterio establecido para la subasta. De este modo, el art. 86.3 TRLCAP rezó de este modo: *en los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.*

Si el precio es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, se deberá expresar en el pliego de cláusulas administrativas

Pues bien, para el primer caso, el apartado 1 del artículo 136 establece que *"cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado"*. Debemos destacar que este precepto habla ahora de que ese carácter desproporcionado o anormal *podrá* apreciarse, es decir, parece haber ahora una opción para esa apreciación. Suponemos que se trata de un desliz en la redacción, porque lo contrario supondría romper con el sistema que rige desde hace décadas en la subasta⁴¹² y para ese cambio también suponemos que se habría enfatizado más la redacción. Siendo así, presumiendo razonablemente que no se ha querido introducir ningún cambio de orientación en ese sistema, lo que si resulta criticable es la utilización de la expresión *podrá*, que sugiere carácter potestativo, razón por la cual su uso siempre debe ser muy cuidado a la hora de redactar documentos jurídicos. En cuanto a los parámetros establecidos reglamentariamente, debemos estar a lo que establece el artículo 85 RGLCAP⁴¹³, que no ha sido afectado por el desarrollo parcial⁴¹⁴ del

particulares los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede cumplirse como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.

⁴¹² También vimos en el Capítulo anterior que la apreciación de la desproporción en la subasta siempre se ha efectuado según una fórmula establecida por el Reglamento de desarrollo de la Ley, y no según cualquiera que pudiera establecer el propio órgano de contratación como veremos que ocurre en el concurso

⁴¹³ Recordemos también lo visto en el anterior Capítulo en el sentido de que este artículo no está exento de complejidad, pues su redacción trató de impedir la manipulación de las subastas que conseguían algunos grupos de empresas poniéndose de acuerdo para ofertar determinados porcentajes de baja. El artículo 85 RGLCAP establece cuatro reglas fundamentales para las que es preciso tener en cuenta el número de licitadores presentados. De ese modo, se considerarán, en principio, (anormales) desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

1. *Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
2. *Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales.*
3. *Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de*

Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (*por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*)⁴¹⁵.

Para el segundo caso (cuando utilicemos más de un criterio de valoración), el apartado 2 de este artículo 136 establece que *“podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”*⁴¹⁶. El primer aspecto que

cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

4. *Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.*

De forma parecida a lo que previó anteriormente el RD 390/1996, de 1 de marzo, excepcionalmente y en atención al objeto del contrato y a las circunstancias del mercado, puede el órgano de contratación reducir en un tercio los porcentajes referidos. Esta reducción debe establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 85.5 RGLCAP). Además, la Mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada para la valoración de las ofertas como desproporcionadas (art. 85.6 RGLCAP).

⁴¹⁴ Parece que se repite la misma historia de la LCAP: ésta se aprobó en 1995 y en 1996 se aprobó un Reglamento parcial (RD 390/1996), no llegando el integral hasta 2001. Ahora parece que el proceso es el mismo, a pesar de lo necesario que es contar con un Reglamento actualizado y ajustado a las previsiones de la LCSP. En este sentido, MORENO MOLINA, J.A.: “Consideraciones críticas sobre el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público”. Contratación Administrativa Práctica, núm. 88, julio de 2009. Pág. 35.

⁴¹⁵ B.O.E. núm. 118, de 15 de mayo de 2009. Nos referiremos a él abreviadamente como RpLCSP (Reglamento parcial de la Ley de Contratos del Sector Público).

⁴¹⁶ El Grupo parlamentario Popular propuso tanto en el Congreso como en el Senado sendas enmiendas (núms. 84 y 18, respectivamente) para añadir un segundo párrafo a este art. 136.2, para acotar más lo que se considere anormal o desproporcionado en estos casos: *En cualquier caso será considerada baja desproporcionada aquellas cuya baja sea superior a cinco puntos porcentuales a la baja media de referencia o alternativamente las bajas que superen la baja media de referencia más la*

debemos tener en cuenta es que la anormalidad o desproporción puede predicarse de cualquier criterio, no solo del precio, aunque bien es verdad que tradicionalmente venimos acostumbrados a que únicamente analicemos esa posibilidad en este último, y que resulta complicado establecer un método objetivo para determinar cuándo alguno de los restantes criterios revela anormalidad o desproporción.

Desde la reforma de 1999 es posible, por lo tanto, considerar que una proposición incurre en anormalidad o desproporción en el concurso (y ahora en los procedimientos con más de un criterio de valoración), pero sólo si esa posibilidad está prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares⁴¹⁷ y también lo está la fórmula o método para determinar tal circunstancia⁴¹⁸. Con la redacción actual, lo que tampoco queda absolutamente claro es cómo se apreciará la circunstancia en el caso del precio porque el precepto dice que los límites que permitan apreciarla *“podrán indicarse en el pliego”*. Creemos que habría sido mejor que el establecimiento de ese límite en el pliego fuera obligatorio. Porque en caso contrario, ¿con qué fórmula se determina?, ¿con la prevista en el RGLCAP para el caso de

desviación estándar. En este sentido, para el cálculo de la baja media de referencia se consideran todas las ofertas presentadas y se eliminarán aquellas que ofrecen en más o en menos un 10 % con respecto a la media aritmética de todas las ofertas presentadas.

⁴¹⁷ La JCCA reiteró este criterio estando ya vigente la LCSP, en su informe 58/07, de 31 de marzo de 2009, en el que concluyó que *para que pueda ser ponderada si una proposición no puede ser cumplida por considerar que se trata de una oferta anormalmente baja, tanto durante la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, bajo la forma de adjudicación de concurso, como de la Ley de Contratos del Sector Público cuando se apliquen diversos criterios de valoración de las ofertas, es requisito que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se hayan especificado los criterios objetivos que permitirán su apreciación.*

⁴¹⁸ En este sentido, los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares para los contratos de obras ajustados al Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, aprobados por Acuerdo de la JCCA de 15 de diciembre de 2008. Estos pliegos modelo sugieren como método para la consideración de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados cuando la adjudicación deba hacerse teniendo en cuenta más de un criterio de adjudicación, el que *el precio ofertado sea inferior en más de un 10 % a la media del total de los ofertados*. El propio modelo recuerda que se podía establecer cualquier otro criterio de estimación del valor anormal o desproporcionado y que con independencia del precio pueden tenerse en cuenta otros criterios objetivos para determinar el carácter de anormal o desproporcionado de la oferta.

un solo criterio de valoración? Verdaderamente ni la LCSP ni el RGLCAP determinan esa aplicación subsidiaria (todo lo contrario, el art. 90 RGLCAP excluye la aplicación al concurso del art. 85).

Y también debemos remitirnos a lo dicho en el Capítulo anterior sobre la imposibilidad de rechazar directa o automáticamente las ofertas que se presuman anormales o desproporcionadas sin oír previamente al licitador, y que ahora acentúa incluso la LCSP⁴¹⁹ (ya vimos el origen comunitario de esa prohibición). Recordemos que se trata de una presunción inicial, *iuris tantum*, que puede ser destruido por el licitador si convence al órgano de contratación de la viabilidad de su oferta.

Para que no se produzca un rechazo automático y el licitador tenga la ocasión de convencer al órgano de contratación, la Ley arbitra un procedimiento en el que la clave es la concesión al empresario de audiencia para que justifique documentalmente los valores de su oferta. Se trata de un procedimiento incidental obligatorio para el órgano de contratación siempre que conforme a las fórmulas que se hayan establecido (ya sea en el RGLCAP o en el pliego, según los casos) se presuma que alguna oferta es anormal o desproporcionada. Las líneas maestras de ese incidente no han cambiado en la LCSP⁴²⁰, cuyo artículo 136.3⁴²¹ establece que *cuando “se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las*

⁴¹⁹ MORENO MOLINA, J.A.: “La valoración de ofertas en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 65, junio de 2007. Pág. 76.

⁴²⁰ Nos referimos como líneas maestras a la concesión de audiencia al licitador, al asesoramiento técnico que debe recabar el órgano de contratación a la vista de lo alegado por el empresario, y por supuesto, a la decisión última que corresponde al órgano de contratación y que es discrecional tras disponer de toda esa información.

⁴²¹ Recordemos que no tiene carácter básico el segundo párrafo de este apartado, según la Disposición Final Séptima LCSP.

soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado". Una de las novedades en esta cuestión es el hecho de que la propia Ley apunte algunas posibles justificaciones del valor de la oferta, lo que tiene también origen en la Directiva 18/2004. Particularmente detalla el artículo 136.3 la circunstancia de que la oferta sea anormalmente baja debido a que el licitador haya obtenido una ayuda de Estado⁴²², en cuyo caso *"sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada"*.

Tampoco hay novedad en la LCSP en cuanto a la resolución de este incidente: la decisión última corresponde (como no podía ser de otro modo) al órgano de contratación⁴²³, que decidirá a la vista de toda la información generada en esos trámites (alegaciones del licitador e informe técnico de los servicios de la Administración contratante). Esa decisión es, además, discrecional aunque deba

⁴²² Coincidimos con LLINARES CERVERA en que debemos interpretar aquí Estado en sentido amplio (equivalente a ayuda pública). LLINARES CERVERA, P.: "Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la luz del derecho comunitario". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 82, enero de 2009. Pág. 57.

⁴²³ El art. 136.4 reza así: *Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, acordará la adjudicación provisional a favor de la siguiente proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior, que se estime puede ser cumplida a satisfacción de la Administración y que no sea considerada anormal o desproporcionada.*

motivarse (art. 54.f) LPAC), y a nuestro juicio puede que este sea el único momento en que el órgano de contratación tiene margen de discrecionalidad cuando el procedimiento se basa en un único criterio de valoración⁴²⁴.

En el caso de que la adjudicación recaiga sobre una oferta anormalmente baja o desproporcionada, la LCSP ya no exige al adjudicatario ninguna garantía especial como hacía el TRLCAP⁴²⁵, resultando exigible sólo la garantía definitiva ordinaria que corresponda según establece el artículo 83 LCSP.

Ya vimos cómo en el régimen del TRLCAP una de las preocupaciones del legislador fue acabar la manipulación que los grupos de empresas lograban en algunas licitaciones. La LCSP contiene estas previsiones en su artículo 129.4⁴²⁶. En primer lugar con relación a los contratos de concesión de obra pública, para los que prevé que la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas (aunque si la vinculación sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas). En el resto de los contratos, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados. Al igual que en el régimen

⁴²⁴ Así lo dijimos refiriéndonos a la subasta. Ver CARBONERO GALLARDO, J.M.: *Procedimientos y formas de adjudicación...* Op. Cit., pág. 54.

⁴²⁵ Recordemos que el artículo 83.5 TRLCAP exigía en estos casos una garantía del 20 % del importe de adjudicación, y que originariamente la LCAP la había exigido del 100 %.

⁴²⁶ El Grupo Popular en el Congreso de los Diputados y Senado, y el Grupo Catalán de Convergencia i Unió en el Senado presentaron idénticas enmiendas (núms. 255, 17 y 81, respectivamente) al art. 129.4 en el sentido de mantener la misma regulación que contenía el TRLCAP sobre esta cuestión por entender que aquel sistema funcionaba correctamente.

anterior, se consideran vinculadas las empresas que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42 del Código de Comercio.

4.2.4.1.4.- Criterios de evaluación automática y criterios dependientes de un juicio de valor.

Ya hemos anticipado que el artículo 134.2 LCSP distingue dos tipos de criterios: los que son valorados de forma automática, mediante la aplicación de fórmulas, y aquellos otros cuya valoración implica un juicio de valor⁴²⁷. Esa distinción tiene una enorme importancia, sobre todo porque traza la línea divisoria entre lo reglado y lo discrecional en la adjudicación cuando se trata de procedimientos con más de un criterio.

Pero esa distinción de dos tipos de criterios tiene también un reflejo procedimental, y que también tiene importancia en la búsqueda de la objetividad, y es que el propio artículo 134.2 en su último párrafo, ordena que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realice tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia⁴²⁸, dejándose constancia documental de ello. Esta secuencia era seguida desde hace tiempo por algunos órganos de contratación, pero ahora la LCSP nos dice que es obligatorio hacer la valoración por ese orden. La razón es obvia: si valorásemos primero los criterios que dependen de fórmulas y conocemos ese resultado, cabría la tentación de forzar la valoración

⁴²⁷ Que su valoración dependa de un juicio de valor no les quita su condición de criterios objetivos, referidos al objeto del contrato. No pueden ser en modo alguno criterios subjetivos como los califica despidadamente el art. 174.1.a) LCSP.

⁴²⁸ En todo caso, deberá hacerse de forma que se asegure el secreto de la oferta económica hasta el momento en que proceda su apertura (Informe JCCA 62/08, de 2 de diciembre). Aunque la consulta sometida a la JCCA se refería a contratos sometidos a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, consideramos que el razonamiento es perfectamente aplicable a los contratos de la LCSP. En el caso concreto dictaminado, la JCCA concluyó que *el incumplimiento de las normas del pliego cuando éste exija la presentación de las documentaciones técnica y económica en sobres separados, con objeto de permitir la apertura sucesiva de ambas, determinará la inadmisión de los licitadores que hubieran incurrido el mismo.*

de los criterios que dependen de un juicio de valor para conseguir un resultado concreto en la adjudicación del contrato.

La preferencia de la LCSP por los criterios que podemos denominar objetivos no se ha definido como una obligación absoluta (a pesar de que la redacción de esa primera frase del párrafo así lo expresa); ese mandato de dar preponderancia a los criterios objetivos queda inmediatamente suavizada por el mismo párrafo, que lo que hace es tratar de aportar objetividad en los casos en que el pliego no refleje esa preponderancia. Para ello, dispone que *"cuando en una licitación que se siga por 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 que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos"*.

Posiblemente esta última cuestión haya sido de las que más polémicas y dudas haya suscitado entre los aplicadores de la LCSP, al menos en lo que a procedimientos de adjudicación se refiere. Desde luego, la primera medida precautoria adoptada por la mayoría de los órganos de contratación fue la de cuidar que en ningún pliego los criterios cuya valoración dependen de un juicio de valor recibieran más del 49 ó 50 % de ponderación. Establecidos de este modo, quedaban a salvo de la constitución de un comité de expertos o del organismo técnico especializado.

Como muestra de la importancia de esta cuestión, la forma de articular la valoración de los criterios que implican un juicio de valor

ha merecido un Capítulo específico⁴²⁹ en el R.D. 817/2009, de 8 de mayo. Los artículos correspondientes detallan la forma de proceder respecto de los criterios que dependen de un juicio de valor con carácter general (cuando el órgano encargado de valorar es la Mesa de contratación o incluso el propio órgano de contratación) y también en los casos en que la valoración corresponde a un comité de expertos u organismo especializado porque la ponderación de dichos criterios sea superior a la de los criterios cuya valoración se realiza de forma automática (art. 25).

Pues bien, como primera exigencia formal (nada novedosa ni problemática en la práctica), la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos (art. 26).

El RplCSP detalla también (art. 27) que la apertura de los sobres con la documentación relativa a criterios ponderables en función de juicios de valor (y solo ésta por ahora, como corrobora el art. 27.2) se llevará a cabo en un acto público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa (la del art. 130.1 LCSP). Para que los plazos no vayan aumentando cada vez más, el propio artículo 27 exige que siempre que sea precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación administrativa la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior a esos siete días al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él (plazo de subsanación que no podrá ser superior a tres días hábiles, por ordenarlo así el art. 81.2 RGLCAP).

⁴²⁹ Capítulo IV, "Aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor", comprensivo de los artículos 25 a 30, ambos inclusive.

Este Capítulo IV del RD 817/2009 dedica tres de sus seis artículos a regular el comité de expertos al que ya nos hemos referido. No podía ser de otra forma, pues como también hemos comentado, se trata de una de las novedades de la LCSP que más dudas suscitó tras su publicación. Respecto a la composición del comité, el artículo 28 exige que sus miembros sean tres, como mínimo, y que cuenten con la cualificación profesional adecuada en razón de la materia sobre la que verse la valoración. Además, y siempre que sea posible, los miembros del comité habrán de ser personal al servicio del departamento ministerial u organismo contratante, no pudiendo en ningún caso estar integrados en el órgano que proponga la celebración del contrato. En el caso del comité de expertos, el pliego de cláusulas administrativas particulares ha de contener o bien su designación concreta, o el procedimiento para determinarlos; no así en el caso de que se opte por que la valoración de esos criterios se encargue a un organismo técnico especializado, en cuyo caso debe figurar la designación concreta en el pliego y también el perfil de contratante. En este último, en el perfil de contratante, debe publicarse en cualquier caso la designación concreta antes de la apertura de los sobres correspondientes a estos criterios dependientes de juicio de valor (art. 29 RplCSP). Se trata, como es evidente, de dar transparencia a la valoración de estos criterios, que de por sí incorporan un grado de subjetividad nada deseable en los procedimientos públicos de concurrencia. Con esa misma finalidad, los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben identificar los criterios que han de someterse a valoración por el comité de expertos o por el organismo especializado, y el plazo en que éstos deberán efectuar la valoración y los límites máximo y mínimo en que ésta deberá ser cuantificada (art. 30.1 RplCSP).

La comunicación a los interesados de la valoración asignada a estos criterios tendrá lugar como regla general en el acto de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que

en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública (el art. 134.2 *in fine* LCSP había remitido la determinación de esta cuestión al desarrollo reglamentario, tarea que ha cumplido ahora el art. 30.3 RpLCSP).

4.2.4.1.5.- Criterios sociales y ambientales.

Nos resulta obligado dedicar una atención individualizada a la posibilidad de establecer criterios de valoración sociales o ambientales en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Dicha posibilidad tiene una enorme trascendencia o relevancia porque es una de las varias muestras de un giro en la consideración del sentido mismo de la contratación pública, apuntado desde la propia Exposición de Motivos de la LCSP⁴³⁰. No es esta una idea nueva en este trabajo porque ya habíamos adelantado que desde hace algunos años se ha venido promoviendo la utilización de la contratación pública como instrumento para la promoción o consecución de objetivos de interés general, de políticas públicas. Esto fue negado durante mucho tiempo sobre la base de que la adjudicación de los contratos debe tener lugar de forma objetiva y basándose exclusivamente en las mejores condiciones de la oferta de cara a la ejecución del contrato.

Sin embargo, en los últimos tiempos se ha abierto paso y consolidado otra idea diferente⁴³¹: la contratación pública no es un fin

⁴³⁰ Su Exposición de Motivos expresa que *...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...*

⁴³¹ Esta evolución ha sido muy bien descrita por FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del

en sí misma⁴³² sino que puede y debe ser un instrumento más en manos de los poderes públicos para lograr objetivos ambientales o sociales. Es abundante la doctrina⁴³³ que ha defendido esta concepción, y es esta la línea marcada también por el derecho comunitario⁴³⁴, a pesar de que éste último no ha incluido en sus Directivas sobre contratación pública ninguna referencia a la protección del medio ambiente hasta 2004 aunque el contexto jurídico de la Unión ya estaba muy avanzado en esta materia⁴³⁵. Se

sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, noviembre de 2008. Págs. 41 y ss.

⁴³² En este sentido, por ejemplo, GIMENO FELIU, J.M^º: "La adjudicación de los contratos: la oferta económicamente más ventajosa", dentro de *El derecho de los contratos del Sector Público*. Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Zaragoza, 2008, pág. 171. También el propio autor en "La adjudicación de contratos en la LCSP y los mecanismos de control (el recurso especial)", dentro de *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*. Op. Cit., págs. 220 y ss.

⁴³³ Entre los primeros trabajos sobre la cuestión, nos parece especialmente interesante GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: "¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?". *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003. Págs. 27-67. También interesante para conocer la imbricación que han ido trabando medio ambiente y contratación pública en el derecho comunitario, GIL IBÁÑEZ, J.L.: "El impulso comunitario al medio ambiente a través de la contratación pública (I y II)". *Contratación Administrativa Práctica*, núms. 67 y 68. Págs. 35-48 y 37-47, respectivamente.

⁴³⁴ Que también ha ido amparando cada vez más las políticas de índole social, suavizando así el calificativo de la *Europa de los mercaderes* con que tantas veces se le ha querido reprochar la falta de iniciativas destinadas al bienestar de los ciudadanos. Un momento clave desde el punto de vista europeo fue la Cumbre de Lisboa del Consejo Europeo (marzo de 2000), en la que se proclamó el objetivo de convertir a la Unión Europea en la *economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y mayor cohesión social para el año 2010*. A partir de ese momento podríamos citar numerosos hitos del camino recorrido: la Comunicación de la Comisión de 24 de enero de 2001, "Medioambiente 2010: el futuro está en nuestras manos", o las Estrategias de la Unión Europea para un Desarrollo Sostenible (COM (2001) 264. de 15 de mayo de 2001), ésta última renovada en Gotemburgo en 2006. Concretamente, en ésta última ocasión se definió como objetivo la aspiración de *alcanzar para el 2010 en toda la Unión Europea un nivel medio de contratación pública ecológica igual al que han alcanzado hasta ahora los Estados miembros más sobresalientes y reforzando el intercambio de buenas prácticas entre las administraciones europeas*. Puede citarse también la edición por parte de la Comisión Europea de un Manual sobre compras ecológicas (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf).

⁴³⁵ MORENO MOLINA, J.A.: *La nueva Ley de Contratos...* Op. Cit., pág. 517. Baste recordar los planteamientos sobre la cuestión que ofreció el *Libro Verde La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*. Comisión Europea, 27 de noviembre de 1996. Págs. 43-46.

trata, como ha escrito VARA ARRIBAS⁴³⁶, de la "búsqueda de una contratación pública sostenible, donde los criterios económicos, sociales y medioambientales aparecen combinados". Y la LCSP se ha posicionado también en consonancia y contiene varias posibilidades de incidencia positiva en los objetivos sociales y ambientales⁴³⁷. En el caso de las políticas sociales, la LCSP (artículo 134) va incluso más allá que la Directiva 2004/18, pues ésta no incluye en su artículo 53.1 como posibles criterios de adjudicación los de carácter social. Las principales son las condiciones especiales de ejecución (artículo 102)⁴³⁸, los criterios objetivos de valoración, la preferencia para la adjudicación de favor de determinadas empresas (Disposición adicional sexta) y los contratos reservados (Disposición adicional séptima)⁴³⁹.

Debemos centrarnos en los criterios objetivos de valoración como instrumentos para las políticas ambientales y sociales. En sendos documentos claves sobre la materia⁴⁴⁰, la Comisión Europea había afirmado hace años que para determinar la oferta económicamente más ventajosa se pueden utilizar criterios que integren aspectos sociales o ambientales, cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio

⁴³⁶ VARA ARRIBAS, G.: "Novedades en el Debate Europeo sobre la Contratación Pública". *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 26, abril-junio de 2008. Pág. 128.

⁴³⁷ Un interesante análisis de esas varias posibilidades puede encontrarse en BERNAL BLAY, M.A.: "Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", dentro de *El Derecho de los Contratos del Sector Público*. Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Zaragoza, 2008. Págs. 211 y ss.

⁴³⁸ Lamentamos que no es este el lugar apropiado para analizarlas con detalle, pero las condiciones especiales de ejecución son una de las novedades más interesantes que a nuestro juicio contiene la LCSP, y que bien utilizadas pueden dar muchísimo juego a las Administraciones Públicas para lograr objetivos de índole social o ambiental.

⁴³⁹ Estas dos últimas serán analizadas expresamente en el presente Capítulo.

⁴⁴⁰ *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 15.10.2001. Pág. 14. Y *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública*. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 4.7.2001. Pág. 15.

objeto del contrato. Pues bien, la propia letra del artículo 134.1 admite que los pliegos de cláusulas administrativas particulares establezcan criterios tales como las *“características medioambientales o⁴⁴¹ vinculadas con las 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”*. Y se admiten criterios *tales como*; es decir, que no tienen por qué ser exactamente éstos y cabe admitir por lo tanto otros de similar corte social o ambiental.

Eso sí, como premisa previa, no podemos perder de vista que los criterios han de estar directamente vinculados al objeto del contrato⁴⁴² y no a las cualidades del contratista, porque entonces estarían operando en una fase previa a la de adjudicación del contrato, que ya ha sido apreciada mediante la acreditación de la solvencia⁴⁴³. Y eso impide que podamos establecer criterios sociales o ambientales genéricamente, para todos los contratos a licitar, si no puede justificarse su relación directa con el objeto contractual. Siendo esto así, cabe, por ejemplo, la incorporación de la igualdad de género a los criterios de adjudicación, siempre que éstos respeten las tres pautas que ofrece la Directiva 18/2004 y que con relación a esta cuestión ha recordado MEDINA ARNÁIZ⁴⁴⁴: a) que estén vinculados la

⁴⁴¹ El Consejo Económico y Social, en su Dictamen 4/2006, sobre el Anteproyecto de LCSP, propuso el cambio de esa conjunción “o” por “y”, para que no cupiera duda de que se trata de supuestos que pueden ser acumulativos y no sólo alternativos.

⁴⁴² Esto fue advertido tempranamente por el TJCE en sentencias como la de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland (Asunto C-513/99, rec. p. I-7213) o la de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom (Asunto C-448/01, rec. p. I-14527).

⁴⁴³ GIMENO FELIU, J.M^a: “La adjudicación de los contratos...”. Op. Cit., págs. 174 y 176.

⁴⁴⁴ MEDINA ARNÁIZ, T.: “El papel de la Ley de Contratos del Sector Público en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género”. Contratación Administrativa Práctica, núm. 85, abril de 2009. Pág. 47. La profesora MEDINA señala también cómo inicialmente no podían incluirse como criterios aquellos que fueran de interés general para el órgano de contratación, y cómo *éstas críticas se han ido silenciando a medida que el TJCE reconocía que era lícito englobar un criterio de interés general entre los criterios de adjudicación de un contrato*. Suelen citarse en este sentido, como lo hace ella misma, las Conclusiones del Abogado General Mischo (13 de diciembre de 2001) en el asunto Concordia Bus

objeto del contrato; b) que no otorguen a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada; y c) que estén expresamente publicitados.

Tengamos, pues, muy presentes las posibilidades que ofrece esta nueva orientación del derecho comunitario de la contratación pública, positivado en España por la LCSP, y que configura la contratación no como una operación exclusivamente económica sino cargada también de responsabilidad social y ambiental.

4.2.4.1.6.- Incumplimiento de los criterios en la ejecución del contrato: penalidades y resolución.

Hemos reservado aunque sea un pequeño epígrafe a la previsión que incorpora el artículo 134.6 LCSP. Concretamente, este apartado establece que *“los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 206.h)”*⁴⁴⁵. Pues bien, a nosotros nos parece muy acertado que la propia Ley nos recuerde esta posibilidad. Y es que se trata, efectivamente, de un recordatorio porque esta posibilidad siempre la hemos tenido a nuestro alcance; según la mecánica de la resolución

Finland (C513/99. rec. p. I-7213), en las que entre otras consideraciones expresó que *la idea según la cual los criterios de interés general pueden figurar entre los criterios de adjudicación de un contrato público responde a una cierta lógica, a una lógica segura, incluso...dado que las autoridades públicas esencialmente deben atender al interés general, éste debe poder inspirarlas también cuando celebran un contrato público*. Acerca de la relación entre la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la LCSP, ZAMBONINO PULITO, M^a: “La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la contratación de las Administraciones Públicas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”. *Revista de Administración Pública*, núm. 175, Madrid, enero-abril de 2008. Págs. 463-487.

⁴⁴⁵ Efectos que no son otros que la consideración como causa de resolución del contrato.

de contratos administrativos, bastaba con tipificar esta circunstancia como causa específica de resolución, para que pudiéramos invocarla y aplicarla. Sin embargo, este es otro buen ejemplo de arma que no utilizamos debido a la premura con la que normalmente nos vemos obligados a elaborar los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Por eso, no está mal que la propia Ley nos recuerde e insista en el uso de esta medida⁴⁴⁶. Su importancia lo es también en cuanto al fondo de la cuestión, porque la práctica demuestra cómo a veces en la adjudicación de contratos resulta determinante algún aspecto de la proposición muy atractivo y que obtiene una elevada puntuación en ciertos criterios, sin que ese aspecto llegue después a ser cumplido por el contratista. En esos casos, la burla a la Administración y a los demás licitadores es flagrante y grave.

En cambio, no nos merece la misma valoración positiva que este apartado sexto del artículo 134 admita que estas penalidades se establezcan en el pliego o en el contrato⁴⁴⁷. A nuestro juicio, el lugar

⁴⁴⁶ Sirva también como ejemplo el modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares que la JCCA aprobó (mediante Acuerdo de 15 de diciembre de 2008) para los contratos acogidos al Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre. En esos pliegos se establecen (además de penalidades por el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, por cumplimiento defectuoso y por demora) las siguientes penalidades por incumplir criterios de adjudicación:

- *Si durante la ejecución del contrato o al tiempo de su recepción, se aprecia que, por causas imputables al contratista, se ha incumplido alguno o algunos de los compromisos asumidos en su oferta, en especial los relativos al volumen de mano de obra a utilizar en la ejecución del contrato.*
- *Para considerar que el incumplimiento afecta a un criterio de adjudicación será preciso que al descontarse un 25 por 100 de la puntuación obtenida por el contratista en el criterio de adjudicación incumplido, resultara que su oferta no habría sido la mejor valorada.*
- *Como regla general, su cuantía será un 1 % del presupuesto del contrato, salvo que, motivadamente, el órgano de contratación estime que el incumplimiento es grave o muy grave, en cuyo caso podrán alcanzar hasta un 5 % o hasta el máximo legal del 10 %, respectivamente. La reiteración en el incumplimiento podrá tenerse en cuenta para valorar la gravedad.*

⁴⁴⁷ Esta es otra característica formal de la LCSP que a nuestro juicio es muy deficiente: en diversas ocasiones ofrece la posibilidad de que determinada circunstancia sea presentada en el pliego o en el contrato, cuando hacerlo en un lugar u otro cambia radicalmente las cosas. Otro claro ejemplo de lo que comentamos podemos encontrarlo en las condiciones especiales de ejecución: el artículo 102.1 nos dice que podrán ser establecidas por los órganos de contratación en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Pues bien, hay una gran diferencia entre hacerlo en un lugar o en otro; porque aunque inicialmente hayamos de anunciar las condiciones especiales en el anuncio, todos sabemos que el anuncio

correcto es el pliego de cláusulas administrativas particulares. Es en este momento preliminar cuando al empresario debe quedarle muy claro que su proposición debe ser cuidadosamente estudiada y formulada con mucha seriedad, porque de ser adjudicatario se le va a exigir el cumplimiento estricto de lo ofertado. Por eso, establecer estas penalidades en el pliego surtirá mejor efecto que hacerlo solo en el contrato.

4.2.4.1.7.- La valoración de los criterios.

No queremos extendernos en esta cuestión porque la consideramos suficientemente tratada en el Capítulo anterior, sin que la LCSP haya introducido novedades en ella. Como ya dijimos, la Ley no obliga a que el pliego detalle cuál va a ser el método de valoración de las proposiciones a la hora de aplicar los criterios. Como ha indicado GALLEGO CÓRCOLES, no existe con carácter general una obligación de que en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación se establezcan las reglas de ponderación de los criterios de valoración, limitándose la normativa a exigir que se indiquen en

es un documento muy esquemático, prácticamente telegráfico. Luego la definición detallada de la condición especial de ejecución habrá de estar en el pliego o en el contrato. Ahora bien, tratándose de una circunstancia importante, que condiciona la ejecución y puede ocasionar importantes gastos al contratista, la condición especial debería estar muy claramente expuesta en el pliego para que desde el primer momento pueda ser tenida en cuenta y valorada por los licitadores. Bien distinto es que el órgano de contratación opte por detallar la condición especial en el contrato, cuando al contratista ya no le queda más que acatarla sin posibilidad de modificar su proposición. No olvidemos que la Administración no debe sorprender o guardarse cartas para mostrarlas al contratista cuando éste no tiene ya posibilidades de jugar las suyas.

No nos cansaremos de insistir en la importancia que tiene el que cada trámite, documento o actuación esté ubicada correctamente dentro del procedimiento administrativo y del expediente. No es algo irrelevante, sobre todo por la importancia que tienen algunos trámites para la justificación del procedimiento a seguir y que puede irse al traste por un error que puede ser incluso sólo formal y no de fondo. Nos lo recordó, por ejemplo, la STS 10 de diciembre de 2004 (recurso núm. 1463/2000), al decir que *la declaración de urgencia que justifica la contratación directa se ha de acreditar en el expediente, sin que sea suficiente que se aluda a ella en la correspondiente convocatoria del concurso.*

bandas o valores la ponderación de cada uno de estos criterios ⁴⁴⁸. No obstante, en aras de la seguridad jurídica y la transparencia, sí es muy conveniente que esta explicación se ofrezca en los informes técnicos de valoración y quede reflejo de ello al menos en las actas de la Mesa de contratación. La no obligatoriedad de que el pliego detalle esos métodos de valoración no es una circunstancia nueva en la LCSP. Tampoco lo era en el sistema de la LCAP y así lo constató la JCCA en su informe 28/95, de 24 de octubre: (la LCAP) *"si bien exige que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se indiquen los criterios de adjudicación por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, tal obligación no se extiende a los métodos de valoración..."* Y en este mismo sentido reproducimos en el Capítulo anterior algunas palabras de la STS 5 de marzo de 2002 (RJ 2002\2565). Además, hemos comentado en este Capítulo la interesante sentencia del Tribunal Administrativo de Navarra (resolución núm. 2103, de 27 de junio de 2006) en la que queda patente cómo la aplicación de unos u otros métodos de valoración a partir de una única descripción del criterio puede dar lugar a resultados bien diferentes, no siempre compatibles con la justicia.

4.2.4.1.8.- Adjudicación provisional del contrato. El perfil de contratante.

Debemos ahora detenernos en el artículo 135 LCSP, que incorpora otra de sus grandes novedades, la recuperación del sistema de doble adjudicación, provisional y definitiva.

Se trata de otro larguísimo precepto, en el que no todo su contenido tiene el mismo interés. Para empezar, su primer apartado presenta diversas obligaciones, de las cuales algunas son reiterativas y otras superfluas. Establece el artículo 135.1 que *"el órgano de*

⁴⁴⁸ GALLEGO CÓRCOLES, I.: "Criterios de adjudicación del contrato público y principio de transparencia en la jurisprudencia del TJCE". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 87, junio de 2009. Pág. 66.

contratación clasificará las proposiciones presentadas, por orden decreciente, atendiendo a los criterios a que hace referencia el artículo anterior, a cuyo efecto, cuando deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios de adjudicación, podrá solicitar cuantos informes técnicos estime pertinentes, y adjudicará provisionalmente el contrato al licitador que haya presentado la que resulte económicamente más ventajosa. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo". En una norma tan extensa, incorporar obligaciones como la de clasificar las proposiciones por orden decreciente parece innecesario. Además de porque parece tarea más bien de un reglamento, probablemente ni este debería pararse a establecer esa obligación: la ordenación de las proposiciones por orden decreciente no tiene más sentido que el de facilitar la comprobación de un vistazo de la prelación de cara a dictar la primera adjudicación, y en su caso, las siguientes a que hubiera lugar si se da el supuesto descrito por el propio artículo 135 en su apartado 5⁴⁴⁹.

La posibilidad que tiene el órgano de contratación de solicitar informes técnicos antes de adjudicar provisionalmente el contrato no

⁴⁴⁹ Este precepto, el art. 135.5 equivale al anterior art. 84 TRLCAP, y ahora se enuncia de este modo: *Cuando no proceda la adjudicación definitiva del contrato al licitador que hubiese resultado adjudicatario provisional por no cumplir éste las condiciones necesarias para ello, antes de proceder a una nueva convocatoria la Administración podrá efectuar una nueva adjudicación provisional al licitador o licitadores siguientes a aquél, por el orden en que hayan quedado clasificadas sus ofertas, siempre que ello fuese posible y que el nuevo adjudicatario haya prestado su conformidad, en cuyo caso se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para cumplimentar lo señalado en el segundo párrafo del apartado anterior.*

Este mismo procedimiento podrá seguirse en el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando se trate de continuar la ejecución de un contrato ya iniciado y que haya sido declarado resuelto.

No obstante, RAZQUÍN LIZÁRRAGA ha destacado dos importantes diferencias entre estos dos preceptos (135.5 LCSP y 84 TRLCAP): en primer lugar, ahora no se produce una nueva adjudicación (pues sólo habría tenido lugar la provisional), sino solo se adjudica al siguiente en la lista; y en segundo lugar, también se permite la sustitución del adjudicatario cuando el contrato ya iniciado sea resuelto, pero sólo para los contratos no sujetos a regulación armonizada. RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.º: "La contratación de las administraciones públicas y de los demás entes del sector público. Novedades. Procedimientos de adjudicación". *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 80-2008. Pág. 186.

es ninguna novedad; es la misma facultad que tradicionalmente ha tenido cuando la forma de adjudicación era un concurso⁴⁵⁰ y que en el TRLCAP aparecía prevista en su artículo 89.1.

Reiterativa porque ya se había dicho claramente en el artículo 134.1 es la afirmación de que cuando el único criterio a considerar sea el precio, la oferta económicamente más ventajosa es la de precio más bajo.

Más oportuna nos resulta, sin embargo, la afirmación del segundo párrafo de este artículo 135.1 LCSP. Según él, *“el órgano de contratación no podrá declarar desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego”*. Nos parece de interés que la Ley diga esto con más claridad, pues va en la línea que en los últimos años ha ido marcando el Tribunal Supremo y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Ya expusimos con detalle en el Capítulo anterior cuál es esta línea que veda la declaración de desierto de concursos sin apenas fundamentos, o con fundamentos extraños a los criterios. El TRLCAP parecía referirse a ello, pero en todo caso lo hacía con mucha timidez, cuando su artículo 88.2 nos decía que el la Administración tenía alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa o declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación que figuren en el pliego. Ahora parece más claramente reflejado (aunque aún podría haberlo sido más) en el artículo 135.1 al prohibir que se declare desierta una licitación si alguna oferta o proposición resulta admisible según los criterios establecidos en el pliego. Dicho de ese modo, no estamos seguros de que signifique lo mismo, pero nosotros reiteramos nuestra opinión de que sólo debe admitirse la declaración de desierto de una licitación si

⁴⁵⁰ Hemos analizado con más detalle los informes de valoración en el Capítulo anterior.

ninguno de los participantes cumple mínimamente con los criterios de valoración establecidos en el pliego (para lo que puede ser muy útil precisamente establecer en el propio pliego un mínimo de puntuación por debajo de la cual el órgano de contratación se reserva la facultad de declarar desierto).

Los apartados 3 y 4 del artículo 135 LCSP son los más importantes que éste contiene. Y es que contienen prácticamente todo el régimen de la doble adjudicación, provisional y definitiva, que hemos venido anunciando. Ya vimos en el primer Capítulo cómo la utilización de una adjudicación provisional y otra definitiva no es nueva en nuestro ordenamiento; por eso hablamos de la *recuperación* del sistema, aunque lo decimos simplificando porque el sistema vigente no es exactamente igual a los que ya conoció nuestro Derecho.

El apartado 3 del artículo 135 LCSP dispone que *“la adjudicación provisional se acordará por el órgano de contratación en resolución motivada que deberá notificarse a los candidatos o licitadores y publicarse en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 137 en cuanto a la información que debe facilitarse a aquéllos aunque el plazo para su remisión será de cinco días hábiles. En los procedimientos negociados y de diálogo competitivo, la adjudicación provisional concretará y fijará los términos definitivos del contrato”*.

La adjudicación provisional no equivale a la propuesta de adjudicación. De hecho, aquélla tiene carácter de acto declarativo de derechos⁴⁵¹ (aunque el contrato se perfeccione con la adjudicación

⁴⁵¹ Eso supone que la adjudicación provisional sólo puede ser modificada mediante la revisión de oficio de los propios actos o mediante la resolución de un recurso especial en materia de contratación. MORENO MOLINA, J.A.: “Los procedimientos de

definitiva), cualidad que no tiene la propuesta de adjudicación. Cobra, por lo tanto, una especial importancia la cuestión de las posibilidades de impugnación de la adjudicación provisional. En este sentido son de gran interés los razonamientos y conclusiones del Informe 18/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. En dicho informe se analizaron diversas cuestiones, y se puso de manifiesto la incompatibilidad de los plazos de interposición de los recursos administrativos ordinarios con los plazos que la LCSP establece para la elevación a definitiva de la adjudicación. Es decir, siendo el plazo de interposición del recurso potestativo de reposición de un mes (117 LPAC; y no teniendo éste un efecto suspensivo automático del acto impugnado) y debiendo adjudicarse definitivamente el contrato en el plazo de diez días tras los quince días hábiles desde la publicación de la adjudicación provisional (135.4), la propia presentación del recurso de reposición contra ésta y, desde luego, su resolución, superan de largo la fecha de la adjudicación definitiva. La JCCA aragonesa razonó que *"contra los actos de adjudicación provisional dictados por el órgano de contratación y siempre que pongan fin a la vía administrativa, la impugnación del resultado de la valoración de los criterios de adjudicación, que resulta precisamente ser el contenido de la misma, se podrá llevar a cabo bien con la interposición potestativa del recurso de reposición y posteriormente contencioso-administrativo; o bien directamente recurso contencioso-administrativo. Lo que sucede es que con la regulación actual del procedimiento de adjudicación, la elevación a definitiva de la adjudicación provisional...se llevará a efecto con independencia de la interposición de los recursos, ya que estos no tienen efecto suspensivo inmediato"*⁴⁵².

adjudicación en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 63, abril de 2007. Pág. 52.

⁴⁵² Este Informe 18/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (Asunto: Sistema de recursos contra los actos de adjudicación en el marco de la nueva Ley de Contratos del

También hay que destacar de este precepto que la resolución de adjudicación ha de ser motivada en todo caso, con independencia del procedimiento que se haya seguido y de los criterios de valoración que se hayan utilizado. Lógicamente, será necesaria una mayor motivación cuando se utilizan varios criterios y sobre todo cuando éstos dependan de un juicio de valor. Recordemos lo que ya expusimos en el Capítulo anterior con relación a la motivación de la adjudicación de los concursos, porque aquellas consideraciones resultan plenamente vigentes.

Seguidamente reparemos en que la adjudicación provisional ha de ser puesta en conocimiento de los participantes (candidatos o licitadores, según que el procedimiento sea el diálogo competitivo u otro), para la que el precepto dispone dos vías: la notificación y la publicación en un diario oficial o en el perfil de contratante. En principio, la duplicidad de vías de información puede suscitar la duda de cuál de ellas es la que sirve de *dies a quo* para el cómputo de los plazos. No habría estado mal que la Ley lo aclarase expresamente, pero esta duda queda disipada en el párrafo siguiente, que determina el cómputo del plazo para dictar la adjudicación definitiva a partir de la publicación de la provisional en el diario oficial o en el perfil de contratante.

Sector Público), expresó tres conclusiones que merecen ser traídas aquí aunque sea de forma resumida:

En primer lugar, que en los contratos SARA la impugnación de la adjudicación provisional debe efectuarse necesariamente mediante el recurso especial del artículo 37 LCSP, y contra su resolución (y sólo tras ella) cabrá el recurso contencioso-administrativo.

En segundo lugar, que en los contratos no SARA la adjudicación provisional es susceptible de impugnación potestativamente a través del recurso administrativo de reposición o de alzada, y en todo caso, directamente a través del recurso contencioso-administrativo. Contra el acto de adjudicación definitiva confirmatorio de la provisional sólo es posible el recurso potestativo de reposición o contencioso-administrativo directamente en el caso de no haberse interpuesto recurso contra la adjudicación provisional.

Y en tercer lugar, concluyó que el recurso especial contra la adjudicación provisional del art. 37 LCSP es también aplicable a los contratos SARA celebrados por poderes adjudicadores no Administración pública, pese a su naturaleza jurídica privada.

Pero llegados a este punto, cobra especial relevancia el perfil de contratante, del que ya habíamos hablado. No obstante, hemos reservado algunos comentarios sobre el perfil de contratante para este momento, por estar íntimamente relacionados con la adjudicación del contrato. Como decíamos, el artículo 135.3 LCSP ha establecido un doble sistema de comunicación de la adjudicación provisional. Desconocemos por qué ha optado por esta fórmula, cuando la LPAC le permite optar sencillamente por la publicación⁴⁵³. Y tampoco vemos claro por qué cabe también la opción, dentro de la publicación, de utilizar el perfil de contratante o un diario oficial. Si la LCSP ha previsto el perfil de contratante como absolutamente obligatorio para todos los órganos de contratación, ¿por qué no exigir que todas las adjudicaciones provisionales se publiquen en él, sabiendo además que esta vía es mucho más rápida que la de publicar en los diarios oficiales?, ¿acaso el propio legislador no está seguro de que todos los órganos de contratación vayan a tener efectivamente su propio perfil de contratante? En aras de la agilidad (que no sale muy beneficiada precisamente con el sistema de la doble adjudicación), a nuestro juicio el legislador debería haber establecido sólo la publicación en el perfil de contratante como comunicación obligatoria.

4.2.4.1.9.- Adjudicación definitiva del contrato.

Y complementario al tercero, el cuarto de los apartados del artículo 135 se refiere a la adjudicación definitiva. Se trata también de un extenso precepto, de redacción complicada y continuas remisiones y referencias, lo que dificulta mucho su entendimiento. Intentaremos clarificar su contenido comentando paso a paso su texto. De entrada, este artículo 135.4 establece que *“la elevación a*

⁴⁵³ El art. 60 LPAC establece que los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente.

definitiva de la adjudicación provisional no podrá producirse antes de que transcurran quince días hábiles contados desde el siguiente a aquél en que se publique aquélla en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación. Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor, sin exceder el de un mes". Es decir, entre la adjudicación provisional y la definitiva debe transcurrir, como mínimo, quince días hábiles desde el siguiente al de publicación en el diario oficial o en el perfil de contratante. Pero reparemos en que la Ley no obliga a que se dicte la adjudicación justo cuando transcurran esos quince días hábiles, sino que impone ese período como mínimo. De hecho, el último párrafo de este artículo 135.4 establece que *"la adjudicación provisional deberá elevarse a definitiva dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que expire el plazo señalado en el párrafo primero de este apartado, siempre que el adjudicatario haya presentado la documentación señalada y constituido la garantía definitiva, en caso de ser exigible, y sin perjuicio de la eventual revisión de aquélla en vía de recurso especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 37"*. Por si aún no fuera poco el lapso de tiempo que puede transcurrir entre la adjudicación provisional y la definitiva según la LCSP (veinticinco días hábiles), también aquí se remata la cuestión con la previsión de que *"las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de un mes"* (es decir, que alguna Comunidad Autónoma, en uso de la competencia de desarrollo que le atribuyen estos preceptos, podría establecer que entre la adjudicación provisional y la definitiva transcurran nada más y nada menos que dos meses). Desde luego, parece que en nada se compadecen estos plazos con la agilidad que tanto se demanda en la contratación administrativa y que todas las Exposiciones de motivos dicen favorecer. Y, lamentablemente, parece también que estos inconvenientes ya fueron denunciados cuando en la

LCE rigió la doble adjudicación, sin que ese precedente haya servido ahora para perfeccionar el sistema vigente⁴⁵⁴.

4.2.4.1.10.- La vuelta al sistema de doble adjudicación. El recurso especial en materia de contratación.

Como es natural, la separación temporal entre la adjudicación provisional y la definitiva tiene su razón de ser. La justificación de esa separación (y de la recuperación misma de la doble adjudicación) viene dada por la obligación que impone la Directiva comunitaria de admitir un recurso especial en materia de contratación⁴⁵⁵ (la Directiva 18/2004 lo hace siguiendo los pasos de otras precedentes⁴⁵⁶), y que ha sido regulado en el artículo 37 LCSP⁴⁵⁷. Pues bien, ese recurso resulta

⁴⁵⁴ Ver PARADA VÁZQUEZ, J.R.: "La nueva Ley de Contratos del Estado". *RAP* nº 47. Mayo-agosto de 1965. Pág. 418.

⁴⁵⁵ La obligación originaria procede de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre. Esta exigía el establecimiento de varios importantes aspectos: un sistema eficaz de recursos, un procedimiento previo especial, un sistema eficaz de medidas cautelares, y un recurso que permita conceder una indemnización de daños y perjuicios.

⁴⁵⁶ Para una visión más completa sobre la cuestión, NOGUERA DE LA MUELA, B.: "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/CEE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE". Noticias de la Unión Europea, núm. 298, noviembre de 2009.

⁴⁵⁷ Efectivamente, el artículo 37 LCSP regula extensamente el nuevo recurso especial en materia de contratación. Cabe la interposición de este recurso contra los acuerdos de adjudicación provisional, contra los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y contra los actos de trámite adoptados en el procedimiento, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable o derechos o intereses legítimos (37.2 LCSP).

Ahora bien, este recurso especial no está previsto para cualquier contrato: sólo para las decisiones adoptadas 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 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. En tales casos cabe el recurso especial, que tiene carácter previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, y excluyente de cualquier otro recurso administrativo ordinario. Tampoco cabe contra los actos dictados en procedimientos de adjudicación de emergencia (37.1 LCSP).

Pueden interponer el recurso especial en todo caso los licitadores, y también las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se vean

admisibles, dicho sumariamente, en los procedimientos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada (lo que ha sido objeto de crítica y propicia el problema que vamos a describir inmediatamente). Sin embargo, si nos fijamos en los contratos no sujetos a dicha regulación, y que son muy numerosos, volvemos a encontrarnos con un motivo de ralentización de la contratación administrativa. En ese plazo de quince días hábiles que como mínimo debe transcurrir para elevar la adjudicación provisional a definitiva, establece el artículo 135.4, párrafo segundo que *"el adjudicatario deberá presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 53.2 que le reclame el órgano de contratación, así como constituir la garantía que, en su caso, sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, salvo que se establezca otra*

perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso (37.3 LCSP). Y, sin perjuicio de lo que establezcan las Comunidades Autónomas para su propia organización, el órgano competente para resolver el recurso es, con carácter general, el órgano de contratación cuando se trate de contratos de una Administración Pública (37.4 LCSP).

El plazo para interponer el recurso especial es de diez días hábiles (siete días hábiles en el caso de tramitación de emergencia), contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique o publique el acto impugnado. Cuando el acto recurrido sea el de adjudicación provisional del contrato, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se publique en un diario oficial o en el perfil de contratante (37.6 LCSP).

El comentado artículo 37 describe con detalle la tramitación administrativa del recurso especial. Al propio precepto nos remitimos, destacando ahora sólo su efecto suspensivo cuando el acto recurrido es el de adjudicación provisional (con algún matiz en el caso de las adjudicaciones provisionales de acuerdos marcos). En tales casos la adjudicación provisional quedará en suspenso hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda procederse a la adjudicación definitiva ni formalizarse el contrato (37.7 LCSP).

Un análisis detallado de este recurso puede verse en NOGUERA DE LA MUELA, B. "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", dentro de *El Derecho de los contratos del sector público*. Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Zaragoza, 2008. Págs. 295 y ss.

cosa en los pliegos". Ahora bien, como numerosos órganos de contratación plantean en la práctica: en aquellos contratos no sujetos a regulación armonizada y en los que no cabe el recurso de revisión⁴⁵⁸, ¿no podría haberse acortado ese plazo de manera que pueda elevarse a definitiva la adjudicación tan pronto el adjudicatario haya cumplido con las mencionadas obligaciones?; planteado con otras palabras, ¿tiene sentido esperar que transcurran los quince días hábiles si en el primer o en los primeros días el adjudicatario provisional ya ha acreditado ante el órgano de contratación todos los extremos que exige el artículo 135.4?

Nosotros no encontramos razón alguna para esa obligatoria espera en el caso de los contratos no sujetos a regulación armonizada y en los que el adjudicatario provisional haya entregado la documentación correspondiente. A nuestro juicio habría sido más lógico establecer para este tipo de contratos la posibilidad de adjudicar definitivamente el contrato tan pronto como el adjudicatario provisional cumpla con esas obligaciones documentales, lo que formulamos como propuesta de *lege ferenda*⁴⁵⁹. Esta posibilidad se echa de menos en la práctica de la contratación administrativa, que está siempre necesitada de agilidad; tanto más se ha puesto en evidencia al poco tiempo de vigencia de la LCSP cuando los Ayuntamientos han contratado las obras acogidas al Plan Estatal de Inversión Local que citamos al principio de este Capítulo, y que establecía unos plazos sumarios para la tramitación de los correspondientes procedimientos.

⁴⁵⁸ La adjudicación provisional de los contratos a los que no les resulta de aplicación el recurso especial del art. 37 LCSP, puede ser recurrida conforme al artículo 107 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Informes JCCA 48/08, de 29 de enero de 2009 y 18/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

⁴⁵⁹ Lo hemos dicho en algunos foros; lo dijimos, por ejemplo, en las Jornadas "La Ley de Contratos del Sector Público: un año de vigencia". Fundación Democracia y Gobierno Local-Diputació de Girona-Universitat de Girona, celebradas durante los días 11 y 12 de junio de 2009. El texto de mi ponencia ha sido posteriormente publicado por la propia Fundación Democracia y Gobierno Local en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 21, octubre de 2009.

Como hemos dicho, la LCSP trata con el recurso especial de incorporar no ya sólo las obligaciones derivadas de la Directiva de 2004, sino de la originaria Directiva de “control” de 1989. La quiebra que hemos puesto de manifiesto o criticado no es la única; de hecho se ha dicho que la incorporación del recurso por parte de la LCSP es parcial e insuficiente⁴⁶⁰. Sucintamente, hay que resumir que el recurso jurisdiccional contencioso-administrativo en España no tiene la rapidez, y por lo tanto tampoco la eficacia que exige la Directiva. Por eso parece aún pendiente una regulación mejor de los recursos en materia de contratación en España. El Consejo de Estado propuso en su Dictamen sobre el anteproyecto de LCSP la creación de un organismo administrativo e independiente, especializado precisamente en este recurso.

4.2.5.- OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN SOBRE EL RESULTADO DEL PROCEDIMIENTO, RENUNCIA, DESISTIMIENTO Y FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO.

Bajo el título de “Obligaciones de información sobre el resultado del procedimiento”, la Subsección 5ª agrupa tres tipos de actuaciones: la notificación de la adjudicación, la publicidad de las adjudicaciones y la regulación de las renunciaciones a la celebración del contrato y de los desistimientos del procedimiento por parte de la Administración.

No hay ninguna novedad respecto a la obligación de notificar⁴⁶¹ la adjudicación a los candidatos o licitadores y a la información

⁴⁶⁰ En esos términos, LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, M^a: “El control de la adjudicación de los contratos públicos en la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares”, dentro de *La Ley de Contratos del Sector Público y su...* Op. cit., pág. 302.

⁴⁶¹ La LCSP no establece ningún plazo concreto para notificar la adjudicación, por lo que habrá que estar al régimen común previsto en la LPAC (diez días hábiles). En este sentido, ESCRIBUELA MORALES, F.J.: “La notificación y publicidad de las adjudicaciones de los contratos del sector público”. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 78, septiembre de 2008. Pág. 92.

relativa a los motivos del rechazo y características de la proposición adjudicataria (que tal como venía siendo obligado, debe aportarse por la Administración en el plazo máximo de quince días desde que el empresario lo solicite). Nada nuevo, pues, en estos aspectos, y el artículo 137 LCSP añade que *"el órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)"*.

El segundo tipo de actuación es la relativa a la publicidad de las adjudicaciones. La publicidad exigida por el artículo 138 LCSP es muy diversa, en atención al tipo y presupuesto de los contratos. Así, la adjudicación definitiva de los contratos cuya cuantía sea superior a las cantidades indicadas en el artículo 122.3 se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación⁴⁶².

⁴⁶² Pero el art. 138 contiene varias reglas más sobre la publicidad de las adjudicaciones, en sus apartados 2 a 4:

2. *"Cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 100.000 euros o, en el caso de contratos de gestión de servicios públicos, cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior a dicho importe o su plazo de duración exceda de cinco años, la adjudicación definitiva deberá publicarse, además, en el Boletín Oficial del Estado o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias, un anuncio en el que se dé cuenta de dicha adjudicación, en un plazo no superior a cuarenta y ocho días a contar desde la fecha de adjudicación del contrato.*

El artículo 139 si es absolutamente novedoso en tanto que regula dos figuras que hasta ahora sólo podían ser deducidas del procedimiento administrativo común⁴⁶³. Se trata de la renuncia a la celebración del contrato y del desistimiento del procedimiento de adjudicación. Tal como ocurre en el procedimiento administrativo común, la diferencia fundamental y conceptual radica en que en el primer caso se desecha la posibilidad sobre el fondo, es decir, en nuestro caso se desecha la posibilidad de celebrar el contrato; y en el caso del desistimiento lo que se desecha es sólo la continuación de un concreto procedimiento administrativo de adjudicación. Por eso, el artículo 139.3 sólo admite la renuncia a la celebración del contrato por razones de interés público que han de quedar debidamente justificadas en el expediente, no pudiendo promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones que se alegaron para promover la renuncia. En los casos en que el órgano de contratación renuncie a la celebración de un contrato para el que ya hubiera efectuado la convocatoria o decidiera reiniciar el procedimiento para su adjudicación, debe notificarlo a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea si el contrato había sido anunciado en su Diario oficial (art. 139.1)

Quando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada el anuncio deberá enviarse, en el plazo señalado en el párrafo anterior, al Diario Oficial de la Unión Europea y publicarse en el Boletín Oficial del Estado.

3. En el caso de contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II y de cuantía igual o superior a 211.000 euros, el órgano de contratación comunicará la adjudicación definitiva a la Comisión Europea, indicando si estima procedente su publicación.

4. En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, el órgano de contratación podrá no publicar determinada información relativa a la adjudicación del contrato, justificándolo debidamente en el expediente”.

⁴⁶³ El art. 90.1 LPAC establece que *todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico, renunciar a sus derechos.*

Por su parte, el desistimiento ha de estar obligatoriamente fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, y también ello debe justificarse en el expediente. Pero a diferencia de la renuncia, y como muestra de que en el desistimiento estamos ante vicios formales y no ante la ausencia sobrevenida de interés por la realización del contrato, el desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de adjudicación (art. 139.4).

Como límite temporal y común para la renuncia y el desistimiento, la LCSP (art. 139.2) establece que tanto una como otro sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación provisional. Además, para no infringir un perjuicio económico injusto a los empresarios, este apartado determina también que en ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración (a falta de previsión expresa en el anuncio o en el pliego, y nos parece más apropiado este último documento, se recurrirá a tales principios, lo que aventuramos que será lo más frecuente).

Por último, y respecto a la formalización de los contratos, hemos de reseñar que la principal novedad que introduce la LCSP en su artículo 140⁴⁶⁴ es la reducción del plazo en que la misma debe efectuarse. Si con el TRLCAP ese plazo era de treinta días, a partir de la nueva Ley serán diez días hábiles a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación definitiva. Se reduce, pues, casi a la mitad el plazo máximo de este trámite. La reducción parece lógica, teniendo en cuenta que el adjudicatario ha tenido ya tiempo para constituir la garantía definitiva y acreditar todas las circunstancias

⁴⁶⁴ El art. 140 no tiene carácter básico, según establece la Disposición Final Séptima LCSP.

que fueran precisas en el lapso de tiempo que media entre la adjudicación provisional y la definitiva.

4.3.- LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN PREVISTOS POR LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Debemos ya analizar cuál es el repertorio de procedimientos que la LCSP ofrece para la adjudicación de los contratos administrativos, poniendo de relieve las novedades que presentan aquellos que ya existían con anterioridad. Hemos de tener en cuenta que ahora nos referiremos a las particularidades de cada uno de los procedimientos, puesto que ya hemos visto las *Normas Generales* que la Sección 1ª, Capítulo I, Título I, del Libro III de la LCSP establece para todos los procedimientos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. No obstante, antes de entrar directamente a ello, también hemos de hablar un poco sobre la elección de los procedimientos en la LCSP.

4.3.1.- LA ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN.

El órgano de contratación ha de elegir el procedimiento de adjudicación que va a utilizar para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, y por ende, al contratista. Se trata de lo que VILLAR PALASÍ definió como el "*acto mediante el cual la Administración elige, de acuerdo con los criterios que marca la Ley, el procedimiento de selección y aprueba las disposiciones que han de regir en la celebración del mismo*"⁴⁶⁵.

La LCSP, al igual que de sus predecesoras, exige expresamente que se justifique en el expediente la elección del procedimiento de

⁴⁶⁵ VILLAR PALASÍ, J.L.: *Lecciones sobre...* Op. Cit., pág. 85.

adjudicación (artículo 93.4)⁴⁶⁶. No es indiferente jurídicamente la elección de uno u otro; esta elección es una cuestión no absolutamente potestativa para la Administración (un acto de naturaleza reglada escribieron en otro tiempo GARRIDO FALLA⁴⁶⁷ y VILLAR PALASÍ⁴⁶⁸). En absoluto es así, a nuestro entender. Es posible que sea indiferente jurídicamente y no requiera especial justificación la elección entre procedimientos no restrictivos de la concurrencia, pero no lo se puede decir lo mismo con relación a procedimientos que sí la limitan.

Nosotros, por lo tanto, consideramos absolutamente necesaria esa justificación. No tanto en aquellos casos en que el procedimiento elegido es el abierto, puesto que no se restringe en ellos la concurrencia, pero si en aquellos otros que suponen una reducción de las posibilidades de participación para los empresarios. Singularmente

⁴⁶⁶ El apartado número cuatro de este artículo exige que en el expediente se justifique adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato.

Lo importante de esta cuestión está en su relación con el siguiente artículo, el 94, referido a la aprobación del expediente. En éste no se innova nada importante, pero ahora queda claro que será en la fase de preparación del expediente cuando se elige el procedimiento y los criterios para la adjudicación. Es decir, hasta ahora, la interpretación de la norma conducía a que en la preparación del expediente se incorporaban documentos correspondientes a diversos trámites (informes, documentos contables, proyectos técnicos, entre otros), a la vista de los cuales el órgano de contratación dictaba un acto administrativo aprobatorio de aquél y que incorporaba, entre otros contenidos, la elección del procedimiento y la forma de adjudicación. Ahora, aunque el precepto relativo a la aprobación del expediente casi no cambia, si se deja muy claro al hablar de la formación del expediente que en el mismo se *justificará adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato*.

Posiblemente esta previsión no hará más que ajustar la norma a la realidad de la práctica administrativa. Es decir, lo habitual es que cuando se prepara el expediente de contratación existe conformidad del órgano de contratación acerca del procedimiento que se va a seguir (obviamente estamos pensando sobre todo en los supuestos en que se pretende utilizar alguno de los procedimientos excepcionales de adjudicación), aunque formalmente quien decide finalmente sobre el procedimiento administrativo a seguir para la adjudicación del contrato es el órgano de contratación. Ahora parece quedar claro que el órgano de contratación cuando apruebe el expediente ya no estará decidiendo sobre esta cuestión, que vendrá determinada con anterioridad por otros documentos, normalmente, por los informes técnicos y jurídicos.

⁴⁶⁷ GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II. Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1960. Pág. 66.

⁴⁶⁸ VILLAR PALASÍ, J.L.: *Lecciones sobre...* Op. Cit., pág. 85.

debe justificarse la utilización del procedimiento negociado y la del diálogo competitivo; en el primer caso acreditando en el expediente que concurre alguna de las circunstancias que la Ley contempla como habilitante para adjudicar negociadamente, y en el segundo fundamentando que se trata de un contrato particularmente complejo cuya adjudicación no puede lograrse adecuadamente utilizando el procedimiento abierto o el restringido (artículo 164.1). Esta exigencia de justificación casa con la consideración de procedimientos de utilización ordinaria que el artículo 122.2 predica del abierto y restringido, contrapuesta a la utilización tasada que prevé para el negociado y el diálogo competitivo.

4.3.2. - PROCEDIMIENTO ABIERTO.

El artículo 141 LCSP define el procedimiento abierto como aquel en el que *"todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores"*. La definición coincide con su predecesora y, como en aquella, echamos en falta un detalle: en el procedimiento abierto no todo empresario que esté interesado puede presentar una proposición, sino sólo aquellos que además del interés cuenten con la capacidad necesaria para ello y que vendrá determinada por las normas y por el pliego de cláusulas administrativas particulares. La definición que ofrece el precepto solo es correcta desde el punto de vista de que para la presentación de proposiciones basta con el interés del empresario que esté capacitado, y no es precisa la invitación previa de la Administración como ocurre en los procedimientos restringido y negociado.

4.3.2.1. - Información a los licitadores.

El siguiente artículo, el 142, regula la información que debe facilitárseles a los licitadores, y para nosotros es una buena muestra

del escaso interés que el legislador ha puesto en agilizar la contratación administrativa.

Podemos desglosar el artículo 142 del siguiente modo: partamos de la consideración de que lo mejor para evitar complicaciones y retrasos en la licitación es que el órgano de contratación facilite el acceso a los pliegos y a la documentación complementaria por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Si se facilita de ese modo, nos habremos evitado no pocos trámites y retrasos, según veremos, y en realidad para ello basta con que pongamos esa información a disposición de los interesados en el perfil de contratante (pero tampoco olvidemos lo que ya dijimos acerca de la dificultad de muchos órganos de contratación para disponer de un perfil de contratante).

Pues bien, aseguramos que lo mejor es hacerlo de ese modo porque el artículo 142.1 obliga a que cuando no se haya facilitado la información por esa vía, la misma ha de enviarse *"a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas, con la antelación que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias del contrato y del procedimiento haya señalado en los pliegos"*. Así que, si no hemos facilitado la información por medios electrónicos, el segundo consejo que ofrecemos es el de no olvidar fijar en el pliego una antelación a la expiración del plazo de presentación de ofertas para solicitar la información.

Pero tengamos en cuenta que el apartado 2 de este artículo 142 obliga a que la información adicional solicitada se facilite, *"al menos, seis días antes de la fecha límite fijada para la recepción de ofertas, siempre que la petición se haya presentado con la antelación que el"*

órgano de contratación, atendidas las circunstancias del contrato y del procedimiento, haya señalado en los pliegos”.

Es decir, y aunque nos reiteremos un poco: si no hemos facilitado la información electrónicamente, el licitador puede pedirla y el órgano de contratación debe facilitarla en el plazo de seis días, pero siempre que tras ello queden aún al menos otros seis días para la expiración del plazo de presentación de ofertas.

Siguiendo, por lo tanto, con las recomendaciones, lo que aconsejamos es que esa antelación que el órgano de contratación fije en el pliego sea al menos de doce días. Porque si no es así, puede resultar de aplicación el último apartado de este artículo, el cuarto, que daría al traste con la programación que el órgano de contratación tuviera prevista para la licitación, permitiendo nada menos que la prórroga del plazo de presentación de ofertas (el autor de la norma debería tener plena conciencia de lo que supone esto en una Administración de nivel medio: resolución en tal sentido, publicación de la prórroga, notificación a los interesados...): *“cuando, los pliegos y la documentación o la información complementaria, a pesar de haberse solicitado a su debido tiempo, no se hayan proporcionado en los plazos fijados o cuando las ofertas solamente puedan realizarse después de una visita sobre el terreno o previa consulta “in situ” de la documentación que se adjunte al pliego, los plazos para la recepción de ofertas se prorrogarán de forma que todos los interesados afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para formular las ofertas”.*

Recapitulando: es altamente conveniente ofrecer acceso a los pliegos y a la documentación complementaria por medios electrónicos, informáticos o telemáticos (la forma más apropiada es el perfil de contratante). Si ello no es posible, es fundamental que no olvidemos fijar en el pliego una antelación mínima de doce días para

la solicitud de esa información complementaria por parte de los interesados. Y, desde luego, si algún interesado solicita la información (siempre cumpliendo con esa antelación mínima que hemos establecido en el pliego), debemos facilitársela dentro del plazo de seis días desde que la solicitó. Solo así evitaremos la consecuencia última que el artículo 142 contempla y que en la práctica supone un grave trastorno, cual es la prórroga del plazo de presentación de ofertas.

4.3.2.2.- *Plazos para la presentación de proposiciones.*

No hay novedades significativas en la regulación de los plazos para la presentación de las proposiciones que para el procedimiento abierto contiene ahora el artículo 143 LCSP⁴⁶⁹. Estos plazos son, dichos muy resumidamente, de cincuenta y dos días para los contratos SARA y respecto a los restantes contratos, veintiséis días para los de obras y

⁴⁶⁹ *Artículo 143. Plazos para la presentación de proposiciones.*

1. *En procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a cincuenta y dos días, contados desde la fecha del envío del anuncio del contrato a la Comisión Europea. Este plazo podrá reducirse en cinco días cuando se ofrezca acceso por medios electrónicos a los pliegos y a la documentación complementaria.*

Si se hubiese enviado el anuncio previo a que se refiere el artículo 125, el plazo de presentación de proposiciones podrá reducirse hasta treinta y seis días, como norma general, o, en casos excepcionales debidamente justificados, hasta veintidós días. Esta reducción del plazo solo será admisible cuando el anuncio de información previa se hubiese enviado para su publicación antes de los cincuenta y dos días y dentro de los doce meses anteriores a la fecha de envío del anuncio de licitación, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información exigida para éste.

Los plazos señalados en los dos párrafos anteriores podrán reducirse en siete días cuando los anuncios se preparen y se envíen por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Esta reducción podrá adicionarse, en su caso, a la de cinco días prevista en el inciso final del primer párrafo.

En estos procedimientos, la publicación de la licitación en el "Boletín Oficial del Estado" debe hacerse, en todo caso, con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de las proposiciones en el apartado siguiente.

2. *En los contratos de las Administraciones Públicas que no estén sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a quince días, contados desde la publicación del anuncio del contrato. En los contratos de obras y de concesión de obras públicas, el plazo será, como mínimo, de veintiséis días.*

concesión de obras públicas y quince días para los demás. Únicamente destacaremos aquí el estímulo que la Ley ofrece a quienes utilicen medios electrónicos, informáticos o telemáticos para el envío de anuncios, estímulo en forma de acortamiento de los plazos de licitación.

4.3.2.3.- *Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación.*

El artículo 144 LCSP detalla esencialmente la actuación de la Mesa de contratación, sin grandes novedades. Sin mencionarla expresamente (como es estilo propio de esta Ley), su primer apartado establece que *"el órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 130, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición, y procederá posteriormente a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario, y sin perjuicio de la intervención del comité de expertos o del organismo técnico especializado a los que hace referencia el artículo 134.2 en los casos previstos en el mismo, cuya evaluación de los criterios que exijan un juicio de valor vinculará a aquél a efectos de formular la propuesta"*. Lo que si es una novedad para evitar dilaciones excesivas es la exigencia de que la apertura de las proposiciones se efectúe *"en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las ofertas"*. Y, tal como ha sido tradicionalmente, *"la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos"*. Este carácter público del acto de apertura de plicas, que a todos nos parece tan natural, ha podido

cambiar en la LCSP⁴⁷⁰, puesto que la redacción del Anteproyecto de Ley permitía lo contrario si así se preveía en los pliegos o en el anuncio (art. 144.1)⁴⁷¹. Parece que esta posibilidad choca directamente con el principio de transparencia, y así lo destacó el Consejo de Estado en su informe a dicho Anteproyecto.

Del mismo modo que se preveía para los concursos, el propio artículo 144.1 contempla que *"cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego"*. Ya dijimos que este es un proceder habitual, la solicitud por parte de la Mesa de contratación de informes técnicos de valoración a la vista de los cuales aquélla formula su propuesta de adjudicación al órgano de contratación.

También como norma arraigada, el apartado segundo de este artículo 144 establece que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la Administración. Aunque en aras de la objetividad y seguridad jurídica, este principio viene ahora reforzado por una exigencia de motivación; dice el mismo apartado que *"no obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión"*. Recordemos que esta

⁴⁷⁰ La posible excepción al carácter público del acto por la vía de los pliegos fue suprimida al aprobarse la enmienda del Grupo parlamentario catalán de Convergencia i Unió en el Congreso de los Diputados (núm. 264) en tal sentido.

⁴⁷¹ BLANCO LÓPEZ cuestiona con argumentos sensatos y prácticos la utilidad del acto público de apertura en la actualidad, sobre todo habida cuenta de los medios electrónicos de los que podemos disponer. Describe detalladamente, además, cuáles fueron las vicisitudes de la tramitación parlamentaria de esta cuestión. BLANCO LÓPEZ, F.: "Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en la LCSP", dentro de *Estudios sobre la Ley...*, Op. Cit., págs. 183 y 184.

exigencia de motivación encaja con los razonamientos que expusimos en el Capítulo anterior al tratar de los informes de valoración⁴⁷².

4.3.2.4.- *Adjudicación.*

Bajo este mismo título, el artículo 145 a lo que se refiere es al plazo máximo del que dispone el órgano de contratación para dictar la adjudicación provisional. Este plazo máximo se ha reducido con relación a los que establecía el TRLCAP. Ahora, cuando el único criterio a considerar sea el del precio el plazo máximo es de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones (el art. 83.1 TRLCAP establecía veinte días para la subasta); y si se tienen en cuenta una pluralidad de criterios, el plazo máximo será de dos meses (anteriormente el art. 89.1 TRLCAP establecía tres meses para los concursos), salvo que se hubiese establecido otro distinto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En caso de que sea necesario desarrollar el incidente administrativo por ofertas con valores anormales o desproporcionados (art. 136.3), dichos plazos se ampliarán en quince días hábiles.

Y lo que queda invariado es la consecuencia jurídica de la superación de dichos plazos, de modo que si no se dicta la adjudicación provisional dentro de tales plazos, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición (artículo 145.2).

4.3.2.5.- *Supletoriedad de las normas procedimentales.*

Vimos en el Capítulo anterior al hablar del procedimiento administrativo en el concurso, cómo el TRLCAP (art. 90, tal como se había dispuesto tradicionalmente) establecía la aplicación de las normas de la subasta al concurso, excepto en lo que fuera

⁴⁷² Aludimos allí a la STS 28 de febrero de 2005 (recurso núm. 161/2002).

exclusivamente de aplicación a éste, y con la salvedad de un par de cuestiones. Esa aplicación supletoria desaparece ahora de la LCSP y lo hace con toda lógica. Anteriormente, subasta y concurso se diferenciaban como dos formas distintas de adjudicación y tenía cada una su propia regulación procedimental, si bien la del concurso era más breve, confiada a aquella supletoriedad de la subasta. Ahora no tendría sentido una previsión de ese tipo porque ya no se distinguen formas de adjudicación dentro de un procedimiento, y tampoco la utilización de uno o más de un criterio de valoración da lugar a diferentes procedimientos. Por lo tanto, el procedimiento de adjudicación es el mismo y los matices correspondientes a la utilización de uno o varios criterios están detallados en la propia y única regulación que hace la LCSP del procedimiento abierto (y que resultan también de aplicación al procedimiento restringido por remisión del artículo 152).

4.3.3.- PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO.

La regulación que la LCSP hace del procedimiento restringido no contiene cambios significativos con relación a la que anteriormente contenía el TRLCAP. Procedimentalmente la esencia del restringido radica en que se desarrolla en dos fases; como bien ha descrito la JCCA⁴⁷³, *"en la primera las empresas que solicitan participar en él tienen la condición de candidatos a la adjudicación del contrato y solo pueden presentar su proposición si son invitados por el órgano de contratación. Para ello se han de fijar en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio los criterios objetivos de solvencia que han de cumplir que han de ser adecuados al objeto del contrato, a su volumen y a su importe"*.

⁴⁷³ Informe 63/08, de 31 de marzo de 2009.

Aunque es cierto que ahora esta regulación alcanza mayor detalle que los que contenía el artículo 91 TRLCAP⁴⁷⁴, y por eso vamos a detenernos en algunos de ellos.

Los preceptos correspondientes, artículos 146 a 152, muestran la misma preocupación por la "limpieza" del procedimiento que el resto de la Ley y lo expresa de la misma forma exagerada que ya habíamos comentado. Así, se nos recuerda (artículo 146.1) innecesariamente que "*en este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos*" (esto es innecesario porque, por definición, la negociación no cabe en el procedimiento restringido). También se nos recuerda que "*el número de candidatos invitados debe ser suficiente para garantizar una competencia efectiva*" (artículo 146.2), y que los criterios o normas con arreglo a los que se seleccionará a los candidatos serán "*objetivos y no discriminatorios*" (artículo 147.3).

Desde luego, el concepto de procedimiento restringido es el que ya conocíamos, y consiste en que "*sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación*" (artículo 146.1). Esos criterios objetivos de solvencia deben ser determinados por el órgano de contratación entre los que señalan los artículos 64 a 68, y la determinación ha de ser previa al anuncio de licitación.

La Ley trata de asegurar una mínima participación, y por eso el órgano de contratación debe señalar el número mínimo de de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento, que no podrá ser inferior a cinco; también deben indicarse en el anuncio de licitación los criterios o normas objetivos y no discriminatorios con

⁴⁷⁴ Pues éste dejaba un mayor espacio para la regulación reglamentaria del RGLCAP, como han indicado MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Op. Cit., pág. 479.

arreglo a los cuales se seleccionará a los candidatos, así como el número mínimo y, en su caso, el número máximo de aquellos a los que se invitará a presentar proposiciones (artículo 147.2 y 3).

Las solicitudes de participación están contempladas en el artículo 148; deberán ir acompañadas de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1, y presentadas en el plazo mínimo de diez días desde la publicación del anuncio, si se trata de contratos no sujetos a regulación armonizada. Si, en cambio, estamos ante contratos de regulación armonizada, el plazo no podrá ser inferior a treinta y siete días contados desde el envío del anuncio al DOUE; si además el contrato es de concesión de obra pública, el plazo no podrá ser inferior a cincuenta y dos días. También para los contratos de regulación armonizada se establece que la publicación de la licitación en el BOE debe hacerse con la misma antelación mínima que se exige a los contratos no armonizados (es decir, diez días desde la publicación del anuncio). Y, en el mismo sentido que ya comentamos en el procedimiento abierto, el plazo de publicación comunitaria puede reducirse en siete días cuando los anuncios se envíen por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

El siguiente paso en el procedimiento restringido es la selección de los solicitantes, a la vista de los criterios objetivos de solvencia que se hubieran establecido. A los seleccionados, el órgano de contratación debe invitarles por escrito y simultáneamente a que presenten una proposición. Puede surgirnos la duda sobre cómo descartar algunos candidatos si el órgano de contratación ha establecido un número máximo de empresarios a invitar. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la JCCA en el citado Informe 63/08, de 31 de marzo de 2009⁴⁷⁵, aconsejando que en el pliego de cláusulas

⁴⁷⁵ El razonamiento de la JCCA es del todo lógico: *Sabido es que en la decisión de adjudicar un contrato se pondera la valoración, desde diversas perspectivas, de las proposiciones recibidas decidiendo a favor de aquella que resulta ser la mejor. Como quiera que los criterios de solvencia, en los que se basan los criterios en*

administrativas particulares se establezca algún método que permita valorar con referencia a la solvencia técnica y profesional a cada una de las empresas candidatas a efectos de cursar la invitación a aquellas que reúnan las mejores condiciones. A falta de esa previsión, la decisión que adopte el órgano de contratación habrá de ser suficientemente motivada.

El contenido de las invitaciones está minuciosamente descrito por el artículo 150: así, deberán contener una referencia al anuncio de licitación, indicando la fecha límite para la recepción de ofertas, la dirección a la que deben enviarse y la lengua en que deban estar redactadas, los criterios de adjudicación del contrato y su ponderación u orden decreciente de importancia que se les atribuya, y el lugar, día y hora de la apertura de proposiciones. Debe acompañarse la invitación de un ejemplar de los pliegos y copia de la documentación complementaria, o bien las indicaciones para acceder a tales documentos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

El plazo mínimo para presentar tales proposiciones viene establecido por el artículo 151: cuarenta días desde el envío de la invitación escrita en el caso de contratos SARA (que pueden reducirse en cinco días cuando se ofrezca acceso por medios electrónicos, informáticos y telemáticos a los pliegos y a la documentación complementaria, y también pueden reducirse hasta treinta y seis días

virtud de los cuales se han de cursar las invitaciones a los candidatos para ser admitidos a la licitación, han de fijar un nivel mínimo de solvencia técnica, que representa básicamente la disponibilidad de medios personales y materiales necesarios para la ejecución del contrato, así como la experiencia de los candidatos en el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato e incluso la posible opción de disponer de medios o equipos ajenos a la empresa que son necesarios para la ejecución del contrato, o dicho de otra forma las opciones de subcontratación, parece aconsejable que, aun cuando como señalamos no exista norma concreta que lo regule, se puedan establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares, como documento que desarrolla la manera de realizarse la adjudicación del contrato, el procedimiento que se seguirá para decidir las empresas que se incluirán en el cupo del máximo de las que podrán ser invitadas a presentar sus proposiciones, teniendo en cuenta que en la elección de tales criterios no pueden generar situaciones discriminatorias o de trato preferencial.

o, en casos excepcionales hasta veintidós días si se hubiese enviado el anuncio de información previa del artículo 125, en los términos que expresa el artículo 151.1); para los contratos no sujetos a regulación armonizada el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a quince días contados desde la fecha de envío de la invitación.

Por último, en la adjudicación del contrato será de aplicación lo previsto en los artículos 144 y 145, salvo lo referido a la necesidad de calificar previamente la documentación que menciona el artículo 130 (artículo 152).

4.3.4.- PROCEDIMIENTO NEGOCIADO.

En esencia, el procedimiento negociado no cambia en la LCSP. Por esa esencia nos referimos al concepto, que viene dado ahora por el artículo 153.1, bajo el título de *"caracterización: en el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos"*.

Tampoco cambia, como ya puede inferirse de lo que hemos expuesto en este Capítulo, el hecho de que el procedimiento negociado es excepcional, de uso restrictivo⁴⁷⁶ y que sólo puede utilizarse en los supuestos expresamente tasados por la Ley, y que después veremos.

Tal como ya conocíamos, habrán casos en que el procedimiento negociado vaya acompañado de publicidad, y otros sin ella; y aunque se detalla un poco más, pero la Ley nos dice muy poco sobre el

⁴⁷⁶ En este sentido, el Tribunal Europeo de Justicia (STJCE 11 de enero de 2005 (Stadt Halle) calificó la utilización fraudulenta de la contratación directa como la infracción más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

procedimiento administrativo a seguir en el negociado. Veamos todo ello individualizadamente.

4.3.4.1.- *Supuestos de utilización.*

Seguramente ha de ser este el punto de partida para comenzar a estudiar el procedimiento negociado. Siendo como es un procedimiento excepcional, y cuya utilización sólo es legítima si concurre alguno de los supuestos tipificados por la Ley, la descripción de tales supuestos es fundamental. Al igual que dijimos al tratar la sistematización de los supuestos en que procede la utilización de más de un criterio de valoración, también la LCSP ha optado por ofrecer en varios artículos sucesivos todos los supuestos en que se admite el procedimiento negociado, sin dispersarlos junto a la regulación de cada uno de los contratos típicos. Es decir, dentro de la regulación general del procedimiento negociado están incluidos los artículos 154 a 159, que ambos inclusive describen todos los casos en que puede utilizarse el procedimiento negociado para cada tipo de contrato. Como es de esperar en una materia de tanto recorrido normativo, sólo hay algunas novedades en los supuestos que contiene la LCSP, que serán las que comentaremos.

4.3.4.1.1.- *Supuestos generales.*

A su vez, y para simplificar la cuestión lo más posible, el primero de esos preceptos (el artículo 154) establece los "*supuestos generales*" de utilización, cualquiera que sea el contrato que se pretende adjudicar. Así, y en "*los términos que se establecen para cada tipo de contrato en los artículos siguientes, los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los siguientes casos:*

a) *Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 103, por infringir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato”.*

Recordemos que este supuesto tenía unos claros precedentes en la legislación anterior, en la que se preveían supuestos muy parecidos para cada uno de los contratos administrativos típicos⁴⁷⁷, que en unos casos habilitaban para utilizar el procedimiento negociado con publicidad y en otros sin ella. Ahora la LCSP los agrupa con buen criterio distinguiendo los casos en que las proposiciones sean irregulares o inaceptables de aquellos otros en que sencillamente no se han presentado o no son adecuadas (caso que veremos a continuación). Y no sólo hace eso sino que detalla un poco más en qué consisten las proposiciones u ofertas irregulares o inaceptables. Concretamente, se considerarán en tal circunstancia la carencia de aptitud, y se incorporan también en tanto que novedades de esta Ley, el incumplimiento de las obligaciones legales sobre fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo.

No nos queda claro, en cambio, qué significa infringir valores anormales o desproporcionados porque cuando una proposición presenta estos valores, lo que procede es aquel incidente administrativo del que ya hablamos y el licitador no está infringiendo nada; sencillamente el órgano de contratación opta por adjudicarle o

⁴⁷⁷ Concretamente, el TRLCAP preveía supuestos casi idénticos en los artículos 140.1.a) y 141.a) (contrato de obras); 159.1.e) (contrato de gestión de servicios públicos); 181.1 y 182.a) (contrato de suministros); 209.1.a) y 210.a) (contrato de servicios).

no el contrato en función de si las justificaciones e informes que recabe les resultan convincentes.

La condición para utilizar el procedimiento negociado en este supuesto es la que ya vimos al hablar del TRLCAP: no pueden modificarse sustancialmente (aquí vendrán los fraudes y los pleitos: en la consideración de qué se entienda por sustancial) las condiciones originales del contrato. La finalidad es obviamente la de evitar el burdo fraude que supone convocar por procedimiento abierto o restringido con unas condiciones inasumibles a las que no concurre ningún empresario, y posteriormente modificarlas y adjudicar por procedimiento negociado invitando sólo a tres empresarios.

b) *"En casos excepcionales, cuando se trate de contratos en los que, por razón de sus características o de los riesgos que entrañen, no pueda determinarse previamente el precio global"*.

Se trata de un supuesto ya previsto por los artículos 140.1.c) TRLCAP para el contrato de obras y 209.1.c) para el de servicios, que a nuestro juicio no queda muy bien definido, asemejándose al que el artículo 134.3.a) describe para la utilización de varios criterios de valoración⁴⁷⁸. Es cierto que este supuesto se reserva para casos excepcionales en atención a las características o a los riesgos que entrañe el contrato, pero nos sigue pareciendo escasa la definición para que en la práctica este apartado no permita un uso abusivo del procedimiento negociado.

c) *"Cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales*

⁴⁷⁸ Recordemos que el artículo 134.3.a) considera que procede la valoración de más de un criterio en la adjudicación de los contratos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores.

del contrato no se modifiquen sustancialmente. Tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada, se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, si ésta así lo solicita”.

Esta es la distinción de la que hablamos en el apartado a), y que tenía claros antecedentes en el TRLCAP. El supuesto es fácil de entender cuando lo que ocurre es que no se presenta ninguna oferta o candidatura, pero no está tan claro qué son ofertas no adecuadas. Una expresión tan ambivalente en nuestra lengua y con escasa o nula significación en la contratación pública propiciará con seguridad problemas interpretativos y pronunciamientos judiciales.

d) “Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado”.

Ya vimos que este supuesto estaba previsto para todos los contratos administrativos típicos⁴⁷⁹, y la descripción actual es exactamente la misma que la anterior. Por lo tanto, valen los comentarios que ya hicimos sobre la excepcionalidad de esta causa de procedimiento negociado.

e) “Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 96”.

Se trata, como también vimos, de uno de los supuestos de procedimiento negociado más arraigados y más depurados por la

⁴⁷⁹ Arts. 141.b) para el contrato de obras, 182.c) para el contrato de suministro, 210.b) para el contrato de servicios, todos ellos del TRLCAP.

jurisprudencia⁴⁸⁰ y la doctrina, de modo que en la redacción de la LCSP no ha sido preciso retocar ningún inciso.

No obstante, sí merece un comentario específico la exigencia de la Disposición adicional 2ª LCSP para la aplicación de este supuesto de procedimiento negociado por razón de imperiosa urgencia. Concretamente el apartado noveno de esa Disposición adicional exige en tales casos que se incorporen "*al expediente los correspondientes informes del Secretario o, en su caso, del titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, y del Interventor, sobre justificación de la causa de urgencia apreciada*". Pues bien, tal como hemos escrito en otro lugar⁴⁸¹, los términos de esa exigencia merecen una crítica negativa por nuestra parte. A nuestro juicio se peca por exceso exigiendo el doble informe de Secretario e Interventor. Reparemos de entrada en que el informe que se pide no es sobre el expediente en general, sino que se exige expresamente informe sobre la causa de urgencia apreciada. Los informes de Secretario e Interventor deben, por lo tanto, pronunciarse sobre si concurre o no la imperiosa urgencia tal como la tipifica el artículo 154.e). Desde luego, la intención del legislador es buena porque lo que trata es de dificultar el uso abusivo del procedimiento negociado, pero la exigencia de informe a ambos profesionales es para nosotros excesiva y problemática. Es excesiva porque la concurrencia o no de urgencia es una cuestión jurídica (se trata de un concepto jurídico indeterminado) y por ello es más propia de las funciones de la Secretaría que de la Intervención. Pero es que serán relativamente frecuentes los casos en que ambos informes discrepen, es decir, uno de los dos informantes considerará justificada la concurrencia de la urgencia y el otro considerará que no es así. Es

⁴⁸⁰ En el Capítulo anterior ya ofrecimos referencias jurisprudenciales sobre la cuestión; baste ahora recordar, del ámbito europeo, la STJCE 18 de marzo de 1992 (asunto C-24/91), en la que se condenó al Estado español.

⁴⁸¹ CARBONERO GALLARDO, J.M.: "Las normas específicas de contratación de las entidades locales", dentro de *Contratación del Sector Público Local*. Ed. El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2008. Págs. 97 y 98.

evidente que la solución práctica pasa porque la decisión corresponde al órgano de contratación, que es quien decide el procedimiento de contratación a seguir bajo su responsabilidad⁴⁸². Pero, desde luego, pensamos que sería suficiente con la exigencia de informe únicamente al Secretario de la entidad local, evitándose así conflictos innecesarios.

Situación distinta sería la de la omisión de los informes, en cuyo caso podríamos estar ante un supuesto de infracción procedimental insubsanable, porque en un procedimiento excepcional como el procedimiento negociado, estos informes se configuran como trámites esenciales, y entraría en aplicación el artículo 83.3 LPAC⁴⁸³.

f) *" Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d) "*.

También en este caso se ha transcrito la redacción que el TRLCAP ofrecía para los distintos tipos de contratos.

g) *" Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea "*.

⁴⁸² No compartimos la opinión de CONSUEGRA GINER en el sentido de que ante tal discrepancia habrá que entender que la urgencia no se halla debidamente justificada. Si ocurre tal cosa, decidirá el órgano de contratación motivadamente y bajo su responsabilidad, y serán los Tribunales en su caso quienes diluciden si la imperiosa urgencia estaba suficientemente justificada o no. Pero no hay ninguna norma en nuestro ordenamiento que incline la decisión a favor de la no concurrencia de imperiosa urgencia, por más que el procedimiento negociado sea de utilización restrictiva. CONSUEGRA GINER, F.: "Estudio sobre las funciones del secretario y del interventor en la contratación administrativa", dentro de *Contratación del Sector Público Local*. Op. Cit., pág. 144.

⁴⁸³ En este sentido la STS 16 de octubre de 2000.

Vale aquí el mismo comentario que hemos formulado en el apartado anterior.

4.3.4.1.2.- Supuestos para los contratos de obras.

Además de en los casos descritos anteriormente, los contratos de obras pueden adjudicarse por procedimiento negociado en los siguientes supuestos que contiene el artículo 155:

a) *"Cuando las obras se realicen únicamente con fines de investigación, experimentación o perfeccionamiento y no con objeto de obtener una rentabilidad o de cubrir los costes de investigación o de desarrollo".*

La redacción de este apartado es exactamente la misma que la de su predecesor, el artículo 140.1.b) TRLCAP.

b) *"Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del precio primitivo del contrato. Las demás obras*

complementarias que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente”.

Este supuesto estaba regulado en el artículo 141.d) TRLCAP, aunque ahora ha sufrido algunas modificaciones.

Con carácter general, ahora se alude a la posibilidad de que el procedimiento negociado (con único empresario) se desarrolle bien con el contratista de la obra principal como con el concesionario de la obra pública.

Debe darse una circunstancia imprevista que hagan necesarias las obras complementarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto, pero en el original sin modificaciones. Entendemos que se trata de evitar la burla que supondría modificar el proyecto y el contrato durante la ejecución para hacer necesarias las pretendidas obras complementarias.

La nueva redacción exige, entre otras circunstancias para que la obra complementaria pueda contratarse negociadamente, que aquella sea estrictamente necesaria no ya para su ejecución (como nos decía el TRLCAP), sino para su perfeccionamiento, esto es, para su finalización.

Otra novedad es que ya no es requisito como exigía el TRLCAP que las obras complementarias a ejecutar estén formadas, al menos, en un 50 por 100 del presupuesto, por unidades de obra del contrato principal. Esto suponía que las obras complementarias consistieran en buena parte en hacer más cantidad de unidades de obras de las inicialmente previstas, lo que muchas veces no tiene sentido.

Y, por último, se amplía el importe acumulado de las obras complementarias permitido; a partir de la LCSP, las obras complementarias que cumplan con todos los requisitos que describe este apartado podrán contratarse por procedimiento negociado siempre que entre todas las contratadas a lo largo de la vida del contrato no superen el 50 por ciento del precio primitivo de éste.

c) "Cuando las obras consistan en la repetición de otras similares adjudicadas por procedimiento abierto o restringido al mismo contratista por el órgano de contratación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial y que el importe de las nuevas obras se haya computado al fijar la cuantía total del contrato.

Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de tres años, a partir de la formalización del contrato inicial".

Se trata de un supuesto que también es ya clásico (el TRLCAP lo contemplaba en su artículo 141.e), y del que ya destacamos su enorme utilidad cuando en la práctica el órgano de contratación está dispuesto a sacarle partido. Pues bien, la regulación es prácticamente la misma, con un matiz: esta nueva redacción precisa que la adjudicación por procedimiento negociado ha de recaer en el mismo contratista que lo había sido de las obras similares contratadas previamente por procedimiento abierto o restringido. La redacción anterior no precisaba esta cuestión y la mayoría de los operadores así lo entendían porque la lógica del precepto parece claramente ser

esa, pero no faltaba quien afinaba y planteaba la posibilidad de negociar las sucesivas obras repetidas con algún contratista distinto.

d) *"En todo caso, cuando su valor estimado sea inferior a un millón de euros"*.

Se trata del clásico supuesto de procedimiento negociado por razón de la cuantía, que trataremos en epígrafe aparte. En el caso del contrato de obras se ha aumentado la cuantía desde los 60.101,21 euros que establecía el artículo 141.g) TRLCAP.

4.3.4.1.3.- Supuestos para los contratos de gestión de servicios públicos.

El artículo 156 LCSP tipifica los siguientes supuestos en que se puede utilizar el procedimiento negociado para estos contratos, además de los previstos con carácter general en el artículo 154:

a) *"Cuando se trate de servicios públicos respecto de los cuales nos sea posible promover concurrencia en la oferta"*.

Redacción idéntica a la del artículo 159.2.a) TRLCAP.

b) *"Los de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años"*.

En este caso se ha subido de forma considerable (tal vez exagerada) el umbral de los gastos de primer establecimiento, que en el artículo 159.2.d) era de 30.050,61. Lo que si se ha mantenido es el segundo requisito de que el plazo de duración sea inferior a cinco años.

c) *“Los relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertados con medios ajenos, derivados de un Convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley”.*

Redacción idéntica a la del artículo 159.2.f) TRLCAP. Si debemos reparar en que en el régimen del TRLCAP este artículo ya hablaba del contrato marco aunque éste pasaba por ser una incógnita para casi todos los operadores jurídicos dada la nula regulación de que disponíamos. Ahora la LCSP dedica tres preceptos al contrato marco (artículos 180 a 182; Capítulo II, Título II del Libro III) de forma que comenzará a disiparse la confusión que existía sobre la figura del contrato o acuerdo marco.

4.3.4.1.4.- Supuestos para los contratos de suministro.

Además de los previstos con carácter general por el artículo 154, el procedimiento negociado para contratos de suministro puede utilizarse en los siguientes supuestos (artículo 157)⁴⁸⁴:

a) *“Cuando se trate de la adquisición de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, previa su valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español u organismo reconocido al efecto de las Comunidades Autónomas, que se destinen a museos, archivos o bibliotecas”.*

⁴⁸⁴ Constatemos también que han desaparecido de este artículo 157 LCSP los supuestos de la adquisición negociada de bienes cuya uniformidad haya sido declarada por la Administración (artículo 182.g) TRLCAP), que tiene ahora una regulación específica para la contratación centralizada del Estado en los artículos 190 y siguientes LCSP, y la adjudicación de los contratos que sean consecuencia de un acuerdo o contrato marco (artículo 182.i) TRLCAP), para los que debemos acudir a la regulación que la propia LCSP hace de los Acuerdos marco (artículo 180 a 182, ambos inclusive).

Redacción idéntica a la del artículo 182.j) TRLCAP.

b) *"Cuando los productos se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo; esta condición no se aplica a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo".*

Redacción idéntica a la del artículo 182.b) TRLCAP.

c) *"Cuando se trate de entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, por regla general, ser superior a tres años".*

Esta redacción es casi idéntica a la del artículo 182.e) TRLCAP, con el matiz de que la reposición de suministros puede ser parcial, matiz que antes no aparecía.

d) *"Cuando se trate de la adquisición en mercados organizados o bolsas de materias primas de suministros que coticen en los mismos".*

Este apartado es nuevo y tiene sentido si tenemos en cuenta que se trata de la adquisición de productos cuya adquisición ha de efectuarse al mejor precio y en esos mercados concretamente.

e) *" Cuando se trate de un suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza".*

También este apartado es una novedad y parece interesante por cuanto permite a la Administración beneficiarse de adquisiciones económicamente ventajosas como puede hacerlo cualquier otro empresario, quedando las circunstancias suficientemente justificadas en el expediente.

f) *" En todo caso, cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros".*

El último apartado corresponde al procedimiento negociado por razón de la cuantía que ya comentaremos. Aunque debemos constatar aquí que este apartado no distingue, como hacía el artículo 182, apartados i) y k), entre bienes en general (de cuantía inferior a 30.050,61 euros), suministros de fabricación (de cuantía inferior a 48.080,97 euros), y productos consumibles, perecederos o de fácil deterioro (de cuantía inferior a 60.101,21 euros). A partir de ahora, pues, se admite el procedimiento negociado para el contrato de suministro cuando el bien a adquirir, sea cual sea, tiene un valor estimado inferior a 100.000 euros.

4.3.4.1.5.- Supuestos para los contratos de servicios.

El procedimiento negociado puede utilizarse para los contratos de servicios, además de en aquellos supuestos de carácter general que

establece el artículo 154, en estos otros que específicamente para este tipo de contratos contempla el artículo 158⁴⁸⁵:

a) *"Cuando debido a las características de la prestación, especialmente en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual y en los comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, no sea posible establecer sus condiciones con la precisión necesaria para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido".*

Este apartado tiene una redacción idéntica a la del artículo 209.1.b) TRLCAP, y la definición tan genérica del supuesto obliga a cuidar mucho la motivación que debe incorporarse al expediente de contratación.

b) *"Cuando se trate de servicios complementarios que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero que debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarios para ejecutar el servicio tal y como estaba descrito en el proyecto o en el contrato sin modificarlo, y cuya ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para éste o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que los servicios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento y que el importe acumulado de los servicios complementarios no supere el 50 por ciento del precio primitivo del contrato. Los demás servicios complementarios que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente".*

⁴⁸⁵ Al igual que dijimos al tratar los supuestos del contrato de suministro, también en este artículo 158 LCSP se ha obviado la contratación negociada de los servicios cuya uniformidad haya sido declarada por la Administración.

Este apartado es el equivalente al artículo 210.d) TRLCAP y ha sido objeto de diversas modificaciones, en el mismo sentido del artículo 155.b) LCSP con relación al contrato de obras; por eso nos remitimos a los comentarios que hemos realizado sobre este último y que son válidos también aquí.

c) " Cuando los servicios consistan en la repetición de otros similares adjudicados por procedimiento abierto o restringido al mismo contratista por el órgano de contratación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial y que el importe de los nuevos servicios se haya computado al fijar la cuantía total del contrato.

Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de tres años, a partir de la formalización del contrato inicial".

Este supuesto también tenía equivalencia en el TRLCAP (artículo 210.e)), y admite el mismo comentario que hicimos respecto de su homólogo en el contrato de obras (artículo 155.c) LCSP).

d) " Cuando el contrato en cuestión sea la consecuencia de un concurso y, con arreglo a las normas aplicables, deba adjudicarse al ganador. En caso de que existan varios ganadores se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones".

En este caso si estamos ante un supuesto novedoso y supone que previamente se ha realizado un procedimiento abierto o restringido con utilización de varios criterios de valoración (aunque aquí el legislador se relaje y hable de concurso, utilizando el término natural que corresponde en nuestro derecho de la contratación administrativa).

e) *“En todo caso, cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros”.*

Ese último apartado corresponde al procedimiento negociado por razón de la cuantía, habiéndose aumentado ésta desde los 30.050,61 euros que establecía el artículo 210.h) TRLCAP.

4.3.4.1.6.- Supuesto para otros contratos.

Como precepto de cierre para los contratos administrativos no típicos (esencialmente los especiales), el artículo 159 establece que *“salvo que se disponga otra cosa en las normas especiales por las que se regulen, los restantes contratos de las Administraciones Públicas podrán ser adjudicados por procedimiento negociado en los casos previstos en el artículo 154 y, además, cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros”.*

4.3.4.1.7.- El procedimiento negociado por razón de la cuantía.

A lo largo de este trabajo hemos visto cómo ha sido tradicional prever la posibilidad de adjudicar directa o negociadamente determinados contratos cuyo presupuesto quedaba por debajo del umbral que establecían en cada momento las normas vigentes. En tales casos no es precisa una especial justificación en el expediente, pues por toda motivación para legitimar el uso del procedimiento negociado basta la constatación de que el presupuesto del contrato es inferior a la cifra establecida por la norma.

Es importante recordar que esta posibilidad de adjudicación negociada en exclusiva atención de la cuantía del contrato no está prevista por la Directiva comunitaria. Supone ello una ampliación del ámbito de utilización del procedimiento negociado seguramente

atrevida, en tanto que el derecho comunitario contempla este procedimiento como excepcional, de uso restrictivo⁴⁸⁶. Sin embargo, el legislador español ha previsto ya esta posibilidad de forma tradicional, pero no olvidemos que esta es una decisión del legislador nacional que puede en algún momento encontrar el reproche de las instituciones comunitarias.

La LCSP no ha desmentido a sus predecesoras en esta cuestión, y hemos comprobado que para cada uno de los contratos administrativos típicos, e incluso para los administrativos especiales, los artículos 155 a 159 establecen los límites máximos para la utilización del procedimiento negociado en razón de la cuantía. Nada novedoso, pues, hasta aquí.

Sin embargo, lo que sí merece algunas reflexiones y comentarios es el aumento que han sufrido esas cifras en la LCSP. En el caso del contrato de obras, la cifra del TRLCAP se ha multiplicado por dieciséis, pasando a ser ahora de un millón de euros; y parecidas proporciones han experimentado los apartados correspondientes a los contratos de gestión de servicios públicos (que pasa a 500.000 euros), suministro y servicios (100.000 euros).

El gran aumento en estas cifras ya fue objeto de críticas durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, pues no olvidemos nunca el carácter restrictivo con el que debe utilizarse este procedimiento, dada la limitación sobre la publicidad y concurrencia que conlleva. En particular, el acierto de la elevación es más discutible aún en el ámbito de las Entidades Locales⁴⁸⁷ porque la Disposición adicional segunda de la LCSP ya no contiene como su

⁴⁸⁶ Desde las instituciones comunitarias se ha denunciado la utilización excesiva del procedimiento negociado; por ejemplo, lo hizo la Comisión en el *Libro Verde La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*. Comisión Europea, 27 de noviembre de 1996. Pág. 11.

⁴⁸⁷ Ya lo expusimos en CARBONERO GALLARDO, J.M.: "Las normas específicas de contratación...". Op. Cit., págs. 101 y 102.

predecesora⁴⁸⁸ una modulación sobre tales cantidades en función de los recursos ordinarios del presupuesto (para la utilización del procedimiento negociado por razón de la cuantía (y solo este supuesto), el presupuesto del contrato no debía ser superior al umbral establecido por cada precepto ni superar el diez por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto de la Entidad Local). Es decir, este procedimiento negociado puede utilizarse ahora en el ámbito local por debajo del umbral establecido con carácter general por la LCSP para cada tipo de contrato. Ello lleva a que en la práctica las Entidades Locales puedan adjudicar la mayoría o todos sus contratos sin celebrar licitaciones públicas⁴⁸⁹. Es verdad que el procedimiento negociado exige publicidad por encima de ciertos umbrales, según veremos más adelante, y que esto supone una atenuación del efecto que produce la subida de los umbrales. Pero aun así, la mayoría de las Entidades Locales (sobre todo ese porcentaje superior al noventa por ciento que suele referirse inferior a cinco mil habitantes) celebran mayoritaria o completamente contratos que están por debajo de esas cifras. Es más, si reparamos en los presupuestos de las obras que las Diputaciones Provinciales incluyen en sus Planes provinciales de Obras y Servicios, comprobaremos que la gran mayoría no superan tampoco esas cantidades; ello supone que podrían adjudicarlos mediante procedimiento negociado sin publicidad.

No queremos decir con todo lo anterior que esas adjudicaciones vayan a ser irregulares o corruptas, pero desde luego desde antiguo todos tenemos claro que deben primarse los procedimientos abiertos, con publicidad y la mayor concurrencia posible, concordando con los

⁴⁸⁸ La Disposición adicional novena del TRLCAP, que a su vez operaba sobre el artículo 88 LRBRL, precepto este último también expresamente derogado por la LCSP.

⁴⁸⁹ Suficientemente expresivo en el mismo sentido es el epígrafe que MARTÍNEZ PALLARÉS titula como *La conversión de un procedimiento excepcional en el procedimiento ordinario: la supresión del límite por razón de la cuantía*. MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L.: "Las entidades locales y la Ley de Contratos del Sector Público", dentro de *El derecho de los contratos...* Op. Cit., pág. 276, y en "La LCSP y la Administración Local". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17. Junio de 2008. Pág. 81.

más básicos principios generales de la contratación pública⁴⁹⁰. Eso seguirá siendo posible, puesto que la Ley no nos obliga a optar por el procedimiento negociado, pero por debajo de esas elevadas cifras queda legitimado el procedimiento negociado sin que sea precisa ninguna otra justificación. Y como ha escrito RIVERO ORTEGA, “*si la discrecionalidad no se controla, el terreno para los abusos estará preparado*”⁴⁹¹. Puede decirse que no hay ninguna razón cualitativa para desconfiar más de los órganos de contratación locales que de los autonómicos o estatales y que el umbral ha de ser el mismo para todos ellos. Pero incluso estando de acuerdo en esto, no es menos cierto que las Administraciones estatal y autonómicas celebran contratos de presupuestos elevadísimos que tienen forzosamente que ser licitados públicamente. Sin embargo, la tipología y cuantía de los contratos que celebran las Entidades Locales pueden producir el efecto perverso de que algunas de ellas caiga en la tentación de dejar de efectuar convocatorias públicas de contratación y adjudicarlo todo por procedimiento negociado. En tales casos, siempre podrá decirse que se ha contratado de forma ajustada a Derecho, y es cierto, pero no perdamos tampoco de vista la aureola que rodea al procedimiento negociado (adjudicaciones directas, como suele escribirse en la prensa buscando un efecto más sensacionalista de estas cuestiones) y el daño que su uso abusivo produce a lo público, en el sentido amplio del término.

⁴⁹⁰ En este sentido, y por todos, MORENO MOLINA, J.A.: “La importancia de los principios generales de la contratación pública en la LCSP”, dentro de *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación...* Op. Cit., págs. 72 y ss. El profesor advierte sobre las importantes y graves consecuencias que puede tener la exagerada elevación del umbral en el procedimiento negociado por razón de la cuantía y también en el contrato menor. Muy expresivo resulta de entrada el título que da al epígrafe segundo del capítulo: *El riesgo de huida de los principios generales de la contratación pública por el mantenimiento en la LCSP de procedimientos de contratación de carácter excepcional, e incluso la fuerte elevación de los umbrales que permiten acudir a ellos*. Con relación a esta cuestión, también MORENO MOLINA, J.A.: “Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas”. Op. Cit.

⁴⁹¹ RIVERO ORTEGA, R.: “La nueva regulación de los contratos públicos en España”. *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 65, julio-septiembre de 2008. Pág. 639.

4.3.4.2.- *El procedimiento negociado como procedimiento administrativo.*

Ya analizamos en el Capítulo anterior cuál ha sido la evolución más reciente del procedimiento negociado; particularmente cómo las últimas reformas de la contratación administrativa introdujeron detalles en su procedimiento administrativo que le han hecho abandonar la gran indefinición original.

La LCSP ha seguido avanzando en ese sentido, de forma que el procedimiento negociado está ahora más perfilado. Evidentemente no con el grado de detalle que goza el procedimiento abierto o el restringido, entre otras cosas porque el negociado es por definición menos formalista, pero si algo más dibujado. Veamos, pues, cuáles son las novedades introducidas por la LCSP en este aspecto procedimental.

4.3.4.2.1.- Delimitación de la materia objeto de negociación.

Realmente, lo que el artículo 160 LCSP establece no es ninguna novedad; según éste, "*en el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas*". Sin embargo, no está de más abundar en el hecho de que lo que debe contener el PCAP en los procedimientos negociados es la descripción de esos aspectos económicos y/o técnicos, y no criterios de valoración tal como son exigidos en el procedimiento abierto o restringido⁴⁹². Esto es, no se trata aquí de criterios ponderados, sino solo de expresar los aspectos sobre los que va a versar la negociación para seleccionar al adjudicatario⁴⁹³.

⁴⁹² Parece coincidir con nosotros BLANQUER, D.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007. Pág. 197.

⁴⁹³ A la confusión de la que hablamos ha contribuido, lamentablemente, el modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para los contratos de obras

4.3.4.2.2.- Procedimiento negociado con publicidad. Su confusa regulación legal.

Especial atención nos merece el artículo 161 LCSP, que contiene las especialidades del procedimiento negociado con publicidad. El que exista un procedimiento negociado con publicidad no es una novedad en sí mismo, puesto que esta posibilidad ya la conocíamos. Pero sí lo es la forma de regular la cuestión que ahora adopta la LCSP.

Lo primero que debemos conocer son los supuestos en que es necesario dar publicidad a los procedimientos negociados. Estos supuestos son los de los artículos 154.a) y b), 155.a) y 158.a). En estos casos sólo podrá prescindirse de la obligada publicidad *“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*

acogidos al Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre; modelo aprobado por la JCCA en Acuerdo de 15 de diciembre de 2008. Pues bien, el modelo correspondiente al procedimiento negociado establece literalmente el siguiente texto, en el que es fácilmente apreciable la enorme confusión de conceptos, con exigencia incluso de ponderación: *Cuestiones que pueden ser objeto de negociación. Criterios para la adjudicación del contrato: La negociación que deba celebrarse a efectos de lo dispuesto en el artículo 162 versará sobre los aspectos de carácter económico y técnico del contrato siguientes: (precio, plazo de ejecución, plazo de garantía, condiciones de mantenimiento, etc.).*

Una vez fijadas definitivamente las ofertas de los licitadores, tras la negociación, la adjudicación del contrato se efectuará mediante la valoración de los siguientes criterios: (deberá enumerarse cada uno de los criterios que deban tomarse en consideración para la adjudicación expresando en todo caso la ponderación que deba asignarse a cada uno en la valoración global de la oferta, o, cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia).

En todo caso, se tomará en consideración, como criterio de adjudicación para la valoración de las ofertas, el volumen de la mano de obra que se utilizará en la ejecución del contrato, atribuyéndose hasta un total de --- puntos en función de la mano de obra contratada y a contratar.

ofertas conformes con los requisitos formales exigidos, y solo a ellos" (artículo 161.1).

Pero otros supuestos que también están obligados a la publicidad son los que describe en artículo 161.2. Más importancia aún tiene, a nuestro juicio, este apartado segundo, por cuanto exige la publicidad de algunos contratos no sujetos a regulación armonizada cuando superan determinado umbral. Se trata de la atenuación del procedimiento negociado por razón de la cuantía a la que nos referimos en su momento. Así, el artículo 161.2 exige publicidad para los contratos no sujetos a regulación armonizada que puedan adjudicarse por procedimiento negociado por ser su cuantía inferior a la indicada en los artículos 155, letra d), 156, letra b), 157, letra f), 158, letra e) y 159⁴⁹⁴. En tales casos *"deberán publicarse anuncios conforme a lo previsto en el artículo 126 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"*.

Pues bien, aquí la LCSP hace una de sus mejores demostraciones de técnica legislativa enrevesada, a base de reenvíos, excepciones de excepciones, en fin, consiguiendo crear confusión y oscuridad. Y es que el artículo 126 es especialmente difícil de entender. Simplificando su contenido y para ofrecer una conclusión clara, lo que debemos saber es que los procedimientos negociados por razón de la cuantía cuyo valor estimado exceda de 200.000 euros en el caso de obras o de 60.000 en los restantes contratos, deben ser objeto

⁴⁹⁴ Nos parece una interpretación forzada y por eso la traemos a pie de página, pero la redacción de este apartado segundo del artículo 162 permitiría también entender que en tal supuesto entran no solo los procedimientos negociados por razón de la cuantía sino todos los procedimientos negociados, cualquiera que sea su supuesto, en el caso de que el valor estimado del contrato supere el establecido para aquéllos definidos por la cuantía. Insistimos en que no creemos que esta sea la interpretación correcta, sino la de entender que en este art. 161.2 solo se alude a los procedimientos negociados por razón de la cuantía, pero queremos dejar aquí constancia de una posible confusión a la que puede dar lugar la redacción del precepto.

de publicación en el Boletín Oficial del Estado⁴⁹⁵. No obstante, cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, esta publicación en el B.O.E. puede sustituirse por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales (art. 126.1). Como regla general sabemos que los anuncios de licitación han de publicarse además en el perfil de contratante del órgano de contratación, pero en el caso que ahora analizamos (el de los procedimientos negociados por razón de la cuantía obligados a publicarse por exceder aquéllas cuantías), el anuncio en el perfil de contratante puede sustituir a la del B.O.E., diarios oficiales autonómicos o provinciales (art. 126.4).

La siguiente cuestión que cabe plantearse es, ¿cómo ha de realizarse esa publicidad? Ya hemos visto la respuesta para el caso de procedimientos negociados por razón de la cuantía. En el resto de procedimientos negociados, la publicidad seguirá el régimen ordinario establecido por el artículo 126.

Y por último, detengámonos en el apartado tercero de este artículo 161, no exento de dificultad. Este precepto dispone que *“serán de aplicación al procedimiento negociado, en los casos en que se proceda a la publicación de anuncios de licitación, las normas contenidas en los artículos 147 a 150, ambos inclusive. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a negociar, deberá tenerse en cuenta lo señalado en el apartado 1 del artículo siguiente”* (es decir, las empresas serán al menos tres, siempre que ello sea posible). Esta aplicación de los preceptos del procedimiento restringido ha ocasionado bastante confusión a la entrada en vigor de la LCSP, ya que los operadores

⁴⁹⁵ Esta es una de las novedades destacables del procedimiento negociado en la LCSP, pues el TRLCAP distinguía entre procedimiento negociado con y sin publicidad en función de que se rebasara o no el umbral comunitario. MORENO MOLINA, J.A.: “Los procedimientos de adjudicación de los contratos”, dentro de *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación...* Op. Cit., pág. 265.

jurídicos están habituados a que en la mayoría de las ocasiones el procedimiento negociado no conlleve publicidad, bastando las invitaciones y la posterior comparación de ofertas para seleccionar al adjudicatario. Por eso, esta fórmula (un tanto híbrida) crea numerosas dudas para su aplicación. En definitiva, de lo que se trata es de hacer una selección preliminar, que debe basarse en criterios de solvencia determinados en el anuncio. Las empresas que superen esa criba inicial son las que serán invitadas por el órgano de contratación a participar en el procedimiento negociado, que se dirimirá según los aspectos económicos y/o técnicos que expresara el pliego de cláusulas administrativas particulares.

4.3.4.2.3.- La negociación de los términos del contrato.

Sabemos desde el principio de este trabajo que las normas sobre procedimientos de contratación se fundamentan parcialmente en la desconfianza hacia la Administración y sus funcionarios. Sabedores de ello, tampoco los funcionarios se sienten cómodos cuando la norma no detalla exhaustivamente el procedimiento a seguir para seleccionar al contratista. Por ello y desde ese punto de vista, suele preferirse la tramitación de una subasta antes que un procedimiento negociado. Es más, aunque la Ley permite una auténtica negociación, en la mayoría de las ocasiones el órgano de contratación y sus funcionarios se limitan a invitar a varias empresas, recabar sus ofertas y abrirlas simultáneamente para adjudicar a la que ofrezca mejor precio u otras mejores condiciones objetivas⁴⁹⁶. Pero

⁴⁹⁶ En parecido sentido, LAGO NÚÑEZ lo expresaba así: *Considerar que la negociación es incompatible con la rigurosidad (de la subasta y el concurso) y exagerar su "carácter necesariamente flexible y sin formalismos" ha desnaturalizado el procedimiento y ante una dificultad cierta de definir la negociación (quizás debido a la falta de tradición administrativa de esta figura o al arraigo de expresiones peyorativas como es el de negociaciones prohibidas en el ámbito funcional), se ha llegado a un vaciamiento de su forma y contenido en la mayoría de los Pliegos de cláusulas administrativas. De manera que venimos asistiendo en la práctica a unos procedimientos negociados que se caracterizan por la ausencia de la negociación, una especie de concursos rápidos, sin baremos, sin puntuación. Unas adjudicaciones directas disfrazadas...* LAGO NÚÑEZ, G.: "La negociación como procedimiento

desde luego, en muy contadas ocasiones se desarrolla una verdadera negociación⁴⁹⁷; por un lado porque no estamos adiestrados para ello, pero sobre todo para no caer en aquellos “*tiros de la maledicencia*” de los que habló Bravo Murillo.

Aunque el artículo 162 aparece titulado de este modo, “*negociación de los términos del contrato*”, su contenido no colma las expectativas que pudiéramos tener; tal vez porque una Ley no es el instrumento adecuado para definir la negociación. Para ello podemos encontrar numerosas técnicas, y la Ley lo único que debe hacer es poner unos límites a la misma para que nadie confunda negociar con trapichear⁴⁹⁸.

Pues bien, la mayoría del contenido de este artículo 162 no es nuevo, y de lo nuevo hay buena parte que seguramente es superflua.

No es nueva la necesidad de solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible⁴⁹⁹ (artículo 162.1). Ni tampoco lo es la exigencia de dejar constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo (artículo 162.5).

Puede resultar superfluo el apartado tercero, que nos advierte de que “*durante la negociación, los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. En particular no*

contractual”. El Consultor de los Ayuntamientos, núm. 10, 30 de mayo de 2008. Pág. 1772.

⁴⁹⁷ En este sentido, BLANCO LÓPEZ, F.: “Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en la LCSP”, dentro de *Estudios sobre la Ley...*, Op. Cit., págs. 181 y 182.

⁴⁹⁸ *Trapichear*, según el Diccionario de la Real Academia Española (22ª edición), significa coloquialmente *ingeniarse, buscar trazas, no siempre lícitas, para el logro de algún objeto*.

⁴⁹⁹ Aunque ya vimos que en algunos de los supuestos del procedimiento negociado ello es imposible por definición, debiéndose negociar con un único empresario (por ejemplo, por razones de derechos de exclusiva, repetición de obras similares a otras adjudicadas anteriormente...).

facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto". Realmente, y como ya dijimos, se trata de los principios generales de transparencia e igualdad, que presiden toda la contratación pública, con independencia del procedimiento que se elija. Por eso, habría sido suficiente con que la LCSP lo enunciara en un precepto de aplicación general⁵⁰⁰, ahorrándose la agotadora reiteración con la que lo ha introducido a lo largo de todo el texto.

Respecto a la negociación en sí, lo que nos dice el artículo 162.4 es también lo elemental: *"Los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa"*.

Lo que sí es nuevo en el procedimiento negociado de la LCSP es la posibilidad de articularlo en fases. La posibilidad de que el procedimiento de contratación se estructure en varias fases es relativamente reciente, como vimos, y la Ley 53/1999 introdujo esa posibilidad para el concurso. Pues bien, ahora la LCSP generaliza esa opción, permitiéndola también en el procedimiento negociado y en el diálogo competitivo (artículo 166.3). Así, el artículo 162.2 establece que *"los órganos de contratación podrán articular el procedimiento negociado en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta facultad"*. La utilización en este apartado del término *criterios de adjudicación* puede ser otro *descuido* del redactor, pero no

⁵⁰⁰ Incluso aunque no lo hubiera establecido expresamente la LCSP, los órganos de contratación no deberían actuar de forma discriminatoria, y en su caso serían condenados por los Tribunales por contrariar tan elementales principios generales.

entendemos que en esta referencia incidental se pretenda dar a entender que en el procedimiento negociado han de utilizarse criterios y no aspectos económicos y/o técnicos negociables como proclama solemnemente el artículo 160⁵⁰¹. Por eso, lo más probable es que se esté aludiendo a los criterios de solvencia a los que se refiere el artículo 147 (como criterio para la selección de candidatos en el procedimiento restringido) y que resulta de aplicación en el procedimiento negociado con publicidad por mandato del artículo 161.3; pero en el caso de que las fases articulen un procedimiento negociado sin publicidad, lo que procede aplicar son aspectos técnicos o económicos previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Este apartado segundo, y para que tampoco se nos olvide a pesar de que el principio está presente en toda la contratación pública, establece que *" el número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados "*.

4.3.5.- DIÁLOGO COMPETITIVO.

Llegamos ahora sí a una de las auténticas y más importantes novedades de la LCSP⁵⁰², sobre todo en el ámbito de los procedimientos de adjudicación. El diálogo competitivo, como ya habíamos adelantado, es un procedimiento de nueva introducción por esta Ley, importado directamente del Derecho comunitario, de la Directiva 18/2004, de 31 de marzo. Desde hace tiempo, uno de los

⁵⁰¹ Decimos solemnemente porque el artículo 160 es breve, algo inusual en esta Ley, y está dedicado en exclusiva a exigir la determinación de dichos aspectos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

⁵⁰² Aunque en España el diálogo competitivo ya había sido regulado anteriormente por la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra. Esta regulación considera especialmente complejos los de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o proyectos que requiera financiación compleja y estructurada (art. 75).

objetivos de la Unión Europea en esta materia ha sido la de flexibilizar los procedimientos de adjudicación, y en esa finalidad responde ahora el diálogo competitivo⁵⁰³.

La Directiva de la que trae causa concibe el diálogo competitivo como un procedimiento para dar cobertura a contratos de acusada complejidad; tales que a los poderes adjudicadores les resulte *"objetivamente imposible definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que pueda ofrecer el mercado"*⁵⁰⁴. Pues bien, la Directiva primero y la LCSP después, han previsto para un contrato complejo un procedimiento complejo de adjudicación. Realmente no es que el diálogo competitivo esté previsto solo para ser utilizado con el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP), pero sí a la inversa: el procedimiento normal de adjudicación de los CPP es el diálogo competitivo⁵⁰⁵ (art. 164.3 LCSP, que solo contempla como posibilidad adicional la de utilizar el procedimiento negociado con publicidad en el caso previsto en el art. 154.a). Tal procedimiento responde al razonamiento de la Directiva, cuando exponía que *"en la medida en que la utilización de procedimientos abiertos o restringidos no permita la adjudicación de dichos*

⁵⁰³ Así lo expresó la Comisión en su Comunicación de 11 de marzo de 1998, "La Contratación Pública en la Unión Europea": *en los contratos especialmente complejos y en constante evolución, como por ejemplo en el ámbito de la alta tecnología, los compradores saben cuáles son sus necesidades pero no saben previamente cuál es la mejor técnica para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos resulta necesaria una discusión del contrato y un diálogo entre compradores y proveedores... Los procedimientos de derecho común previstos por las Directivas "clásicas" sólo dejan un margen muy reducido para la discusión a lo largo del procedimiento de adjudicación, por lo que son considerados como demasiado rígidos para este tipo de actuaciones.* La misma idea fue reiterada (ya lo dijimos en el Capítulo anterior) por el Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas, 30.4.2004.

⁵⁰⁴ Así describe el Considerando 31 de la Directiva 2004/18 los contratos que han de requerir un procedimiento como el diálogo competitivo, singularmente los CPP.

⁵⁰⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. ha advertido de que precisamente en contratos tan complejos como los CPP, la utilización de un procedimiento como el diálogo competitivo puede ser problemático con relación a la transparencia administrativa. "Contrato de colaboración público-privada". *Revista de Administración Pública*, núm. 170, mayo-agosto de 2006. Pág. 28.

contratos, es conveniente pues prever un procedimiento flexible que salvaguarde tanto la competencia entre los operadores económicos como la necesidad de los poderes adjudicadores de debatir con cada candidato todos los aspectos del contrato”.

4.3.5.1.- *Concepto.*

El artículo 163.1 LCSP describe⁵⁰⁶ el diálogo competitivo como un procedimiento en el que *“el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base par que los candidatos elegidos presenten una oferta”.*

Se trata de un procedimiento de utilización excepcional; recordemos, pues, que la LCSP presenta como procedimientos ordinarios el abierto y el restringido, y como excepcionales el negociado y el diálogo competitivo.

Podemos decir (esa es nuestra opinión) que el diálogo competitivo es un procedimiento a mitad de camino entre el restringido y el negociado⁵⁰⁷. Como veremos al describir su regulación, en el diálogo competitivo hay rasgos comunes a esos otros procedimientos. De hecho, la propia Comisión Europea reconoce que existen esos caracteres comunes al procedimiento restringido y al procedimiento negociado con publicidad. Y aclara que *“el diálogo competitivo se distingue del procedimiento restringido en que las negociaciones se pueden referir a todos los aspectos del contrato y del procedimiento negociado en que las negociaciones se concentran o refieren a una etapa muy concreta del procedimiento de*

⁵⁰⁶ O *caracteriza*, como el propio artículo se titula.

⁵⁰⁷ En este mismo sentido, LLAVADOR CISTERNES, H. (coord.): *Contratación Administrativa*. Ed. Aranzadi, SA. Cizur Menor, 2008. Pág. 240.

*contratación*⁵⁰⁸. Por eso no ha faltado quien haya dudado de la conveniencia de crear este procedimiento en lugar de encajarlo en los ya existentes restringido y negociado⁵⁰⁹.

4.3.5.2.- *Supuestos de aplicación.*

Tratándose, como hemos dicho, de un procedimiento excepcional, cobran también una gran importancia los supuestos en que podemos recurrir al diálogo competitivo⁵¹⁰. Se trata, pues, de un procedimiento de utilización tasada como vimos que anuncia el artículo 122.2 LCSP, y esos supuestos que legitiman su uso son los descritos por el artículo 164.

La definición de los supuestos no es, sin embargo, tan detallista como en el caso del procedimiento negociado. Y esto no es una crítica: probablemente la tipificación no puede ser tan minuciosa en este caso. Lo que ocurre es que seguramente conoceremos más de una utilización pícaro del diálogo competitivo. Siguiendo el dictado de la Directiva, el artículo 164.1 LCSP contempla la utilización de este procedimiento *en “el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato”*. En todo caso han de adjudicarse por este procedimiento los contratos de colaboración entre el sector público y

⁵⁰⁸ European Comision. Explanatory Note. Competitive Dialogue. Classic Directive. Document CC/2005/04_rev 1 of 5-10-2005.

⁵⁰⁹ En ese sentido parece pronunciarse JIMÉNEZ RIUS, P.: “El diálogo competitivo: ¿avance o retroceso?”. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 69, noviembre de 2007. Pág. 62.

⁵¹⁰ RAZQUÍN LIZÁRRAGA lo resume en el sentido de que se debe utilizar el diálogo competitivo solamente cuando no quepa dar solución a un determinado contrato mediante los procedimientos ordinarios. “Selección de contratistas y adjudicación de contratos (con especial referencia a la Administración Local)”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 306, enero-abril de 2008. Pág. 59.

el sector privado⁵¹¹, salvo cuando se pueda seguir el procedimiento negociado del artículo 154.a)⁵¹².

El propio artículo 164.2 LCSP da una pista sobre qué contratos deben considerarse particularmente complejos: *"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 101⁵¹³,*

⁵¹¹ Que son contratos complejos por definición (art. 11 LCSP): *1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período 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 específicamente 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.

⁵¹² El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados y el Grupo Catalán de Convergencia i Unió tanto en el Congreso como en el Senado presentaron enmiendas de supresión contra el art. 164.3 por entender que no existen razones objetivas ni justificación alguna para la necesaria utilización del procedimiento de diálogo competitivo para la adjudicación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (enmiendas núms. 89, 265 y 85, respectivamente).

⁵¹³ El art. 101 dispone unas reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas, y los apartados b), c) y d) de su apartado tercero, rezan así: *b) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando a estas últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características medioambientales. Los parámetros empleados deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación.*

c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, conforme a lo indicado en la letra b), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con los mismos, a las especificaciones citadas en la letra a).

d) Haciendo referencia a las especificaciones técnicas mencionadas en la letra a), para ciertas características, y al rendimiento o a las exigencias funcionales mencionados en la letra b), para otras.

*los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto*⁵¹⁴.

4.3.5.3.- Apertura del procedimiento y solicitudes de participación.

El procedimiento de selección mediante diálogo competitivo arranca también con un anuncio de licitación en el que el órgano de contratación ha de dar a conocer sus *necesidades y requisitos*, detallándolos o bien en el propio anuncio o el documento descriptivo (artículo 165.1 LCSP). Éste último sustituye a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas en el procedimiento que ahora nos ocupa (artículo 93.3 LCSP).

A partir de ahí, entran en aplicación las reglas que para el procedimiento restringido establecen los artículos 147 a 149, por expresa remisión del 165.2 LCSP, precepto que también establece que como mínimo habrán de ser tres las empresas invitadas a tomar parte en el diálogo.

Y en cuanto a las características de las invitaciones, están descritas por el artículo 165.3, y también se asemejan notablemente a las del procedimiento restringido.

⁵¹⁴ La Comisión Europea ejemplificó la posibilidad de un contrato técnicamente complejo en el que debería utilizarse el diálogo competitivo en el caso de que se necesitara unir las dos orillas de un río y el órgano de contratación careciera de capacidad para determinar si la mejor solución es la construcción de un túnel o un puente. Un contrato sería complejo legalmente cuando, por ejemplo, el órgano de contratación no tenga la seguridad de que el futuro contratista tenga capacidad suficiente para asumir la concesión de una obra. Y como ejemplo de contrato financieramente complejo, la Comisión ofrecía el supuesto en que la exista la necesidad de reconstruir un colegio limitando el gasto y cediendo para ello el uso de terrenos públicos como forma de pago total o parcial (European Comision. Explanatory Note. Competitive Dialogue. Classic Directive. Document CC/2005/04_rev 1 of 5-10-2005).

4.3.5.4.- *Diálogo con los candidatos.*

Bajo este título, el artículo 166 LCSP nos describe cómo ha de ser el diálogo con los candidatos. En nuestra opinión, la extensión del precepto no se corresponde con el interés de su contenido. Decimos esto porque la mayor parte de las prescripciones de este artículo 166 son generalidades, a cumplir desde luego, pero perfectamente deducibles del resto de la Ley y del derecho comunitario de la contratación pública⁵¹⁵. En auxilio del redactor también diremos que es difícil describir en qué ha de consistir un diálogo con los candidatos al igual que lo dijimos de la negociación en el procedimiento negociado. Se trata de una actividad más de gestión que de definición teórica, de modo que lo que puede hacer el legislador es establecer unos límites o reglas básicas del juego para que en este caso el diálogo no se convierta en otra cosa de peor nombre y contenido.

Pues bien, el diálogo que el órgano de contratación desarrollará con los candidatos seleccionados e invitados tiene por fin la determinación y definición de los medios adecuados para satisfacer sus necesidades, pudiendo debatirse durante el mismo todos los aspectos del contrato (artículo 166.1). Como ya habíamos adelantado, este diálogo puede articularse en fases sucesivas, reduciendo progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo (166.3).

⁵¹⁵ Nos referimos, por ejemplo, al apartado segundo del artículo 166, que establece una vez más, aunque ahora con relación al diálogo competitivo, que *durante el diálogo, el órgano de contratación dará un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto*. A continuación, el propio precepto prohíbe expresamente al órgano de contratación la revelación a los demás participantes de *las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste*. Y en la misma línea que la Ley expresa para el procedimiento restringido o negociado, el siguiente apartado, el tercero, advierte al contemplar la articulación del diálogo competitivo en fases que *el número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados*.

La Ley no establece una duración máxima de la fase de diálogo, sino que este podrá proseguir hasta que el órgano de contratación esté en condiciones de determinar, después de compararlas si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades (166.4). Y, esto es importante, el diálogo no desemboca en la adjudicación del contrato; lo que propicia el diálogo son unas bases concretas sobre las que los participantes presentarán su oferta final. Así, el artículo 166.4 dispone que *“ tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo, indicando la fecha límite, la dirección a la que deba enviarse y la lengua o lenguas en que puedan estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano”*.

4.3.5.5.- *Presentación y examen de las ofertas.*

La adjudicación tiene lugar tras la invitación formal del órgano de contratación para que los candidatos seleccionados presenten su oferta final, una vez evaluadas éstas a la luz de los criterios de adjudicación y determinada así cuál es la oferta económicamente más ventajosa (artículo 167.2). Los criterios han de ser varios necesariamente; parece lógico que tratándose de un procedimiento complejo para adjudicar un contrato complejo, ello no se dirima aplicando el único criterio del precio ofertado. Pero en cualquier caso la LCSP⁵¹⁶ veda expresamente esta posibilidad en su artículo 167.2.

Como es natural, también las ofertas serán complejas en este procedimiento y por ello el propio artículo 167 admite que el órgano de contratación solicite precisiones o aclaraciones, ajustes o información complementaria sobre aquéllas, siempre que eso no

⁵¹⁶ Siguiendo el mandato directo del artículo 29.1 Directiva 18/2004.

suponga una modificación de sus elementos fundamentales que implique una valoración que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio. Incluso, y también como indicio de la complejidad técnica que pueden tener estos documentos (tanto las bases como las propias ofertas), el órgano de contratación podrá requerir al licitador seleccionado para que aclare determinados aspectos de la misma o ratifique los compromisos que en ella figuran, con los mismos límites que hemos mencionado anteriormente (167.3). CHINCHILLA MARÍN⁵¹⁷ cuestionó tempranamente esta segunda oportunidad de pedir aclaraciones y ratificación, que bien es cierto, son pura transcripción de la Directiva. Como recuerda la profesora, la oferta vincula efectivamente al licitador sin necesidad de que deba ratificarla nuevamente; y en cuanto a las aclaraciones, se puede caer en la tentación de modificar aspectos (siquiera no sean *sustanciales*) y ello no es irrelevante en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos.

4.3.6.- NORMAS ESPECIALES APLICABLES A LOS CONCURSOS DE PROYECTOS.

La última Sección (6ª) del Capítulo I, Título I del Libro III, contiene cinco artículos dedicados al establecimiento de normas especiales para los concursos de proyectos. La figura no es nueva, aunque ahora se amplía la regulación en concordancia con lo que establecen los artículos 66 a 74 (Título IV) de la Directiva 18/2004. JIMÉNEZ RIUS recuerda que previamente a su celebración, el sujeto público contratante debe justificar la necesidad del contrato y que no tiene medios personales para lograr el objeto por sí mismo, además de dejar este objeto perfectamente determinado y precisado antes del procedimiento de adjudicación⁵¹⁸. La autora citada califica estos concursos como una especialidad del contrato de asistencia (ahora

⁵¹⁷ CHINCHILLA MARÍN, C.: "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado". *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, octubre-diciembre de 2006. Págs. 639 y 640.

⁵¹⁸ JIMÉNEZ RIUS, P.: "Los concursos de proyectos con jurado en la nueva LCSP". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 72, febrero de 2008. Págs. 59 y 60.

servicios), aunque más acertada nos parece la consideración de que son realmente un particular modo de adjudicar los contratos de servicios, como ha argumentado GRACIA HERRERO⁵¹⁹.

Sucintamente diremos aquí cuáles son los rasgos procedimentales más importantes en la nueva regulación de los concursos de proyectos. Para empezar, debemos recordar cuál es el concepto y éste nos viene dado por el artículo 168.1 LCSP: *“son concursos de proyectos los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado”*. El mismo artículo 168.2 precisa que las normas de la citada Sección 6ª se aplicarán a los concursos de proyectos que respondan a uno de estos dos tipos: a) Concursos de proyectos organizados en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios; b) Concursos de proyectos con primas de participación o pagos a los participantes.

El concurso de proyectos puede también estar sujeto a regulación armonizada si supera los umbrales del artículo 16, y el propio artículo 168.4 establece unas reglas para el cálculo de la cuantía de estos concursos.

En el concurso de proyectos no se habla de pliegos, sino de bases⁵²⁰, que deberán contener las normas relativas a su organización y deben estar a disposición de los interesados en participar (artículo 169 LCSP).

⁵¹⁹ GRACIA HERRERO, F.J.: “El concurso de proyectos según la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 4, 29 de febrero de 2008. Pág. 671.

⁵²⁰ La JCCA en su informe 56/06, de 26 de marzo de 2007, estando vigente aún el TRLCAP, había dicho que no se entendía muy bien la diferencia entre bases y pliegos, pero que en cualquier caso la exigencia de pliegos era general para todos los procedimientos (salvo contratos menores y contratación de emergencia).

Desde luego, el concurso de proyectos debe ser sometido a publicidad, lo que se hará conforme a las normas del artículo 126.

Y una de los elementos clave en estos concursos es la intervención del jurado, al que ahora dedica bastante atención el artículo 172 LCSP⁵²¹. Debemos destacar la exigencia de que los miembros del jurado sean personas físicas independientes de los participantes y la posibilidad de exigir una cualificación profesional específica para los miembros, en cuyo caso deberán ostentarla al menos un tercio de ellos (172.2).

No obstante, la adjudicación del concurso corresponde al órgano de contratación, que conocerá el dictamen del jurado y que deberá motivar la adjudicación si ésta no se ajusta a la propuesta de aquél (172.8).

Finalmente, debemos tener presente que en lo no previsto en la Sección 6ª relativa a los concursos de proyectos, se regirán por las disposiciones relativas a la contratación de servicios (172.9).

4.4.- EL CONTRATO MENOR.

Ya explicamos en el Capítulo anterior por qué nos referimos en este trabajo al contrato menor aunque éste no esté calificado por las normas como un procedimiento de contratación⁵²². Con la LCSP no ha

⁵²¹ Más atención que la que anteriormente le dedicaban los preceptos correspondientes del TRLCAP. En ese sentido, la JCCA había declarado que habrían de ser *el correspondiente pliego el que determine los órganos intervinientes en el procedimiento de contratación, fundamentalmente la Mesa, aunque no sea preceptiva y el Jurado y sus respectivas competencias pareciendo lo más conveniente, a falta de prescripción contraria a los pliegos, que sean distintos los órganos encargados de apreciar la capacidad de obrar, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar de los que valoren los criterios de resolución del concurso, sin que en este extremo sea posible señalar la preferencia temporal de intervención de los mismos, siempre que , como es lógico, ambas intervenciones se produzcan con anterioridad a la adjudicación del contrato* (informe 56/06, de 26 de marzo de 2007).

⁵²² Aunque la Ley no lo califique como tal, MORENO MOLINA considera que el contrato menor es un procedimiento de carácter excepcional. MORENO MOLINA,

cambiado el concepto de contrato menor; es decir, éste se sigue definiendo exclusivamente por su cuantía y no por ninguna otra característica. Si bien es importante conocer que la cuantía ha sido elevada notablemente por la LCSP⁵²³, ampliando así las posibilidades de utilización por parte de los órganos de contratación (y también la franja de contratos que quedan en la oscuridad porque el RGLCAP los excluye de acceso al Registro Público de Contratos)⁵²⁴.

El artículo 122.3 LCSP considera contratos menores de obras a los de importe inferior a 50.000 euros, y a los de 18.000⁵²⁵ en los restantes contratos⁵²⁶. Además, y conforme a lo establecido por el artículo 76.1, ese importe habrá de considerarse sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido⁵²⁷. Como ya vimos, este aumento ha

J.A.: "Los procedimientos de adjudicación de los contratos", dentro de *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación...* Op. Cit., pág. 258.

⁵²³ Lo que ha sido merecedor de críticas. Por ejemplo, por parte de GIMENO FELIÚ, quien propone incluso su desaparición y sustitución por un procedimiento simplificado. GIMENO FELIÚ, J.M^º: "Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público", dentro de *El derecho de los contratos públicos*. Monografías de la REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Zaragoza, 2008. Pág. 39.

⁵²⁴ Además, la propia Comisión Europea ha alertado de que permitir que los contratos inferiores a cierto umbral no se sometan a ninguna disposición comunitaria da lugar a que numerosos contratos importantes para la pequeña y mediana empresa se adjudiquen contrariamente a los principios básicos del derecho de la Unión. En ese sentido, *Libro Verde sobre la contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*. Comisión Europea, 27 de noviembre de 1996, pág. 14.

⁵²⁵ Estas cuantías tienen la consideración de máximas y carácter básico en ese sentido, según establece la Disposición final séptima de la LCSP. Ello supone que pueden ser rebajadas por las Comunidades Autónomas.

⁵²⁶ Aunque, como hemos dicho, el incremento ha sido notable, en sede parlamentaria hubieron voces que reclamaron que lo fuera aún mayor. Concretamente el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria-Nueva Canarias, presentó enmienda (núm. 18) en el Congreso en el sentido de que el importe para los contratos menores de obras fuera de 300.000 euros, y de 50.000 para los restantes contratos. La justificación fue la de considerar que estas cuantías con más adecuadas al tiempo actual.

⁵²⁷ Esto parece ya fuera de toda duda en la práctica contractual. A clarificar la cuestión contribuyó la interpretación que la Abogacía del Estado efectuó en el sentido de excluir el IVA del importe para determinar si un contrato tiene o no la consideración de menor (Circular nº 3/2008 de la Abogacía del Estado. Asunto: Imprudencia de computar el IVA en el cálculo del importe de los contratos menores). Aunque en los primeros tiempos de vigencia de la LCSP la exclusión o no del IVA fue controvertida, y hubo quien defendió la no exclusión (por ejemplo, VICENTE MARÍA, F.J.: "La consideración de contrato menor en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 78, septiembre de 2008. Págs. 69-71, y VICENTE IGLESIAS, J.L.: "El importe de los contratos menores en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector

sido controvertido porque permite la contratación sin apenas trámite alguno de cuantías que pueden ser relevantes para muchos órganos de contratación, singularmente para los pequeños y medianos Ayuntamientos.

Respecto de la adjudicación de los contratos menores, el artículo 122.3 LCSP es más explícito que la normativa anterior, puesto que expresa literalmente que *“los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 95”*. Esa forma de enfatizar el carácter directo de la adjudicación del contrato menor parece querer despejar cualquier duda sobre la cuestión. No en vano, la JCCA había tenido que reiterar en numerosas ocasiones que en el contrato menor son suficientes los escasos trámites que exige la Ley, sin ninguna motivación adicional⁵²⁸: aprobación del gasto e incorporación de la factura⁵²⁹. A partir de ellos, no es precisa la publicidad, ni la participación de varias empresas, etc., lo que no quiere decir que el órgano de contratación no pueda incorporar voluntariamente esos trámites a sus contratos menores. Pero cumpliendo con el mínimo que exige la Ley para el contrato menor, el órgano de contratación habrá actuado correctamente y utilizado una fórmula ágil y sencilla para contratar, lo que no es desechable desde el punto de vista de la gestión⁵³⁰. Ahora el artículo 95.1 LCSP también exige esos mismos requisitos para la

Público”. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 79, octubre de 2008. Págs. 68-72.

⁵²⁸ En sentido crítico respecto de esa falta de exigencia de motivación, GARCÍA SÁNCHEZ, J.M.^a: “La motivación de los actos administrativos en el contrato menor”. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2, 2002. Pág. 255.

⁵²⁹ Respecto a la factura, la Disposición Adicional novena de la LCSP otorgaba el plazo de un año desde la entrada en vigor de la propia Ley para que el Ministro de Economía y Hacienda aprobase las normas de desarrollo necesarias para hacer posible el uso de las facturas electrónicas en los contratos que se celebren por las entidades que integran el sector público estatal.

⁵³⁰ Incluso recomendable, bajo el respeto de las normas; GALÁN DEL FRESNO, J.M.: “La regulación de la figura de contrato menor en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 84, marzo de 2009. Págs. 57 y ss.

tramitación del expediente de los contratos menores: la aprobación del gasto y la incorporación de la factura, pero es importante tener en cuenta que esas exigencias tienen el carácter de básicas en el sentido de mínimas; esto es, son susceptibles de ser ampliadas por las Comunidades Autónomas (Disposición final séptima LCSP).

En cuanto a la habilitación profesional de la que habla también el artículo 122.3 LCSP, se trata de un requisito que no se mencionaba anteriormente; su previsión está en el artículo 43.2⁵³¹ en unos términos tan genéricos que habrá que estar a cada caso concreto para ver qué habilitación exigen las diversas normas sectoriales para el ejercicio de las diferentes profesiones.

La LCSP no ha introducido cambios en los límites para la celebración de los contratos. No obstante, es importante tener en cuenta que sí ha adoptado una sistemática distinta para exponerlos, de modo que los ha dispersado a lo largo del texto en lugar de ofrecerlos agrupados como hacía anteriormente el artículo 56 TRLCAP. Los límites son, pues, los mismos: los contratos menores no podrán tener una duración superior al año, ni ser objeto de prórroga⁵³² ni de revisión de precios. Pero estas limitaciones aparecen ahora en los artículos 23.3, al hablar de la duración de los contratos en general, y en el artículo 77.2, al hablar de la revisión de precios para todos los contratos. La nueva sistemática, que dispersa las previsiones sobre el régimen jurídico del contrato menor⁵³³, puede despistar a algún operador jurídico, pero en cualquier caso, la nueva Ley impone los

⁵³¹ Artículo 43.2 LCSP: *Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.*

⁵³² Sobre la prórroga de los contratos menores, LECUE BALANZATEGUI, V.J.: "Algunas consideraciones sobre la prórroga en los contratos menores". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 88, julio de 2009. Págs. 49-52

⁵³³ En lo que ingeniosamente BLANCO LÓPEZ ha calificado de *diabólica técnica de desestructuración*. BLANCO LÓPEZ, F.: "Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en la LCSP", dentro de *Estudios sobre la Ley de Contratos...Op. Cit.*, pág. 177.

mismos límites, por lo que a la postre la ubicación dentro del texto ha de ser una cuestión secundaria.

Por último, hay que tener en cuenta que la Disposición adicional duodécima de la LCSP establece que la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos SARA, de acuerdo con las normas establecidas en la propia LCSP para los contratos menores.

4.5.- PREFERENCIA PARA LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS A FAVOR DE DETERMINADAS EMPRESAS.

Al igual que hicimos en el Capítulo anterior, debemos constatar que la Disposición adicional sexta de la LCSP⁵³⁴ contempla la posibilidad de que los pliegos establezcan la preferencia en la adjudicación a favor de empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro. Nosotros opinamos que realmente estas previsiones pueden ser no más que un brindis al sol. Para empezar porque la preferencia es discrecional: tiene que ser establecida por el órgano de contratación en los pliegos. Pero es que para que surta efecto ha que darse un empate en los criterios de valoración; se trata, pues, de un "*criterio de desempate*"⁵³⁵. Seamos realistas, en los procedimientos de adjudicación de los contratos la situación de empate sucede muy esporádicamente, de modo casi anecdótico. Sólo en tales casos se

⁵³⁴ Disposición que tiene carácter básico.

⁵³⁵ BERNAL BLAY, M.A.: "Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público". *El derecho de los contratos del sector público*. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Zaragoza, 2008. Pág. 237.

aplicará la preferencia a favor de estas empresas cuya labor social es tan meritoria y necesitada de apoyo público⁵³⁶.

Las previsiones de la Disposición adicional octava TRLCAP están reiteradas casi literalmente por la LCSP (antes se decía que el porcentaje en plantilla de trabajadores minusválidos no podía ser inferior al 2 %, y ahora se exige que sea superior a ese 2 %⁵³⁷ y se habla de trabajadores con discapacidad, de modo más acorde con la terminología actual), pero ahora ésta da más pasos en la misma dirección. No en vano hemos dicho ya que la LCSP supone un giro en la concepción de la contratación pública, que no ha de ser considerada ya solo como un instrumentos para contratar eficientemente, sino también para la consecución de otros objetivos de interés general. Habiendo apostado la Ley decididamente por esa concepción de la contratación pública, la Disposición adicional sexta contiene dos apartados más, y se incorpora una Disposición adicional séptima sobre Centros Especiales de Empleo⁵³⁸.

El segundo de tales apartados establece que *"igualmente podrá establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, reguladas en la Disposición*

⁵³⁶ Recordemos cómo en la comparecencia del representante de la Asociación Leridana de Minusválidos, Allem, relativa al Proyecto de LCSP en el Congreso de los Diputados, el señor Escolar Pujolar establecía la comparación con otros estados europeos, singularmente Italia donde existen adjudicaciones directas de contratos a empresas de estas características sociales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 2007, VIII Legislatura, núm. 756, pág. 9.

⁵³⁷ El Consejo Económico y Social, en su Dictamen 4/2006, al Anteproyecto de LCSP, sugirió que las preferencias en la adjudicación se basaran en un volumen de empleo de trabajadores discapacitados por encima del mínimo que ya se recoge con carácter obligatorio en la legislación promocional de estos trabajadores.

⁵³⁸ Sobre esta cuestión, por todos, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*. Ed. Cinca. Madrid, 2008. En particular, sus Capítulos 5, "La preferencia en las adjudicaciones de los contratos como medida de fomento del "empleo selectivo", págs. 35-65; y 10, "Su compatibilidad con los distintos sistemas de adjudicación del contrato", págs. 103-108.

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, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por ciento de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los siguientes colectivos, cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes:

a) Perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma.

b) Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora, o por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.

c) Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de instituciones de protección de menores.

d) Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.

e) Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos.

f) Personas con discapacidad”.

Y el cuarto de sus apartados, también novedoso, admite la posibilidad de preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista la alternativa de Comercio Justo para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo, 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.

También de forma novedosa, la Disposición adicional séptima establece que podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por ciento de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales⁵³⁹. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a tal disposición.

4.6.- LA MESA DE CONTRATACIÓN.

Hemos creído conveniente dedicar un epígrafe específico, aunque sea breve, a la Mesa de Contratación. A ella nos hemos referido en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, a menudo de forma incidental con relación a algunas otras cuestiones. Pero la Mesa de Contratación es una pieza clave, un órgano de gran importancia en los procedimientos de selección de los contratistas. No siendo el órgano decisorio sobre la adjudicación, el papel que juega en orden a la elección es fundamental; en la mayoría de las ocasiones la Mesa de Contratación pone en suerte (permítasenos la expresión) la decisión que adoptará a continuación el órgano de contratación.

Baste solo reparar en la importancia que tiene la valoración de la presentación en tiempo y forma de las proposiciones, la calificación de la documentación administrativa presentada por los empresarios, y el informe de valoración de las proposiciones (a menudo elaborado por la propia Mesa). Se trata en todos estos casos de actuaciones de enorme alcance en el procedimiento de contratación, que pueden condicionar definitivamente cuál sea el resultado final de la adjudicación. Por eso es fundamental conocer bien el régimen jurídico

⁵³⁹ El Consejo Económico y Social propuso la supresión de esta expresión: *en condiciones normales*, por no ajustarse a la realidad del trabajo que desempeñan las personas con discapacidad (Dictamen 4/2006, sobre el Anteproyecto de LCSP).

de este órgano, régimen jurídico que paradójicamente está mínimamente establecido en nuestras normas además de estarlo de modo muy disperso. La importancia de la Mesa de Contratación puede corroborarse comprobando la extensa jurisprudencia sobre sus actuaciones.

Porque, entre otros datos a tener en cuenta, la Mesa de Contratación es también un órgano de larga tradición en nuestro derecho de la contratación administrativa, aunque insistimos, nunca haya merecido demasiada atención por parte del legislador. Aún así, a estas alturas los perfiles de la Mesa de Contratación están bastante bien definidos porque la práctica ha propiciado una extensa doctrina jurisprudencial y también de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Como hemos anunciado que este será un epígrafe breve, no vamos a ahondar en todos los aspectos de la Mesa de Contratación (lo que sería merecedor de otra tesis doctoral que para nosotros ofrecería gran interés), ni a remontarnos a sus orígenes y evolución. Únicamente queremos ahora dejar constancia de cuál ha sido su configuración en los últimos tiempos, y en particular, cuál es el tratamiento que le ha dado la LCSP.

4.6.1.- CONCEPTO.

Como en cualquier otra cuestión, el punto de partida ha de ser la definición conceptual de la institución. En el caso de la Mesa de Contratación, la definición debemos elaborarla nosotros mismos, pues no existe (al menos en los últimos tiempos) una definición normativa de ella. En realidad, la definición que proponemos es deducible de la actual ubicación sistemática de la regulación vigente. Es decir, la LCSP regula la Mesa de Contratación en el Capítulo II, Título I del Libro V. Nos parece correcta la terminología empleada en esta

sistemática, por cuanto el Libro V se denomina *Organización administrativa para la gestión de la contratación*, y dentro del mencionado Título I (*Órganos competentes en materia de contratación*) se encuentra el Capítulo II dedicado a los *Órganos de asistencia*. Es importante tener en cuenta que los preceptos en cuestión no tienen carácter básico (Disposición final 7ª). Pues bien, efectivamente una definición escueta de la Mesa de Contratación puede ser sencillamente esta (aunque contenga una redundancia): órgano colegiado de asistencia al órgano de contratación.

En otras ocasiones la hemos definido de modo más descriptivo y menos abreviado. Así, hemos escrito que la Mesa de Contratación es un "*órgano de asistencia del órgano de contratación, competente para la valoración de las ofertas, y cuyas funciones pueden resumirse en la comprobación de la concurrencia de los requisitos exigidos a los licitadores, la vigilancia de las garantías establecidas durante la fase de licitación, y la elevación de propuesta de adjudicación al órgano de contratación*"⁵⁴⁰.

Y también lo hemos expresado de este otro modo: "*La Mesa de contratación es un órgano colegiado que tiene la función de asistir al órgano de contratación con dos claros cometidos: por un lado la salvaguarda de las formalidades legales de la contratación, principalmente los requisitos que han de cumplir los empresarios al participar en los procedimientos de contratación; y por otro, la valoración de las ofertas y propuesta de adjudicación al órgano de contratación (hay que resaltar que el artículo 295 no habla más que de la valoración de las ofertas, pero no cabe duda de que las otras tareas reseñadas y que han sido tradicionalmente cometido de las Mesas de contratación, lo siguen siendo también con esta Ley)*"⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ CARBONERO GALLARDO, J.M.: *Diccionario Jurídico*. Grupo Editorial El Derecho y Quantor, SL. Madrid, 2009. Pág. 855.

⁵⁴¹ CARBONERO GALLARDO, J.M.: *Enciclopedia jurídica*. Ed. La Ley. 1ª edición, 2008-2009. Vol. 14, pág. 7946.

Como decíamos en esta última definición, la LCSP no define a la Mesa de Contratación, solo establece los casos en que debe o puede intervenir, su composición, y muy someramente sus funciones. Realmente, el artículo 295 sigue muy de cerca la redacción de su predecesor, el artículo 81 TRLCAP, aunque con algunas modificaciones sobre todo en cuanto a la composición de la Mesa. Desde luego, la LCSP también deja en este punto esa impronta estilística que hemos reprochado en este trabajo con relación a la terminología clásica de la contratación administrativa. Resulta al menos curioso que la LCSP no mencione a la Mesa hasta el artículo 295; es decir, la menciona *in extremis*, cuando el texto legal está casi acabado. Pero no lo hace así porque no haya tenido necesidad de mencionarla hasta ese momento, sino porque en el resto de la Ley se refiere al "*órgano competente para la valoración de las proposiciones*"⁵⁴², órgano que ordinariamente será la Mesa de Contratación resultando más natural nombrarlo de ese modo. Es más, para que no queden dudas, cuando el lector llega al artículo 295.1 es éste mismo el que le desvela que la Mesa de contratación "*será el órgano competente para la valoración de las ofertas*".

Este Capítulo II contiene otros tres preceptos, dedicados a la Mesa especial del diálogo competitivo, a la Mesa de contratación del sistema estatal de contratación centralizada, y a los Jurados de concursos de proyectos (artículos 296 a 298, respectivamente). Sin embargo, no vamos a detenernos en estas cuestiones porque lo que pretendemos es presentar los aspectos medulares de la figura de la Mesa de Contratación.

⁵⁴² Por ejemplo, en el artículo 144.1.

4.6.2.- PROCEDIMIENTOS EN LOS QUE INTERVIENE LA MESA DE CONTRATACIÓN.

Esta es en realidad la cuestión a la que alude el artículo 295.1 LCSP y no a la definición conceptual de la Mesa de Contratación. Concretamente, el citado precepto establece que *“salvo en el caso en que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, en los procedimientos abiertos y restringidos y en los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el artículo 161.1, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una Mesa de contratación, que será el órgano competente para la valoración de las ofertas. 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”*.

Es decir, la Mesa asiste al órgano de contratación en la mayoría de los procedimientos⁵⁴³. Quedan exceptuados los casos en que la Mesa sea sustituida por la Junta de Contratación, y su constitución es potestativa en los procedimientos negociados sin publicidad. El carácter potestativo en el procedimiento negociado fue introducido en la LCAP por la Ley 53/99, de 28 de diciembre. Pero se hizo con carácter general para todos los procedimientos negociados, como reflejó hasta el final de su vigencia el TRLCAP (art. 81). Ahora, ese carácter potestativo sólo alcanza a los procedimientos negociados sin publicidad, siendo pues obligatoria la asistencia de la Mesa en los negociados que sí vayan acompañados de publicidad.

⁵⁴³ Sobre las diversas interpretaciones que admite el art. 295.1 con relación a los procedimientos en que debe actuar la Mesa de contratación, ver SANMARTÍN MORA, M^a A.: “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”, dentro de *El derecho de los contratos...* Op. Cit., págs. 144 y ss.

4.6.3.- FUNCIONES.

Ya hemos visto que la Ley apenas dice nada sobre las funciones de la Mesa de Contratación. El artículo 295.1 LCSP habla de que la Mesa será el órgano competente para la valoración de las ofertas. Esto es más de lo que se decía anteriormente, pues el artículo 81 TRLCAP no hacía mención alguna sobre cuál fuera el cometido de la Mesa de Contratación. Ciertamente, esta concreción venía dada por el Reglamento de desarrollo de la Ley vigente en cada momento, y como hemos también hemos dicho, por el acervo que la figura acumula ya y que conocen los operadores jurídicos.

En la LCSP podemos encontrar los pilares para conocer cuáles son estas funciones de la Mesa. Singularmente están contenidos en el artículo 144, que describe cómo la Mesa ha de calificar previamente la documentación administrativa⁵⁴⁴, proceder a la apertura y examen de las proposiciones, y finalmente elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación. Pero en esta cuestión hemos de elogiar que el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, contiene un Capítulo III expresamente dedicado a las Mesas de Contratación. Y particularmente destacable es su artículo 22, por cuanto enumera detalladamente las funciones de la Mesa⁵⁴⁵, según el tipo de procedimiento de que se trate. Esas funciones encajan en las grandes líneas que hemos descrito cuando hemos definido a la Mesa y, lógicamente, en las que expresa el artículo 144.1 LCSP. Pero merece la pena leer con atención la enumeración del artículo 22 R.D. 817/2009, porque para nosotros cumple muy bien su papel reglamentario al detallar cuáles son individualmente esas funciones⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ La exigida por el artículo 130 LCSP.

⁵⁴⁵ Aunque lo hace detalladamente, el listado no tiene carácter exhaustivo, pues el propio precepto advierte de que las enumeradas funciones lo son *sin perjuicio de las restantes funciones que le atribuyan la Ley de Contratos del Sector Público y sus disposiciones complementarias*.

⁵⁴⁶ Art. 22. *Funciones de las mesas de contratación*.

a) *Calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica*

De igual modo que nos estamos refiriendo al artículo 22 con carácter general para todas las Mesas de Contratación, hemos de hacerlo acerca del artículo 23, que hace lo propio con relación a la Mesa de diálogo competitivo.

financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, así como la garantía provisional en los casos en que se haya exigido, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación. A tal fin se reunirá con la antelación suficiente, previa citación de todos sus miembros.

b) Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

c) Abrirá las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 182.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.

d) Cuando el procedimiento de valoración se articule en varias fases, determinará los licitadores que hayan de quedar excluidos por no superar el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

e) Valorará las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 134 y 135 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, clasificándolas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo.

g) Fuera del caso previsto en la letra anterior propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional a favor del licitador que hubiese presentado la proposición que contuviese la oferta económicamente más ventajosa según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación. Tratándose de la adjudicación de los acuerdos marco, propondrá la adjudicación a favor de los licitadores que hayan presentado las ofertas económicamente más ventajosas. En aquellos casos en que, de conformidad con los criterios que figuren en el pliego, no resultase admisible ninguna de las ofertas presentadas propondrá que se declare desierta la licitación. De igual modo, si durante su intervención apreciase que se ha cometido alguna infracción de las normas de preparación o reguladoras del procedimiento de adjudicación del contrato, podrá exponerlo justificadamente al órgano de contratación, proponiéndole que se declare el desistimiento.

2. En el procedimiento restringido, la mesa de contratación examinará la documentación administrativa en los mismos términos previstos en el apartado anterior. La selección de los solicitantes corresponderá al órgano de contratación, quien podrá, sin embargo, delegar en la mesa esta función haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Una vez hecha la selección de candidatos y presentadas las proposiciones, corresponderán a la mesa de contratación las mismas funciones establecidas en los apartados c), d), e), f) y g) del párrafo anterior.

3. 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 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público y, una vez concluida la fase de negociación, valorará las ofertas de los licitadores, a cuyo efecto podrá pedir los informes técnicos que considere precisos, y propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional.

Ahora bien, el régimen jurídico de la Mesa de Contratación no se agota en la LCSP y en R.D. 817/2009. Con carácter general para su funcionamiento, y en tanto que órgano colegiado⁵⁴⁷, debemos estar a las previsiones de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común. Pero específicamente en materia de contratación debemos también acudir al RGLCAP⁵⁴⁸, vigente en cuanto no se oponga al R.D. 817/2009⁵⁴⁹. Y no olvidemos que en este Reglamento de 2001 se contienen preceptos de capital importancia para el régimen jurídico de las Mesas de Contratación. Sin ánimo exhaustivo porque explícitamente los hemos mencionado ya en otros lugares más oportunos de este trabajo, recordemos sus artículos 51 (comprobación por las mesas de contratación de las clasificaciones), 79 (ahora ya solo su apartado segundo sobre designación de miembros con carácter puntual o permanente), 80 (forma de presentación de la documentación), 81 (calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables), 82 (valoración de los criterios de selección de las empresas), 83 (apertura de las proposiciones), 84 (rechazo de proposiciones), 85 (criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas), u 87 (observaciones, igualdad de proposiciones, acta de la mesa y devolución de documentación). En definitiva, estos preceptos del RGLCAP regulan aún más pormenorizadamente la forma de ejercer las funciones que ahora cataloga el artículo 22 del R.D. 817/2009.

⁵⁴⁷ Lo que no siempre fue así: puede verse cómo ALBI justificaba que la Mesa no tenía naturaleza colegial, de carácter deliberativo, sino que sólo presenciaba el acto de la licitación. ALBI, F.: "Los Contratos...". Op. Cit., págs. 209 y ss.

⁵⁴⁸ Al menos por ahora, mientras no haya un completo desarrollo reglamentario de la LCSP, pues este R.D. 817/2009 realiza un desarrollo parcial.

⁵⁴⁹ Según su Disposición Derogatoria, que deja expresamente sin vigencia una serie de preceptos del RGLCAP, aunque no los que más directamente atañen al régimen de las Mesas de Contratación.

4.6.4.- COMPOSICIÓN DE LAS MESAS DE CONTRATACIÓN.

El propio artículo 295⁵⁵⁰ ofrece las pautas para la composición de las Mesas de Contratación. Aunque antes de conocer con detalle cómo se puede componer una Mesa de contratación, por una cuestión de orden práctico conviene conocer que la designación de los miembros puede hacerse con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de cada contrato. Esta posibilidad ya existía desde antiguo⁵⁵¹, y ahora la vuelve a reconocer el artículo 21.4 RplCSP. En cualquiera de los dos casos, la composición debe publicarse en el perfil de contratante del órgano de contratación con una antelación mínima de siete días con respecto a la reunión que deba celebrar para la calificación de la documentación administrativa (la del artículo 130.1 LCSP). Aconsejamos a los órganos de contratación que al designar la Mesa de contratación establezcan suplentes para todos los miembros (la norma no prohíbe en absoluto que esto se haga y es una práctica muy extendida), incluso más de uno, porque de lo contrario se pueden encontrar bloqueados en los casos en que los miembros no pueden acudir a la reunión convocada y faltan menos de siete días para la reunión (lo que será lo más habitual, por cierto)⁵⁵².

Pero si la mesa es de carácter permanente, o se le atribuyen funciones para una pluralidad de contratos, su composición debe publicarse, además de en el perfil, en el Boletín Oficial del Estado, en

⁵⁵⁰ Aunque debemos recordar que no tiene carácter básico.

⁵⁵¹ Anteriormente lo hacía el art. 79.2 RGLCAP.

⁵⁵² No obstante, no encontramos mucho sentido a la exigencia de esa antelación tan amplia: siete días es mucho tiempo en estos trámites. Pero sobre todo no le encontramos mucho sentido porque no sabemos a qué efectos se exige dicha antelación. Lo importante en la designación es que los miembros designados cumplan los requisitos objetivos que exigen las normas y que sean imparciales; si en ellos concurre alguna causa de abstención o recusación, podrá hacerse valer aunque la publicación de la designación se hubiese hecho con menor antelación. En el sentido de considerar necesaria la publicidad de la composición de la Mesa antes de la licitación del contrato, SANMARTÍN MORA, M^a A.: "Configuración de los órganos de asistencia al órgano de contratación en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos prácticos en relación con las Mesas de contratación". Contratación Administrativa Práctica, núm. 86, mayo de 2009. Pág. 43.

el de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según el ámbito territorial de la Administración contratante.

Entrando ya en las pautas concretas para la composición de las Mesas, como punto de partida y para las Mesas que podríamos calificar como de régimen común, el apartado segundo de dicho artículo 295 establece que estarán *“constituidas por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un Secretario. Respecto a los miembros, serán nombrados por el órgano de contratación. El Secretario deberá ser designado entre funcionarios o, en su defecto, otro tipo de personal dependiente del órgano de contratación, y entre los vocales deberán figurar necesariamente un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor, o, a falta de éstos, una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario”* (art. 295.3).

El artículo 21 RplCSP⁵⁵³ ha asumido la tarea de desarrollar reglamentariamente la composición de las Mesas de contratación de carácter común⁵⁵⁴. Así, su apartado segundo detalla que *“las mesas de contratación estarán compuestas por un Presidente, un Secretario y, al menos, cuatro vocales, todos ellos designados por el órgano de contratación. Entre los vocales deberá figurar obligatoriamente un funcionario de los que tenga encomendado el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un Interventor o, a falta de cualquiera de éstos, quien tenga atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico o al control económico-presupuestario”*.

⁵⁵³ Art. 21 que se declara directamente de aplicación a los procedimientos abiertos, restringidos y negociados con publicidad (aptdo. 1), pero igualmente a las mesas que se constituyan para intervenir en procedimientos de adjudicación en que no sea preceptiva su constitución (aptdo. 8).

⁵⁵⁴ Tengamos presente que los artículos 21 a 24, ambos inclusive del RplCSP, que integran el Capítulo III relativo a las Mesas de Contratación, no tienen carácter básico según la Disposición Final Primera del propio Reglamento.

Respecto al secretario de la Mesa, también precisa el artículo 21.3 que debe serlo un funcionario que preste sus servicios en el órgano de contratación (en la misma Administración, creemos que debe entenderse), y cuando ello no sea posible, se designará entre los de otro tipo de personal pero que también dependa del órgano de contratación.

Todos los miembros de la Mesa, y solo los miembros⁵⁵⁵, tendrán voz y voto, salvo el secretario, que sólo tendrá voz (artículo 21.6).

En esta ocasión, el desarrollo reglamentario se ha detenido más para establecer normas de funcionamiento de la Mesa de contratación (no nos referimos ahora en cuanto a sus funciones, que también, sino a su funcionamiento como órgano). Así, además de las ya indicadas, el apartado séptimo del artículo 21 RplCSP establece un "*quórum* de constitución; concretamente *para la válida constitución de la mesa deberán estar presentes la mayoría absoluta de sus miembros, y, en todo caso, el Presidente, el Secretario y los dos vocales que tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano*"⁵⁵⁶.

Las Mesas especiales del diálogo competitivo tendrán la composición señalada en el artículo 295.2⁵⁵⁷, pero a ellas "*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*

⁵⁵⁵ Porque a las reuniones de la mesa podrán incorporarse los funcionarios o asesores especializados que resulten necesarios, aunque lo harán con voz pero sin voto (art. 21.5).

⁵⁵⁶ Fijémonos en que la norma exige para la válida constitución de la Mesa la presencia en todo caso de vocales que tienen cualificación técnica. Esto refuerza la idea de la que hablaremos posteriormente con relación a la composición en el ámbito local, en el sentido de que la Mesa de contratación es un órgano de asistencia y naturaleza técnica.

⁵⁵⁷ El art. 23.1 RplCSP también se remite al 21, reiterando la incorporación de personas especialmente cualificadas.

componentes de la Mesa y participarán en las deliberaciones con voz y voto” (artículo 296⁵⁵⁸).

En el caso de la Mesa de contratación del sistema estatal de contratación centralizada, ésta será de carácter interdepartamental y su composición se determinará reglamentariamente⁵⁵⁹ (artículo 297⁵⁶⁰).

Y en los Jurados de concursos, el artículo 298⁵⁶¹ establece que la Mesa de contratación se constituirá en Jurado, incorporando a su composición hasta cinco personalidades de notoria competencia en el ámbito relevante, designadas por el órgano de contratación, que puedan contribuir de forma especial a evaluar las propuestas presentadas, y que participarán en las deliberaciones con voz y voto.

4.6.4.1.- Especial referencia a la Mesa de Contratación en el ámbito local.

Queremos dedicar una especial atención a la Mesa de contratación en el ámbito local, porque su composición ha sido objeto de polémica en los últimos años. La Disposición adicional segunda de

⁵⁵⁸ También sin carácter básico.

⁵⁵⁹ Ese mandato de determinación reglamentaria lo ha cumplido el art. 24 RpLCSP, concretando que *la mesa de contratación del sistema estatal de contratación centralizada estará presidida por el Director General del Patrimonio del Estado, siendo Vicepresidente el Subdirector General de Compras. Formarán parte de ella como Vocales: un representante del Ministerio de la Presidencia, otro del Ministerio de Economía y Hacienda y otro del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, el Abogado del Estado que tenga encomendado el asesoramiento jurídico de la Dirección General del Patrimonio del Estado, el Interventor Delegado de la Intervención General de la Administración del Estado en el Ministerio de Economía y Hacienda y dos funcionarios de la citada Dirección General nombrados por la Directora General del Patrimonio del Estado. Actuará de Secretario un funcionario de la Subdirección General de Compras.*

A las reuniones de la mesa podrán incorporarse los funcionarios o asesores especializados que resulten necesarios, según la naturaleza de los asuntos a tratar, los cuales actuarán con voz pero sin voto.

En función del orden del día a tratar en cada sesión, se incorporarán a la reunión de la mesa representantes de los Departamentos Ministeriales u Organismos interesados quienes actuarán con voz y voto.

⁵⁶⁰ Ídem.

⁵⁶¹ Ídem.

la LCSP (que sí tiene carácter básico), que contiene las normas específicas de contratación de las Entidades Locales, ha dedicado su apartado décimo a dicha composición.

No obstante, antes de entrar al detalle de esa composición, debemos reparar en una cuestión fundamental y preliminar que no menciona siquiera la norma⁵⁶²: nos referimos al cuál es el órgano competente para determinar esa composición de la Mesa de contratación. Nosotros estamos convencidos⁵⁶³ de que el competente es el órgano de contratación al que la Mesa en cuestión deba asistir. No nos parece congruente que sea en todo caso el Pleno quien acuerde la composición de la Mesa, tanto para los contratos en que él sea el competente como para los que sean competencia del Presidente de la Corporación. En este último caso, lo que parece más lógico es que si lo es para contratar también sea competente para decir cuál es la composición de la Mesa que le va asistir y le propondrá la adjudicación. Además, un indicio de que esta puede ser la solución correcta es el hecho de que el propio apartado décimo de la Disposición adicional segunda, al referirse a los vocales no natos de la Mesa, alude a la designación de éstos por parte del órgano de contratación.

Dicho lo anterior, la regulación que la D.A. 2ª efectúa de la composición de la Mesa de contratación en el ámbito local presenta novedades respecto de la anterior, y además adelantamos que nos parecen muy positivas y bien encaminadas. Y esta favorable opinión lo es por dos razones: en primer lugar porque parece que la norma camina de nuevo hacia una tecnificación de la Mesa de contratación. En efecto, debemos tener claro que la Mesa de contratación es un

⁵⁶² No lo hace la LCSP, pero tampoco lo hacían sus predecesoras.

⁵⁶³ Y así lo hemos dicho anteriormente: CARBONERO GALLARDO, J.M.: "Las normas específicas de contratación en las entidades locales", dentro de *Contratación del Sector...* Op. Cit., págs. 90 y 91.

órgano técnico⁵⁶⁴, de asistencia técnica y no política. Lamentablemente, lo que ahora parece hacer la LCSP es desandar un camino que nunca debió tomarse porque la reforma de 1999 permitió la ampliación del protagonismo político en las Mesas de contratación en el ámbito local. Ahora, aunque tímidamente como veremos, parece que se pretende es devolver a la Mesa de contratación esa orientación técnica que no debió perder. En segundo lugar, nuestra opinión favorable responde a que la Ley favorece ahora la composición de la Mesa de contratación mediante la cooperación de las Diputaciones provinciales, en línea con lo que tantas veces habíamos demandado⁵⁶⁵.

La primera novedad es relativa a la presidencia de la Mesa. La LCSP establece que la Mesa deberá estar presidida por un miembro de la Corporación o por un funcionario de la misma⁵⁶⁶. Es decir, la Mesa podrá estar presidida ya por un funcionario⁵⁶⁷. Además, el Presidente de la Corporación no tiene el carácter de presidente nato, sino que puede serlo cualquier otro miembro de la Corporación sin necesidad de delegación, sino en virtud del acto o acuerdo que establezca la composición de la Mesa.

⁵⁶⁴ Ya hemos visto cuáles son sus funciones y no parece que en ellas deba haber lugar para el debate político, que tiene en las Entidades Locales otros órganos en los que desarrollarse.

⁵⁶⁶ Se atiende así la sugerencia del Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la contratación pública (Ministerio de Economía y Hacienda, 2004). Realmente, en cuanto a las especialidades de la contratación local han sido muy atendidas las sugerencias contenidas en aquel documento. En particular, con relación a la presidencia de la Mesa, la Comisión había expresado lo siguiente: *sería recomendable, teniendo en cuenta que la Mesa de Contratación es un órgano de asistencia técnica y no de control político, que la Presidencia de ésta pudiera recaer no necesariamente en un miembro electo de la Corporación.*

⁵⁶⁷ Se trata de un paso en la misma dirección que la tomada por el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril), cuyo art. 60.2 establece que *el personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección.* Aunque insistimos en que la intención es buena, en nuestro caso el legislador ha tenido menos arrojo al permitir que la presidencia siga siendo desempeñada por un concejal o diputado. Es una lástima, puesto que la LCSP ya tenía el camino abierto por el EBEP.

El número total de vocales de la Mesa no puede ser inferior a tres, y entre ellos debe figurar el Secretario de la Corporación o, en su caso, el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico⁵⁶⁸, y el Interventor. Como secretario de la Mesa actuará un funcionario de la propia Corporación⁵⁶⁹.

Como ya adelantamos, el párrafo segundo de esta D.A. 2ª, apartado 10, establece que *“en las entidades locales municipales podrán integrarse en la Mesa personal al servicio de las correspondientes Diputaciones Provinciales o Comunidades autónomas uniprovinciales”*. Como dijimos, esta previsión es muy acertada, a nuestro juicio. Encaja perfectamente con el papel de Administración local de carácter intermedio que tiene la provincia en España, y con su reconocida competencia de cooperación técnica. Encaja tan bien que no debería haber sido precisa la previsión de la LCSP en tal sentido⁵⁷⁰, pero hasta ahora no había sido así, de modo que bienvenida sea ahora. Las tan referidas necesidades técnicas de la mayoría de los municipios⁵⁷¹ para contratar e incluso para formar una Mesa de contratación propia hacen elemental la posibilidad de cooperación en este sentido por parte de las Diputaciones o, en su caso, de las Comunidades Autónomas uniprovinciales que ejercen las

⁵⁶⁸ Este inciso supone la adecuación a la organización establecida para los municipios de gran población por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local.

⁵⁶⁹ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa concluyó que el personal eventual no puede formar parte, como vocal, de las Mesas de contratación, al exigir la Ley que tales vocales tengan la condición de personal funcionario, laboral, o concejales de la Corporación (Informe 13/01, de 3 de julio). Y aunque ya lo había expresado anteriormente, tras la entrada en vigor de la LCSP, la JCCA ha informado que *el personal eventual a que se refiere el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público no puede integrarse como miembro de la Mesa de contratación en las Corporaciones locales, pero sí puede asesorar a las mismas mediante la emisión de los informes técnicos que éstas consideren oportunos, conforme a lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Ley de Contratos del Sector Público* (Informe 49/98, de 29 de enero de 2009).

⁵⁷⁰ Reparemos en lo normal que nos resulta el hecho de que el personal de las Diputaciones Provinciales integre los tribunales de selección de los Ayuntamientos.

⁵⁷¹ Es un dato muy ilustrativo el hecho de que hacia el año 2004 el 90 % de las consultas que formulaban las Entidades locales a la JCCA procedían de pequeños municipios que carecían de servicio jurídico, y no de Diputaciones o de grandes ayuntamientos (informe y conclusiones de la Comisión para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública. Ministerio de Hacienda, 2004).

competencias de aquellas. Medidas como esta habían sido sugeridas desde hace tiempo⁵⁷², máxime en una materia como la contratación pública, cada vez más compleja en los últimos tiempos.

4.7.- REFLEXIONES FINALES DEL CAPÍTULO.

En el momento de escribir estas páginas han pasado ya casi dos años desde la entrada en vigor de la LCSP. Dos años de aplicación práctica de una Ley que no dejó indiferente a nadie desde los primeros momentos de su génesis. Apenas era un anteproyecto de Ley y el texto propuesto por el Ministerio de Economía ya producía inquietud en los entonces futuros aplicadores de la norma. Es verdad que una reacción similar se produce siempre que se propone una nueva norma. Seamos justos: cada vez que asoma una nueva Ley en el horizonte del procedimiento normativo, los potenciales aplicadores nos apresuramos a criticar hasta el último de sus párrafos, incisos, inclusiones y omisiones. Pero en este caso creo que la reacción ha sido mayor y es que el texto no podía dejar a nadie impasible.

No podía dejarnos indiferentes por muchas razones, pero en particular por su nueva y rompedora sistemática, por la dudosa técnica normativa empleada, y por la introducción de algunos nuevos conceptos de forma poco clara (por ejemplo: la regulación del ámbito subjetivo de aplicación, la subasta electrónica, el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, o los instrumentos para la “racionalización técnica de la contratación”).

Por lo demás, y si nos centramos en los contratos administrativos, aunque hay novedades no son de tanto calado, aunque la fisonomía de la LCSP pueda despistarnos en las primeras

⁵⁷² Muy acertadas eran las sugerencias de la Comisión para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública (Ministerio de Hacienda, 2004). También nosotros lo habíamos hecho en CARBONERO GALLARDO, J.M.: “La provincia de régimen común”, dentro de *La intermunicipalidad en España*. Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid, 2005. Pág. 42.

lecturas. Y lo más lamentable es que aunque la LCSP se nos presenta como un instrumento moderno y que incorpora las nuevas tecnologías a la contratación, se ha olvidado de algunas cuestiones fundamentales: agilizar por fin los procedimientos de contratación administrativa en general, y la contratación administrativa local en particular. La doctrina lo avisó con antelación suficiente, pero esa fue otra característica del proceso de elaboración y aprobación de la LCSP: se desoyeron todas las sugerencias y recomendaciones que se formularon, ya viniesen de la doctrina, o del propio Consejo de Estado.

Ciertamente, y tal como se había dicho, la contratación pública había sido en España uno de los mejores exponentes de la hipertrofia del Derecho Administrativo de la que habló ya hace tiempo GARCÍA DE ENTERRÍA. Pero la LCSP no debe ser objeto de crítica en cuanto a la oportunidad de su elaboración porque obedeció a la obligación de transponer la Directiva 2004/18/CEE, obligación que ha cumplido formalmente tarde y el TJUE dirá si correctamente en el fondo.

Nosotros creemos que si tuviésemos que resumir el contenido de la LCSP en una sola idea, podríamos decir que la LCSP es una Ley sobre procedimientos de contratación pública. Le acompañan la regulación de otros aspectos, obviamente, pero el núcleo esencial de la LCSP es la regulación de procedimientos de contratación y esta operación es efectuada con enorme intensidad para los contratos de la Administración, y con menor para las restantes entidades, entes y organismos que no tienen tal consideración de Administración Pública a efectos de la propia Ley.

Esta circunstancia es una consecuencia natural tanto de la contratación administrativa clásica como de la transposición del derecho comunitario sobre la materia. Y es que, desde ambas perspectivas los procedimientos de contratación se configuran como

instrumentos para la salvaguarda de principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Si tradicionalmente en nuestra contratación administrativa los principios habían de asegurar el respeto de los principios de igualdad, concurrencia y transparencia, desde nuestra incorporación a las Comunidades Europeas, los procedimientos de contratación de nuestros poderes públicos han de asegurar también principios similares con relación a los empresarios de otros Estados miembros de la Unión Europea (libertad de establecimiento, circulación y prestación de empresas y servicios).

Pues bien, es fácil advertir que la Directiva 2004/18 tiene por objeto la coordinación de procedimientos de adjudicación. El mismo objetivo tenían sus predecesoras porque es en el procedimiento de adjudicación donde se dirimen aquellos principios a los que hacíamos mención. Por eso también es fácil apreciar que hasta ahora el derecho comunitario de la contratación pública no se haya ocupado de otras fases de la contratación como la preparación del contrato o la ejecución del mismo (eso dejando al margen alguna otra circunstancia como la de los dos sistemas principales de contratación pública en Europa, y sin ignorar tampoco que en los últimos tiempos las Directivas comunitarias han incidido en la fase de preparación del contrato, pero en la medida en que en esa fase pueden vulnerarse los principios básicos en la materia; por ejemplo, en la elaboración de prescripciones técnicas).

Esa idea de que la LCSP es una Ley sobre procedimientos de contratación tiene también reflejo en la extensión que los artículos correspondientes ocupan en la norma. Ahora los procedimientos de adjudicación están situados en el Libro III de la Ley, que comprende unos setenta artículos, frente a los apenas treinta que trataban la cuestión en el TRLCAP (y que además estaban dispersos: la mayor parte se concentraban en la parte general de la Ley, y el resto había que buscarlos en la parte especial, al tratar de cada uno de los

contratos típicos). Este dato es indiciario del carácter de la LCSP; el número de preceptos podría no significar nada, pero en este caso el dato no es irrelevante. Afortunadamente para los operadores jurídicos, no todo es nuevo en el Libro III de la LCSP. Los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos están muy consolidados en nuestro derecho administrativo y en buena medida son compatibles con el derecho comunitario (además, esa compatibilidad no arranca ahora en el tiempo, sino que se ha venido fraguando desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en el año 1986). De esta forma, en este Capítulo hemos visto que hay relativamente pocas novedades en los procedimientos clásicos (o en las antiguas formas); apenas las hay en la subasta (procedimiento con un solo criterio) y en el concurso (varios criterios), y sólo alguna más en el procedimiento negociado. Y las auténticas novedades son la subasta electrónica (que no es, ya lo dijimos, un procedimiento como tal), el diálogo competitivo y las técnicas (que no procedimientos, y por eso las hemos excluido de nuestro estudio) para la racionalización de la contratación.

Tras este período de vigencia de la LCSP, nuestra opinión es la de que el impacto de la nueva regulación de los procedimientos no ha sido tan terrible como hacían presagiar las primeras lecturas de la Ley. Y no lo ha sido, al menos por un par de razones: por un lado porque según hemos dicho no hay tantas novedades de calado en los procedimientos clásicos.

Por otro lado, porque las nuevas figuras que introduce la LCSP en esta materia no son de obligada utilización para los órganos de contratación: de hecho no lo son la subasta electrónica, el diálogo competitivo (ni, desde luego, las técnicas de racionalización). Y, claro está, en una materia como la nuestra en la que los órganos de contratación trabajan siempre sobrepasados y con una urgencia ya crónica, por puro pragmatismo la opción ha sido la de no utilizar por

ahora estas nuevas figuras. No podría uno hablar en términos absolutos, como es lógico, porque para ello haría falta un estudio empíricos con datos reales, pero al menos en el ámbito de las entidades locales podríamos afirmar sin temor a equivocarnos que hasta ahora no se han ensayado apenas aquellos novedosos instrumentos.

En el caso de la subasta electrónica, la mayoría de los órganos de contratación del ámbito local no están aún habituados a trabajar con medios electrónicos. Y respecto al diálogo competitivo, se configura como un procedimiento complejo, a mitad de camino entre el restringido y el negociado, asociado a contratos complejos como el de colaboración entre el sector público y el sector privado. Con ese perfil, es fácil entender que la gran mayoría de los municipios españoles no tengan ni la necesidad ni el deseo de utilizarlo por ahora.

En realidad, por lo tanto, lo más digno de comentario como balance de este período procede de las novedades introducidas en los procedimientos tradicionales de contratación: abierto, restringido, negociado e incluso contrato menor.

Podemos comenzar por la publicidad de los procedimientos de licitación. La novedad más importante y con relevancia práctica ha sido el perfil de contratante. Es interesante ir facilitando la publicidad por medios electrónicos, por su rapidez, eficacia y economía. Pero está lejos de la realidad municipal el imponer su utilización generalizada para todos los órganos de contratación. Se trata de una norma de imposible cumplimiento en la actualidad, no por falta de voluntad, sino porque los pequeños municipios, que siguen siendo la mayoría, no están en condiciones ni de tener aún una página web institucional, ni de crear en la misma un perfil de contratante, y menos aún de mantenerlo actualizado.

Es clave la nueva regulación de los criterios de adjudicación. So pretexto de garantizar la interoperabilidad con Europa, se suprime la terminología tradicional de subasta y concurso, aunque se trata sólo de un cambio en la apariencia y no en el fondo. La subasta y el concurso siguen estando presentes en la LCSP, según utilicemos un solo criterio para adjudicar el contrato (en cuyo caso éste habrá de ser necesariamente el precio, según impone su artículo 134) o utilicemos una pluralidad de ellos. En general, es de elogiar que la extensa regulación del régimen jurídico de los criterios incorpora a la Ley la doctrina que sobre los mismos habían ido consolidando el Tribunal Supremo y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Así, se restringe la posibilidad de declarar desierta una licitación, decisión que no podrá adoptarse cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego. O se pretende una mayor justificación en los pliegos de la asignación de puntuación a las proposiciones. Sin embargo, hay aspectos de la regulación de los criterios que no nos merecen tal valoración positiva. Por ejemplo, en algunos incisos parece darse más espacio aún a la discrecionalidad: fijémonos en que el artículo 134.4 admite la posibilidad (aunque exija la justificación de las razones) de que no se ponderen los criterios elegidos, en cuyo caso éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia. Y también ha suscitado bastante polémica el comité de expertos previsto por el apartado 2 de este artículo 134. Aunque la JCCA ya ha emitido informe sobre la cuestión y el recientemente aprobado Reglamento parcial de la LCSP dedica varios preceptos a esta cuestión (preceptos de carácter básico), el artículo provoca numerosas dudas sobre todo en el ámbito local, donde la pequeña organización administrativa de la mayoría de Entidades no permite distinguir entre órganos proponentes del contrato, servicios que tramitan los expedientes de contratación, órgano de contratación, etc. Es imposible, pues, pensar que en estas Entidades Locales puede

constituirse un comité de expertos de las características exigidas por la norma, y resulta bastante complicado también recurrir a organismos externos especializados. Salvo que para estos casos las Diputaciones Provinciales se impliquen y presten el apoyo técnico necesario y para el que ellas si están bien preparadas, la primera medida adoptada por la mayoría de los órganos de contratación locales fue la de cuidar mucho de que el porcentaje de los criterios que dependen de un juicio de valor siempre quedara por debajo del 50 %.

Pero seguramente, entre las novedades procedimentales la que más problemática ha suscitado es la recuperación de la adjudicación provisional, que había desaparecido de nuestro sistema de contratación administrativa hace ya tiempo. La justificación de esa recuperación viene dada por la obligación que impone la Directiva comunitaria de admitir un recurso especial en materia de contratación, y que ha sido regulado en el artículo 37 LCSP. Pues bien, ese recurso resulta admisible, dicho sumariamente, contra los contratos sujetos a regulación armonizada. Sin embargo, si nos fijamos en los contratos no sujetos a dicha regulación, y que son muy numerosos, volvemos a encontrarnos con un motivo de ralentización de la contratación administrativa. El artículo 135 establece que no deberá adjudicarse definitivamente el contrato antes de quince días hábiles desde la adjudicación provisional. Por si fuera poco, el precepto habilita a las normas autonómicas la posibilidad de ampliar el plazo hasta un mes. Durante ese plazo, el adjudicatario provisional debe acreditar una serie de extremos ante el órgano de contratación. Lo más lógico habría sido establecer para estos contratos no sujetos a regulación armonizada la posibilidad de adjudicar definitivamente el contrato tan pronto el adjudicatario provisional cumpla con esas obligaciones documentales. No encontramos razón alguna para esperar los quince días hábiles que exige el artículo 135.4 en el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada, y en los que el

adjudicatario provisional haya entregado la documentación correspondiente. De hecho, esta exigencia ha chocado con la celeridad pretendida por muchos órganos de contratación durante este primer año de vigencia de la Ley, y podemos constatar que a falta de una razón jurídica clara que justifique esperar el transcurso de aquel plazo, aquellos han optado por adjudicar el contrato y ganar así varios días de cara al inicio de la ejecución. Esta circunstancia ha sido tanto más evidente en los procedimientos de adjudicación de los contratos derivados del Fondo Estatal de Inversión Local.

Seguro que son centenares las cuestiones similares que se han planteado en este tiempo de aplicación de la LCSP. La casuística es siempre inagotable. Pero como reflexión para cerrar este Capítulo creo que es importante llamar la atención en el hecho de que la LCSP ha vuelto a perder la ocasión de establecer algunos procedimientos de contratación más ágiles, abreviados o simplificados, sobre todo en el ámbito local. Procedimientos que no impongan a los pequeños y medianos municipios la misma carga burocrática que a la Administración General del Estado, las Administraciones autonómicas o la de los grandes municipios. Esto tendría cabida en la Directiva comunitaria, y supondría un gran alivio para estas pequeñas Administraciones sin capacidad alguna de gestión. No siendo así, las novedades de la LCSP que más éxito han tenido en la práctica local han sido las elevaciones de las cifras tanto en los contratos menores como en los procedimientos negociados por razón de la cuantía. Éstos últimos han sido los procedimientos que han protagonizado realmente la contratación municipal del último año. La elevación de la cuantía en ese tipo de procedimiento negociado ha sido muy criticada porque rompe con una larga trayectoria de restricción, modulada en el ámbito local por los recursos presupuestarios. Es verdad que ahora, por encima de ciertos umbrales (doscientos mil euros en obras y sesenta mil euros en otros contratos) se obliga a efectuar una publicidad, pero tampoco esa publicidad queda claramente definida

en el articulado de la LCSP, con una serie de remisiones que oscurecen el procedimiento y que han ocasionado bastantes debates en este año.

Y, desde luego, con soluciones como esta parece desmentirse la gran arquitectura procedimental que la LCSP despliega, e incluso la propia proclamación de los principios de máxima concurrencia. Toda esa arquitectura, presentada como un complejo sistema, puede quedar en entredicho para multitud de órganos de órganos de contratación gracias a la huída de la publicidad y la concurrencia (en definitiva de los procedimientos de contratación que deben ser ordinarios) que permiten el procedimiento negociado y el contrato menor según los presenta la Ley de Contratos del Sector Público.

CAPÍTULO V
CONCLUSIONES

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

En los Capítulos precedentes hemos analizado el origen, la evolución histórica y el sistema actual de adjudicación de los contratos administrativos en España. Se trata, como hemos podido comprobar, de un sistema cuyo recorrido histórico se aproxima ya a los dos siglos; un sistema en el que aún tras ese período podemos comprobar la vigencia de algunas de sus bases, a pesar de que no ha dejado de evolucionar y de recibir influencias muy diversas.

Todo el trabajo que precede nos permite proponer una serie de conclusiones que ayuden a comprender mejor la materia, la evolución seguida por la misma, las claves de los actuales procedimientos de contratación administrativa, así como exponer algunas propuestas de *lege ferenda* para la mejora (a nuestro juicio) de los principales problemas identificados. Algunas de esas conclusiones pueden parecer incluso obvias, sobre todo las relativas a los períodos históricos estudiados en esta tesis. Pero las exponemos bajo el convencimiento de que sólo el conocimiento de tales antecedentes históricos permite entender, criticar, y sobre todo proponer con relación a las normas vigentes y para el futuro.

Primera. Los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos son un elemento esencial de la contratación pública. Desde su origen, desde que fueran conocidos como la *forma* de los contratos en el siglo XIX, los procedimientos de adjudicación fueron considerados como garantes de la transparencia y objetividad de la Administración a la hora de seleccionar a los contratistas, y por ende, invertir dinero de la Hacienda pública. Ello además de contratar en las

mejores condiciones para el interés de la Administración, lo que originariamente se identificaba necesariamente con el mejor precio.

En esencia es ese el doble papel que siguen desempeñando los procedimientos de adjudicación en nuestros días. Por un lado, el cumplimiento de una serie de formalidades, de trámites procedimentales, sirve hoy para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa. Tras el procedimiento de adjudicación, la Administración debe conseguir contratar la prestación ofertada con la opción óptima de entre las que hayan sido propuestas por los empresarios con capacidad suficiente para ello. De esta forma el procedimiento es un instrumento para poner a disposición de la Administración las mejores prestaciones posibles, satisfaciendo el objeto contractual y el interés público que siempre debe subyacerle. Se cumple así con las exigencias de economía de la Administración; con los principios de eficacia e incluso de eficiencia. Dicho de otro modo, el procedimiento de contratación se pone al servicio de los principios de buena administración.

Pero el procedimiento de adjudicación sirve al mismo tiempo, al igual que lo hizo en sus orígenes, para la salvaguarda de una serie de principios que no están directamente relacionados con el objeto del contrato, sino con la naturaleza de la Administración. En el siglo XIX se hablaba de poner a salvo a la Administración y a sus funcionarios de los *tiros de la maledicencia*, es decir, los procedimientos debían servir para adjudicar los contratos de forma imparcial y objetiva como corresponde a las instituciones que tutelan el interés público y gestionan los recursos de todos los ciudadanos. Este papel que también deben desempeñar los procedimientos de adjudicación no ha mermado un ápice en nuestros días. Sólo se ha actualizado la forma en que lo expresamos. Pero no cabe duda de que los procedimientos de adjudicación siguen evitando la arbitrariedad en la selección de los contratistas (tal vez no con absoluta eficacia, pero en buena medida sí que lo hacen). Incluso hemos visto que

alguna de las últimas leyes sobre la materia era presentada como un instrumento contra la corrupción. Actualmente este papel lo asociamos con la objetividad de la Administración en la tutela del interés general, derivado de la propia Constitución Española de 1978. Pero en esencia es este mismo papel el que desempeñan los procedimientos de adjudicación cuando los ponemos a la luz del derecho comunitario al que estamos obligados desde hace más de dos décadas. En efecto, hemos visto cómo el derecho comunitario somete la contratación pública a la consecución efectiva de principios y libertades básicas, tales como los de igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos y empresarios de la Unión, y que se sustancian procedimentalmente en la publicidad, en la igualdad para concurrir, en la transparencia y en la objetividad para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Pues bien, para nosotros estas son las mismas funciones que siempre se encomendaron al procedimiento de adjudicación, aunque actualizadas y puestas en consonancia con el ordenamiento jurídico comunitario del que formamos parte.

Segunda. Nuestro ordenamiento instauró en primer lugar los procedimientos de subasta y adjudicación directa (a mediados del siglo XIX) y después el concurso (principios del siglo XX). Con algunas diferencias semánticas y de fondo estos procedimientos han subsistido hasta nuestro tiempo, y apenas ha habido novedades en el catálogo de procedimientos de adjudicación: concurso-subasta, procedimiento restringido y diálogo competitivo. Además, estos otros procedimientos distintos a los clásicos no sólo son mucho más recientes, sino que pueden considerarse híbridos con relación a los originales.

En todos ellos se pretende el mejor equilibrio entre varias finalidades: la garantía de la objetividad de la Administración, la consecución de la mejor oferta posible para la ejecución del contrato, y la articulación de todo ello en un procedimiento administrativo de adjudicación lo más ágil posible en términos de tiempo para el órgano

de contratación. Esta última perspectiva no es irrelevante, pues el éxito de la gestión pública depende en buena medida de la celeridad con la que la Administración pueda desarrollar los procedimientos administrativos diseñados por las normas; siempre sin merma de las garantías que ellas mismas establecen. Esta no es, desde luego, una tensión exclusiva de la contratación administrativa. Pero a lo largo de esta tesis hemos podido comprobar cómo en el ámbito de los procedimientos se manifiesta muy claramente. Y hemos visto también cómo en la medida en que las normas han desfavorecido estas necesidades de eficacia de la gestión pública, la respuesta ha sido la huída de la contratación administrativa (manifestación particular del más amplio fenómeno de huída del propio Derecho Administrativo).

Tercera. El procedimiento ordinario de adjudicación de los contratos administrativos fue desde el principio la subasta. La esencia de la subasta es sencilla: adjudicar el contrato al precio más bajo. Desde luego, la esencia no ha cambiado después de tanto tiempo y tantas reformas legislativas; pero hay muchos otros aspectos de la subasta que actualmente siguen siendo reconocibles.

La simplicidad procedimental y del mecanismo para adjudicar el contrato salta a la vista en la subasta. Eso ha hecho que la subasta sea el procedimiento que mejor sirve a los principios de transparencia y objetividad que debe acompañar a la actuación administrativa. Tanto cumple la subasta con estos principios básicos de la contratación pública que ella misma ha llegado a encarnarlos y eso ha tenido incluso reflejo en la terminología de la contratación pública en España. Así, como reflejo de que la subasta era por antonomasia el procedimiento de adjudicación de los contratos administrativos, el término licitación llegó a equivaler al de subasta.

Con carácter general, desde el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 se desechó el sistema de pujas a la llana (que sólo ha pervivido para la adjudicación de algunos contratos patrimoniales y,

sobre todo, en casos de desempate), y se adoptó el principio del secreto de las proposiciones.

La adjudicación del contrato en la subasta ha de serlo a favor del precio más bajo. Y a esta simplicidad y automatismo podemos asociar las principales ventajas e inconvenientes que entonces y ahora siguen acompañando a la subasta.

Como inconvenientes, en primer lugar debemos referirnos al riesgo de que el precio de remate sea excesivamente bajo, perjudicando la viabilidad o la correcta ejecución del contrato. Lo que a mediados del siglo XIX se describía como una consecuencia del acaloramiento de los participantes, ha sido una preocupación permanente de las normas, que desde el sistema de la LCE y hasta hoy (primero en el RGCE y ahora en el RGLCAP) han establecido mecanismos para moderar los precios excesivamente bajos, y determinar en qué casos tales ofertas debían ser consideradas temerarias, desproporcionadas o anormales, según la terminología utilizada en cada momento. Esta ha sido, además, la única circunstancia que ha modulado el automatismo en la adjudicación de la subasta a lo largo de todo este tiempo.

En segundo lugar, la simplicidad de las subastas expone la adjudicación del contrato al peligro de la manipulación por parte de los empresarios. De confabulación o de introducción de un tercero en las pujas se hablaba en 1852, y hemos visto cómo esa ha sido otra constante preocupación de la Administración hasta hoy; es destacable el intento de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de establecer un mecanismo eficaz para detectar y neutralizar la presentación de proposiciones por parte de grupos de empresas.

La ventaja principal de la subasta es intachable: el automatismo de la adjudicación. La adjudicación al postor que oferte el precio más bajo objetiva absolutamente la decisión de la Administración contratante. Eso disipa las posibles suspicacias ante la

actuación administrativa. La bella forma en que el Decreto de Bravo Murillo describía esta virtud de la subasta le ha valido ser uno de los pasajes más evocados en la materia.

Esa valiosa virtud de la subasta motivó que en 1852 se impusiera su obligatoria utilización (con algunas excepciones); obligatoriedad incluso recordada expresamente para las Entidades Locales por el Real Decreto de 4 de enero de 1883. La preferencia por la subasta ha sido una constante en nuestras normas sobre contratación administrativa hasta bien entrado el siglo XX. El principio de subasta necesaria (expresión acuñada por GARCÍA DE ENTERRÍA) ha regido en nuestro sistema hasta que la Ley de Contratos del Estado proclamó expresamente en su Exposición de motivos el propósito de romper el viejo sistema que otorgaba a la subasta el primado absoluto como forma de contratación, y admitir la opción libre entre la subasta y el concurso-subasta. Pero diversas razones han permitido que la subasta pierda terreno frente a otros procedimientos; aunque volveremos sobre esta cuestión, hay que apuntar motivos como la mayor complejidad técnica en la actualidad de muchos contratos administrativos o la demanda de procedimientos de tramitación más ágil y rápida.

Cuarta. El concurso adquirió carta de naturaleza en el Real Decreto de 26 de abril de 1900. Inicialmente previsto para algunos contratos patrimoniales en los que, a todas luces, era poco apropiada la utilización de la subasta, fue el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 la norma que estableció para el concurso unos perfiles más claros. Concretamente, el paso cualitativo que aportó el RCCL fue el de exigir que los pliegos expresaran las circunstancias a tener en cuenta para determinar la preferencia en la adjudicación. Es decir, esta fue la forma primigenia de aludir a los criterios objetivos, y ya hemos visto a lo largo de los Capítulos III y IV cómo los criterios de valoración son la pieza angular de la selección

de los contratistas en aquellos procedimientos en los que se tiene en cuenta algún otro aspecto además del precio.

Desde su nacimiento, el concurso ha ganado un enorme espacio a costa de la subasta. De hecho, podemos considerarle el procedimiento normal en los contratos distintos al de obra pública, pero también en éste último es utilizado con absoluta normalidad y frecuencia.

La característica que originariamente diferenció al concurso de la subasta, la libertad de la Administración para adjudicar el contrato o rechazar las ofertas si ninguna resultaba satisfactoria, evolucionó dando lugar a toda una nota esencial como es la discrecionalidad técnica para la adjudicación (aunque en los últimos tiempos también contempla el concurso como la concreción de un concepto jurídico indeterminado: el de la oferta económicamente más ventajosa, y este planteamiento presenta claras ventajas en orden al control jurisdiccional de la actuación pública).

Desde antiguo, el mayor esfuerzo en la construcción de la categoría jurídica del concurso ha estado centrado en acotar el margen de discrecionalidad del órgano de contratación. Así, las normas y la jurisprudencia han ido elaborando un amplio corpus jurídico en torno a la utilización de los criterios de valoración por parte de la Administración. Se trata de poner límites a la discrecionalidad del órgano de contratación, ya sea para determinar el adjudicatario en el concurso, o para declarar desierto los mismos. No es esta una cuestión exclusiva de la contratación administrativa, puesto que estamos ante una manifestación más de la lucha contra la arbitrariedad en el uso de las potestades administrativas. Pero en la contratación administrativa, y sobre todo en el concurso, podemos encontrar una amplia doctrina elaborada a lo largo de muchas décadas de aplicación práctica de las normas y de interpretación judicial.

La figura del concurso ha crecido desde su aparición, fundamentalmente, porque permite a la Administración la mejor apreciación de aspectos de interés distintos al económico en la ejecución de los contratos. Paulatinamente, las prestaciones demandadas por la Administración han ido tornándose más complejas técnicamente. Y a esta complejidad no da una buena respuesta la subasta, en tanto que sólo aprecia el aspecto económico de las proposiciones. Esencialmente, estas han sido las razones de que el concurso sea actualmente el procedimiento de contratación por excelencia.

Quinta. La contratación directa ha estado siempre presente en nuestro ordenamiento. La obligatoriedad de la subasta primero, y la consideración alternativa del concurso y concurso-subasta, después, nunca pudieron tener un carácter absoluto. Aunque con carácter excepcional, todas las normas previeron una serie de supuestos en que podía utilizarse la contratación directa. Hemos visto, además, que tales supuestos han sido muy similares desde el origen: de modo constante, se ha admitido la contratación directa por razón de la cuantía, pero también por otras razones como la extraordinaria urgencia, el carácter secreto, por razón de derechos de exclusiva, investigación, o experimentación.

El cambio de denominación desde contratación directa a procedimiento negociado no fue caprichoso, sino que encierra también un cambio cualitativo. La actual denominación responde a una nueva concepción: el procedimiento negociado no debe consistir en la adjudicación mecánica al precio más bajo, sino que pone en manos de la Administración una auténtica capacidad de negociar para adecuar las ofertas a las necesidades públicas, logrando así optimizar el contenido del contrato a celebrar. Cuestión distinta es que, como ya dijimos, esta posibilidad de negociación que la Ley reconoce al órgano de contratación al utilizar estos procedimientos no está plenamente asumida por la mayoría de los responsables públicos.

Las características definidoras de la contratación directa y que le han acompañado durante todo el período estudiado son el carácter excepcional atribuido a su uso, la utilización sólo en los supuestos tasados establecidos por la propia norma, y la ausencia de licitación. No obstante, desde la incorporación de las Directivas comunitarias a nuestro derecho, hemos conocido la obligatoria publicidad de algunos procedimientos negociados.

Y, procedimentalmente, aunque aún sigue presidido por un carácter menos formal que las demás categorías, la evolución ha ido vistiendo al procedimiento negociado con una serie de trámites no exigidos originariamente. Pero ese revestimiento es aún reciente. Así, no sólo en los primeros tiempos; hasta la reforma que la Ley 5/1973 introdujo en la LCE no se estableció la exigencia general de invitación a tres empresarios para decidir la adjudicación de estos procedimientos (directos primero y negociados, después). El establecimiento de mayores reglas procedimentales para el negociado ha tenido lugar a partir de la Ley 53/99, de modificación de la LCAP. Es a partir de ese momento cuando se han intensificado las obligaciones de motivación para los órganos de contratación. No sólo de la concurrencia de algunas de las causas tasadas por la Ley, que sí es originaria, sino también de la invitación a empresarios, de las proposiciones recibidas, de la adjudicación dictada. En este sentido queremos destacar la reciente exigencia (procede de dicha reforma de 1999) de que los pliegos expresen los aspectos técnicos o económicos que serán objeto de negociación con los empresarios, y también la posibilidad de articular el procedimiento en fases. Se trata, de modo similar a la evolución que hemos descrito para los concursos, de avances en pos del control de la utilización de los procedimientos negociados.

Aunque las normas siempre han presentado a este procedimiento como excepcional y de utilización restrictiva, y aunque los Tribunales lo han reiterado infatigablemente, la práctica

demuestra que su uso es muy frecuente para la mayoría de los órganos de contratación. Volveremos sobre esta cuestión al expresar conclusiones sobre la LCSP. Pero debemos aquí decir que no toda utilización del procedimiento negociado debe estar bajo sospecha de corruptela. Cuando concurre claramente el motivo tipificado por la Ley, tan legítimo es utilizar este procedimiento como cualquier otro. Esto es particularmente obvio en los casos de utilización por razón de la cuantía.

Sexta. En el período estudiado hemos visto otros procedimientos de contratación. Debemos referirnos al concurso-subasta, al procedimiento restringido y al diálogo competitivo. Estos dos últimos están presentes en el sistema vigente de la LCSP. Podemos considerar que ninguno de ellos ha tenido gran predicamento entre los operadores jurídicos. A pesar de que sobre el papel ofrecen unas considerables virtudes, y que la doctrina así lo ha reconocido, a menudo los órganos de contratación los desechan dada su mayor complejidad procedimental y extensión de plazos. Los tres procedimientos mencionados pueden calificarse como híbridos con relación a los procedimientos clásicos, lo hemos visto con detalle a lo largo de la tesis. Su mayor virtud reside en que permiten una selección más depurada del contratista. En el caso del concurso-subasta, mediante la valoración previa de los criterios no económicos para después hacer lo propio con el precio; pero esto puede hoy lograrse con el propio procedimiento abierto, utilizando varios criterios e incluso articulándolo en fases. En el caso del procedimiento restringido, mediante el previo descarte según criterios de capacidad de los empresarios; en estos casos los órganos de contratación tienen que asumir la mayor dilación, complejidad del procedimiento y necesaria cualificación para efectuar correctamente tal "preselección". Por ello, su utilización no ha sido frecuente, y es particularmente desconocido por los órganos de contratación de las Entidades Locales. Y en el caso del diálogo competitivo, una precoz valoración dada su reciente incorporación al elenco de

procedimientos, nos lleva a considerarle un híbrido entre el procedimiento restringido y el negociado. Su idoneidad para contratos técnicamente muy complejos nos hacen pronosticarle un uso muy escaso para el común de las Administraciones, e incluso muy esporádico para las Administraciones con gran capacidad contractual.

Séptima. Nosotros hemos optado por un estudio conceptual de los procedimientos de contratación, y no cuantitativo de su utilización, por más que éste último arrojaría conclusiones muy interesantes. Aún así, no tememos errar en la afirmación de que la subasta ha perdido mucho protagonismo a lo largo del siglo XX a favor del concurso y que las cifras de utilización del procedimiento negociado parecerían desmentir el carácter excepcional y de uso restrictivo con que la Ley siempre ha querido admitirlo.

Pero obedeciendo esto a razones que ya hemos expuesto, no debemos obviar el hecho de que el protagonismo lo han ido acaparando procedimientos que encierran una mayor discrecionalidad, frente a la objetividad que se anteponía como principio a cualquier otro interés en los primeros tiempos de la contratación administrativa española. Esa es otra vertiente del declinar de la subasta a favor del concurso y del procedimiento negociado, que no debemos perder de vista. Y similar comentario podemos expresar con respecto a la naturaleza del hasta ahora último procedimiento: el diálogo competitivo. Éste presenta aún más margen para la discrecionalidad porque los empresarios configuran con la Administración las bases sobre las que se desarrollará la adjudicación del contrato.

Desde este punto de vista queremos poner de relieve cómo a lo largo de este período histórico ha ido aumentando el protagonismo de los particulares para configurar los términos de la adjudicación. Queremos decir que en la subasta el objeto contractual está perfectamente definido y el particular sólo concretaba el precio del remate o adjudicación. En el concurso, los empresarios ofrecen no sólo su mejor precio, sino una serie de condiciones que la

Administración no ha podido fijar previamente. En el procedimiento negociado, el margen de configuración puede ser aún mayor, puesto que los aspectos a negociar pueden ser múltiples. Y, por último, el diálogo competitivo permite una amplia capacidad de intercambio de planteamientos entre los empresarios y la Administración para identificar la solución técnica y económica que más convenga a ésta última, para posteriormente adjudicar el contrato a quien proponga la oferta económicamente más ventajosa. Este último procedimiento, y desde este enfoque, concuerda muy bien incluso con las últimas tendencias que con carácter general podemos encontrar en la gestión pública y que postulan la incentivación de fórmulas de colaboración público-privada. Se trata de atraer hacia el sector público, hacia sus contratos, el potencial técnico y económico del sector privado, a menudo mucho más desarrollado y competitivo que los propios servicios de la Administración.

Octava. Aunque pueda resultar obvio, diremos que el derecho comunitario ha ejercido una influencia determinante en la contratación pública española. Acaso sea ésta la influencia más intensa y decisiva de cuántas han podido incidir en la materia.

Desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en y la transposición en 1986 de las correspondientes Directivas, la práctica totalidad de las modificaciones en nuestra normativa interna ha obedecido a la adecuación a ese derecho comunitario de la contratación pública forjado por el Parlamento, la Comisión, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se trata, desde aquél momento, de un proceso de convergencia que en la actualidad está muy avanzado.

Según hemos estudiado, las normas comunitarias se han ocupado expresamente de la contratación desde principios de la década de los setenta del pasado siglo (las primeras Directivas datan de 1971). A partir de ese momento fue aumentando paulatinamente esa atención bajo el convencimiento de que la contratación pública es

un instrumento esencial para hacer efectivas algunas de las libertades básicas proclamadas por los Tratados constitutivos.

Es importante saber que el objeto del derecho comunitario ha estado localizado principalmente en los procedimientos de adjudicación, puesto que es en esa fase de la contratación donde se dirimen o donde se pueden poner en riesgo los principios comunitarios implicados en la materia (transparencia, concurrencia, igualdad para todos los empresarios comunitarios). Este enfoque se va ampliando, aunque aún de modo incipiente, a aspectos preparatorios de la contratación (como especificaciones técnicas) o incluso de la ejecución (como condiciones especiales de ejecución).

Novena. La Directiva 18/2004/CE, de 31 de marzo, tiene una importancia capital en nuestra vigente Ley de Contratos del Sector Público. Ésta ha acogido numerosos aspectos en la transposición de aquélla. Desde un nuevo diseño del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley (tras reiteradas condenas a España por incumplimiento del concepto correcto de poder adjudicador), pero sobre todo, la adopción de importantes planteamientos sobre los procedimientos de adjudicación. El más evidente puede ser la incorporación del nuevo procedimiento de diálogo competitivo al que volveremos a referirnos en estas conclusiones. Pero hay otros muchos aspectos en la LCSP provenientes de la Directiva de 2004 y que atañen a los procedimientos: la concepción de los criterios objetivos de valoración, la potenciación de las herramientas electrónicas a los procedimientos (además de la subasta electrónica y los sistemas dinámicos de contratación, hay que tener en cuenta el fomento de los medios electrónicos de comunicación), e íntimamente relacionado con el objeto estudiado, la recuperación del sistema de doble adjudicación y el recurso especial en materia de contratación.

En este contexto jurídico, queda claro que el régimen jurídico de la contratación pública va a estar definido muy detalladamente por el derecho comunitario. A partir de este ordenamiento, la legislación

básica del Estado es muy exhaustiva, de modo que queda a nuestro juicio poco espacio para la potestad normativa de las Comunidades Autónomas, y aún menos para la de las Entidades Locales. La cara positiva de esta cuestión consiste en que cada vez es mayor el conocimiento que los operadores jurídicos tienen del derecho a aplicar, (esto no está absolutamente garantizado con la transposición de la Ley española, pero ya comentamos que confiar en el efecto directo de las directivas no fue suficiente para que los órganos de contratación cumplieran sus mandatos). Podemos decir que actualmente el derecho comunitario de la contratación pública ha calado mucho más en los operadores llamados a su aplicación, y que con la transposición efectuada por la LCSP la convergencia será muy intensa.

El período de vigencia abarcado por la LCAP y TRLCAP, 1995 a 2008, supuso la consolidación de la influencia del derecho comunitario en nuestro derecho de la contratación pública.

Desde el punto de vista de los procedimientos de adjudicación, los que ofrecieron estas normas eran los clásicos aunque conjugados como procedimientos y formas. Los procedimientos en esta etapa fueron los abiertos, restringidos y negociados, pudiendo los dos primeros desarrollarse bajo las formas de subasta y concurso. El procedimiento negociado recibió en esta etapa esta nueva denominación (abandonando la de contratación directa), y también la nueva orientación que ya hemos descrito.

Precisamente fueron el concurso y el procedimiento negociado los que avanzaron en su configuración durante este período, sobre todo a partir de la reforma operada por la Ley 53/1999. Mientras la subasta apenas sufrió algún retoque (relativo a las bajas temerarias y al intento de controlar la manipulación de los grupos de empresas), el concurso y el procedimiento negociado fueron más perfilados. Para el concurso se introdujeron la posibilidad de apreciar ofertas desproporcionadas y de su articulación en fases, además de que se

desarrolló notablemente la doctrina sobre los criterios objetivos de valoración en consonancia con el derecho comunitario. En cuanto al procedimiento negociado, en esta etapa se le comienza a presentar como una auténtica posibilidad de negociación y no ya como una adjudicación directa sin publicidad. Los supuestos de utilización son también muy acotados por la jurisprudencia comunitaria y española, y se introduce la exigencia de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares expresen los aspectos que van a ser objeto de negociación.

Décima. La Ley de Contratos del Sector Público supone el último hito por ahora en la evolución de los procedimientos de adjudicación. Bajo la más amplia categoría de contratos del sector público acuñada por esta Ley, se incluye a los contratos administrativos, configurados como una serie de contratos tipificados (los contratos administrativos clásicos, típicos y especiales, a los que ahora se suman los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado) y celebrados por entidades que tienen la consideración de Administración Pública según la propia LCSP. Aunque la denominación y el objeto de la LCSP denotan más amplitud, casi toda la regulación que la Ley contiene acerca de los procedimientos de contratación se refiere a los contratos administrativos. Es decir, aunque la propia Ley declara el abandono de la categoría del contrato administrativo como figura medular alrededor de la que gira la regulación, la mayor atención y regulación que resulta de sus preceptos va dirigida a los contratos administrativos.

Una de las consecuencias prácticas de lo anterior es la denunciada por DEL SAZ y que nosotros suscribimos plenamente: se ha perdido otra ocasión para revisar más profundamente el régimen de contratación de las Administraciones Públicas a fin de flexibilizarla o aligerarla. La brecha entre la agilidad de esta contratación y la de las restantes entidades seguirá abriéndose, y eso ofrece la falsa apariencia de que la gestión pública de estas últimas es más eficientes

cuando lo que ocurre en realidad es que tal vez la contratación administrativa (sus procedimientos administrativos) está excesivamente regulada, y el resto de la contratación pública (los restantes contratos del sector público) gozan de una desproporcionada libertad.

La LCSP pretende la mayor homogeneización posible con la Directiva 18/2004 en materia de procedimientos de contratación. Así, los procedimientos previstos en la Ley son los abiertos, restringidos, negociados y diálogos competitivos. Los dos primeros tienen carácter normal, y los otros dos tienen carácter excepcional y su utilización requiere la expresa justificación. La LCSP abandona la distinción entre procedimientos y formas; distinción tal vez artificiosa e innecesaria. Lo relevante es la utilización de uno o varios criterios de valoración dentro de un procedimiento abierto o restringido. So pretexto de esa convergencia comunitaria, se ha desechado también la terminología clásica de subasta y concurso. Este abandono terminológico es gratuito e irrelevante, a nuestro juicio, a efectos comunitarios. Habría sido más natural y útil para los aplicadores de la LCSP el que ésta hubiese abandonado la denominación de "*formas de adjudicación*", pero hubiera seguido calificando como subasta a los procedimientos que utilizan un solo criterio de valoración (necesariamente el precio más bajo) y calificando como concurso a aquellos otros que utilizan una pluralidad de criterios.

Decimoprimer. Uno de los objetivos principales de la LCSP, por vocación también de la Directiva 18/2004 es la incorporación de los medios electrónicos a la contratación pública. Se camina, pues, hacia la ya conocida como contratación electrónica o e-contratación. Con relación a los procedimientos de adjudicación, los elementos más destacados de esta vertiente son la subasta electrónica y el perfil de contratante.

La subasta electrónica no es un procedimiento de contratación; podemos considerarla como una herramienta, un mecanismo o incluso

una operación para mejorar las primeras ofertas y obtener otra oferta aún mejor. La subasta electrónica supone la excepción de dos grandes y tradicionales principios de la contratación administrativa: la presentación de una sola proposición por cada empresario, y el secreto de las proposiciones. El mecanismo puede ser muy interesante para Administraciones que dispongan de la capacidad técnica suficiente para articularla y desarrollarla con todas las garantías. Ese interés concurre sólo para una tipología de contratos administrativos como determinados suministros y servicios, y en cualquier caso es necesario que exista algún aspecto absolutamente objetivo y cuantificable sobre el que se puedan presentar ofertas sucesivas con valores numéricos perfectamente comparables. La subasta electrónica ha sido poco utilizada hasta ahora con carácter general, y está casi inédita en el ámbito de las Entidades locales; ese escaso uso ha estado motivado por la distancia que aún separa la capacidad técnica real de nuestros órganos de contratación de las exigencias que una herramienta como ésta requiere; pero también por la resistencia y desconfianza que tradicionalmente los operadores jurídicos presentan a este tipo de fórmulas.

Decimosegunda. Una importante novedad de la LCSP es el perfil de contratante, como herramienta para la transparencia e incorporación de las nuevas tecnologías a la contratación. Desde luego, uno de los aspectos claves en los que es necesario ganar en agilidad y eficacia es el de la publicidad de las licitaciones; esta carencia está perfectamente diagnosticada por la Unión Europea. Pero también es llamativo que la obligación de disponer de perfil de contratante y publicar a través del mismo se ha establecido por la LCSP con carácter general para todos los órganos de contratación. Esta obligación general es de muy difícil cumplimiento en el ámbito de las Entidades Locales, porque la mayoría de ellas apenas tienen capacidad de gestión y están muy lejos de tener páginas web institucionales donde alojar su perfil de contratante. Aunque así fuera, tampoco cuentan con recursos humanos suficientes y

calificados que puedan mantener actualizada la información sobre la actividad contractual del municipio. Es cierto que hay algunas posibilidades para paliar esta dificultad, como la cooperación de las Diputaciones Provinciales, o la que ofrece la propia Administración General del Estado, facilitando la ubicación en la plataforma de contratación estatal. Pero aun así, la mayoría de municipios españoles con escasa capacidad de toda índole lo tienen muy difícil para actualizar esa información en el correspondiente perfil. En esta tesis hemos ofrecido un dato: poco después de cumplido un año de vigencia de la LCSP, sólo habían utilizado la fórmula de la plataforma estatal algo más del diez por ciento de las entidades locales españolas. Ciertamente, muchas otras han establecido su perfil por si mismas, pero aún así el dato nos parece muy indicativo de la dificultad de cumplimiento generalizado de la obligación que con ese carácter impone el artículo 42. Y eso quedándonos sólo en el cumplimiento formal de la obligación de disponer de perfil de contratante, sin entrar en los aspectos materiales que el citado precepto impone (información de obligatoria difusión, características técnicas, acreditación fehaciente del momento de inicio de la difusión pública de información, etc.).

Configurado el perfil de contratante como obligatorio para todos los órganos de contratación, tal vez habría redundado en simplicidad y eficacia la exigencia de que todas las adjudicaciones provisionales se publiquen en él y sólo en él, puesto que esta vía es mucho más rápida y económica que la publicación en diarios oficiales.

Decimotercera. La publicidad de los procedimientos merece alguna reflexión propia y alguna propuesta de *lege ferenda*. Hemos visto cómo la publicidad ha utilizado diversos vehículos, desde diarios oficiales, periódicos, hasta emisiones radiofónicas. Desde hace muchas décadas la publicidad se ha estabilizado en los diarios oficiales (estatal, autonómicos, provinciales y europeo), pero a pesar de la siempre declarada voluntad de agilizar la contratación

administrativa y de incorporar las nuevas tecnologías, el legislador aún no da el paso de confiar la publicidad a estas herramientas. Pero tampoco se ha avanzado en mejorar la publicidad de los diarios oficiales. Y es que para ganar en agilidad, transparencia y eficiencia, y puesto que no se desecha la publicidad en diarios oficiales, una buena fórmula sería la de editar un diario oficial para todos los anuncios relativos a la contratación pública. El elevado número de anuncios sobre la materia que aparecen cotidianamente pero dispersos en la multitud de diarios españoles justificaría la existencia de una publicación *ad hoc*. Eso favorecería enormemente la concurrencia, pues bastaría consultar ese diario para conocer todas las convocatorias y adjudicaciones del país. El beneficio sería notable tanto para las Administraciones contratantes como para las empresas contratistas. Se trata de una propuesta similar a la que ya hace décadas formuló BOQUERA OLIVER, y que desde luego, no ha sido atendida hasta ahora por el legislador.

Decimocuarta. La clave para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa son los criterios de valoración. Esta importancia se evidencia aún más en la LCSP, que ha dedicado una gran atención a detallar su régimen jurídico (artículo 134). No en vano, la correcta utilización de los criterios puede poner a disposición de la Administración la prestación idónea; pero su uso incorrecto no sólo malograría ese objetivo, sino que puede ocasionar las más graves transgresiones de los principios generales de la contratación pública.

Esta regulación de los criterios presenta una serie de novedades que nos merecen una crítica favorable en tanto que pretenden alindar el terreno de la discrecionalidad. En ese sentido elogiamos la preferencia por criterios cuya valoración dependa de reglas o fórmulas objetivas, y la atribución de la valoración a organismos independientes o comités de expertos en los casos en que ese tipo de criterios sean minoritarios en el pliego. Pero hemos de censurar que el propio precepto contiene algunas otras previsiones que actúan en

sentido contrario. Así, nos parece innecesaria y negativa la posibilidad de que los criterios no aparezcan en el pliego con la correspondiente ponderación (por más que esto sea admisible según el derecho comunitario, entendemos que bien podría haberlo restringido más el legislador español). Y, en pos de la objetividad y del mejor control de la discrecionalidad, de *lege ferenda* consideramos conveniente la obligatoriedad no sólo de ponderar los criterios, sino de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares expresen el método de valoración de aquéllos. Supondría ello un paso muy importante para el control de la arbitrariedad en las adjudicaciones, y lo sería además en consonancia con alguna jurisprudencia y doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que hemos citado. Como hemos dicho, la evolución histórica de los procedimientos de adjudicación ha ido decantándose a favor de procedimientos con una mayor dosis de discrecionalidad, frente al automatismo en la adjudicación. Por eso, es preciso que desde las propias normas se establezcan elementos que acoten los límites de esa potestad discrecional y sirvan de pauta a los Tribunales de justicia para anular las decisiones que rebasen el legítimo ejercicio de la discrecionalidad.

Decimoquinta. Uno de los aspectos más destacables de la LCSP es su decidida asunción de la consideración de la contratación pública como un instrumento en manos de los poderes públicos para el logro de objetivos ambientales o sociales, y no como un fin en si misma (seguramente quien más ha reiterado por escrito este planteamiento es el profesor GIMENO FELIÚ). Esta orientación, procedente también del derecho comunitario, se ha abierto paso y reflejado ahora en la Ley, siendo operativa en diversos momentos de la contratación: condiciones especiales de ejecución, criterios de valoración, preferencia para la adjudicación a favor de determinadas empresas y contratos reservados. Con relación a los criterios de valoración de las ofertas, la LCSP ha ido incluso más allá de la Directiva 18/2004, al admitir no sólo los criterios ambientales como ésta, sino también los sociales.

Esta puede ser una de las novedades más importantes en la configuración de los criterios de valoración y cuya potencialidad y virtualidad práctica están aún por desarrollar. Pero un correcto uso de estas posibilidades puede darnos a conocer una contratación más responsable y congruente con valores muy apreciados en la sociedad actual.

Decimosexta. La recuperación del sistema de doble adjudicación es una de las cuestiones más destacables de la LCSP (artículo 135). Esta recuperación es consecuencia directa de la obligación comunitaria de ofrecer recurso contra la adjudicación provisional. Así, la LCSP ofrece la posibilidad de interponer un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación provisional de los contratos SARA (artículo 37).

La doble adjudicación y el recurso especial han venido acompañados de una intensa polémica. Desde luego, los plazos que impone la doble adjudicación no ayudan a la agilidad de los procedimientos de contratación administrativa (entre la adjudicación provisional y la definitiva pueden transcurrir veinticinco días hábiles, plazo que puede ser ampliado hasta el máximo de un mes por las Comunidades Autónomas). No está de más recordar que este inconveniente ya fue criticado durante la vigencia de la LCE (lo hizo PARADA VÁZQUEZ). Por eso habría que reflexionar sobre la conveniencia de que al igual que el recurso especial sólo cabe en los contratos SARA (más cuantiosos económicamente y habitualmente más complejos procedimentalmente), también podría seguirse la doble adjudicación únicamente para tales contratos.

Y también con relación a esta cuestión cabe cuestionarse si en los contratos no SARA no podría haberse acortado el plazo de forma que pudiera elevarse a definitiva la adjudicación tan pronto como el adjudicatario cumpla con las obligaciones que le impone el artículo 135.4. O dicho de otro modo, ¿tiene sentido esperar a que transcurran los quince días hábiles si en el primero o en los primeros días el

adjudicatario provisional ya ha acreditado ante el órgano de contratación todos aquellos extremos exigidos por la Ley? A nuestro juicio, y también como propuesta *lege ferenda*, sería más lógico establecer para estos contratos no sometidos a regulación armonizada la posibilidad de adjudicar el contrato tan pronto como el adjudicatario provisional cumpla con esas obligaciones documentales.

Decimoséptima. Los procedimientos de contratación contemplados por la LCSP son el abierto, restringido, negociado y diálogo competitivo. Apenas hay novedades destacables en los dos primeros, de forma que quizás lo más significativo sea el abandono terminológico que también hemos comentado: ya no se alude a la subasta y al concurso, y a partir de ahora en los procedimientos abiertos y restringidos la oferta económicamente más ventajosa se concretará mediante uno o varios criterios de valoración de las proposiciones. Aparte de esta cuestión, ya hemos visto la relevancia de la regulación relativa a los criterios.

Alguna cuestión más debemos destacar de la regulación del procedimiento negociado. En éste es también apreciable algún avance de su configuración legal. Por ejemplo, se contempla la posibilidad de su articulación en fases, como antes se había establecido para el concurso en la reforma de 1999. Pero quizás lo más relevante es la nueva regulación del procedimiento negociado con publicidad. En el sistema de la LCAP, el procedimiento negociado requería publicidad cuando el presupuesto del contrato superaba el umbral comunitario. A partir de la LCSP, la publicidad no se ciñe sólo a los contratos SARA, sino que es obligatoria por encima de otros umbrales menores. Se extiende, pues, la obligación de la publicidad para procedimientos negociados no SARA, moderando un poco la generosidad con la que la LCSP ha admitido el procedimiento negociado por razón de la cuantía.

Lo más censurable de esta cuestión es la deficiente técnica legislativa con la que se ha regulado esta publicidad del procedimiento negociado. Se ha hecho con enrevesamiento,

demasiadas remisiones, y poca claridad. El procedimiento negociado con publicidad implica la aplicación de los preceptos del procedimiento restringido, y ello ha ocasionado bastante confusión tras la entrada en vigor de la LCSP. Los órganos de contratación estaban habituados a que en la mayoría de las ocasiones el procedimiento negociado no conllevara publicidad, bastando las invitaciones y la posterior comparación de ofertas para seleccionar al adjudicatario. Por eso, esta fórmula híbrida crea numerosas dudas de cara a su aplicación.

El otro aspecto claramente destacable de la nueva regulación del procedimiento negociado atañe al supuesto basado en la cuantía. Desde luego no hay ninguna novedad conceptual, pues ya hemos visto cómo se trata de una posibilidad cuyas raíces brotaron en las primerísimas normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación (y que se mantiene a pesar de que no es éste un supuesto contemplado por las Directivas comunitarias). La cuestión a destacar es la notable elevación de la cifra por debajo de la cual puede acudirse legítimamente al procedimiento negociado. El aumento se acusa aún más en el ámbito de las Entidades Locales, puesto que la LCSP deroga la modulación que tradicionalmente se establecía en función de un porcentaje sobre los recursos ordinarios del presupuesto de la propia Entidad Local contratante. Es decir, este procedimiento negociado puede ahora utilizarse en el ámbito local por debajo del umbral establecido con carácter general por la LCSP para cada tipo de contrato y por cualquier Administración Pública. Ello lleva a que en la práctica las Entidades Locales puedan adjudicar la mayoría o todos sus contratos sin celebrar licitaciones públicas. Es verdad que el procedimiento negociado exige publicidad por encima de ciertos umbrales y que esto supone una atenuación del efecto que produce la subida de los umbrales. Pero aun así, la mayoría de las Entidades Locales (incluidas las Diputaciones Provinciales) celebran mayoritaria o completamente contratos que están por debajo de esas cifras.

No queremos decir con lo anterior que esas adjudicaciones vayan a ser irregulares o corruptas, pero desde antiguo se nos ha inculcado que deben primarse los procedimientos abiertos, con publicidad y la mayor concurrencia posible, concordando con los más básicos principios de la contratación pública y ahora también del derecho comunitario. Eso seguirá siendo posible, puesto que la Ley no nos obliga a optar por el procedimiento negociado, pero por debajo de esas elevadas cifras queda legitimado el procedimiento negociado sin ninguna otra justificación.

Puede decirse que no hay ninguna razón cualitativa para desconfiar más de los órganos de contratación locales que de los autonómicos o estatales y que el umbral ha de ser el mismo para todos ellos. Pero siendo eso así, no es menos cierto que las Administraciones estatal y autonómicas celebran contratos de presupuestos elevadísimos que tienen forzosamente que ser licitados públicamente. Sin embargo, la tipología y cuantía de los contratos que celebran las Entidades Locales pueden producir el efecto perverso de que algunas de ellas caiga en la tentación de dejar de efectuar convocatorias públicas de contratación y adjudicarlo todo por procedimiento negociado.

Desde el principio hemos apuntado que en materia de procedimientos de contratación, una de las grandes novedades de la LCSP es la incorporación del nuevo procedimiento de diálogo competitivo. Se trata de una importación desde la propia Directiva 18/2004, que amplía el catálogo de procedimientos tras un largo período histórico sin novedades en el mismo (concretamente, desde la adopción del procedimiento restringido).

El diálogo competitivo es una figura híbrida entre el procedimiento restringido y el negociado. Diversas razones hacen que su utilización práctica sea aún escasa. De entrada, la Ley lo presenta como de uso excepcional y a justificar. Pero además, su uso está reservado para la adjudicación de contratos muy complejos, y el

propio procedimiento contractual también es muy sofisticado. Como también habíamos dicho, el diálogo competitivo permite un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación. Pero ese aún corto recorrido temporal y su escaso uso hacen que debamos esperar para poder valorar sensatamente sus virtudes y defectos.

Queremos dejar aquí una reflexión final acerca de las novedades que la LCSP contiene en cuestión de procedimientos de contratación. La mayoría de esas novedades son de utilización potestativa para los órganos de contratación. Salvo la obligatoriedad del perfil de contratante, de la doble adjudicación y de algunos otros aspectos de menor relieve, la Administración no está obligada a utilizar elementos como la subasta electrónica, los criterios sociales y ambientales o el diálogo competitivo. De este modo, las novedades de la LCSP que más éxito han tenido por ahora en la práctica (sobre todo en la de las Entidades Locales) han sido las elevaciones de las cifras tanto en los contratos menores como en los procedimientos negociados por razón de la cuantía. Detalles de este tipo, que tienen un perfil bajo con relación a otras novedades o modificaciones introducidas por la LCSP, parecen desmentir la gran arquitectura procedimental que la Ley despliega. Incluso permiten la elusión de la publicidad y concurrencia, que son principios básicos de la contratación administrativa y del derecho comunitario de la contratación al que obedece casi en exclusiva la promulgación de la LCSP.

Decimoctava. Estudiada la evolución y sistema actual de procedimientos de contratación administrativa debemos expresar algunas últimas reflexiones y propuestas.

En las primeras regulaciones históricas se puso el mayor interés en objetivar y automatizar la adjudicación de los contratos, evitando la discrecionalidad y persiguiendo la arbitrariedad (es paradigmático de esta corriente el Real Decreto de 27 de febrero de 1852). Este planteamiento es encarnado por la subasta, que ofrece indudables

virtudes bajo dicha perspectiva. Como el sistema necesita alguna flexibilidad y no puede imponerse con carácter absoluto la utilización de la subasta para todos los contratos licitados, el principio de subasta necesaria fue siempre acompañado de una serie de supuestos excepcionales en los que podía utilizarse la contratación directa.

La solera de la subasta ha propiciado una regulación muy meticulosa. Las sucesivas normas, la jurisprudencia, doctrina y la praxis han configurado un procedimiento administrativo de contratación muy riguroso y detallado, que ha servido de base común a todos los procedimientos que han ido apareciendo posteriormente en el ordenamiento jurídico.

La evolución posterior ha ido ofreciendo nuevos procedimientos y perfeccionándolos. Singularmente debe destacarse la incorporación del concurso; y éste, junto con la contratación directa ha sido perfilado en sucesivas etapas. Procedimentalmente también el concurso está hoy muy definido, e incluso el procedimiento negociado ha avanzado conceptual y procedimentalmente (no obstante su carácter marcadamente antiformalista).

Hay una característica esencial en esa evolución: en los sucesivos procedimientos que se han unido a la subasta en el catálogo no subyace como única preocupación el automatismo de la adjudicación (como garante de la transparencia, objetividad y del precio más bajo). Tanto el concurso, como el procedimiento negociado y el diálogo competitivo tutelan otros valores además del precio. Además, mientras en la subasta la adjudicación del contrato es una decisión reglada (esto tuvo carácter absoluto originariamente y fue matizado después por las prevenciones contra las bajas temerarias y los grupos de empresas), en los demás procedimientos existe un notable margen de discrecionalidad (recordemos que en su origen se decía que la esencia del concurso era la libertad de la Administración para adjudicar o declarar desierto, y que la discrecionalidad es la esencia del concurso).

Esta evolución favorable (advertida ya hace tiempo por DEL SAZ) a los procedimientos discrecionales (permítasenos esta expresión) es congruente también con el derecho comunitario, que desde sus primeras expresiones ha contemplado con normalidad la adjudicación según varios criterios, la existencia de una serie de excepciones para la contratación directa, y cuyo último hito en su propio camino sobre la materia es la regulación del diálogo competitivo.

Siendo esto así, es precisa la elaboración de un *corpus* jurídico lo más desarrollado posible para el control de las adjudicaciones ejercitando la potestad discrecional que estos procedimientos implican. Es muy abundante la jurisprudencia española sobre estos procedimientos, y ya vimos el pragmatismo con el que los Tribunales conjugan el control de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados (puesto de relieve por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ). La LCSP ha adoptado algunas de las líneas jurisprudenciales en aras de acotar la discrecionalidad (por ejemplo, prohibiendo que se declare desierta una licitación si alguna oferta o proposición resulta admisible según los criterios establecidos por el pliego, art. 135.1) e incluso ha incorporado algunas de propia cosecha (por ejemplo, exigiendo que los pliegos para el procedimiento negociado expresen los aspectos económicos y/o técnicos que serán objeto de negociación). Pero en la propia LCSP podemos encontrar también preceptos que no contribuyen a embridar la discrecionalidad. Amén de la incorporación del diálogo competitivo y de las ya comentadas ampliaciones excesivas de las posibilidades de utilización de procedimientos negociados y menores (que suponen además un grave riesgo de los principios comunitarios sobre la materia, como reiteradamente ha detallado MORENO MOLINA), por ejemplo la LCSP no se ha atrevido a formular una clara preferencia, en términos obligatorios, por los criterios objetivos de valoración frente a aquellos otros cuya valoración depende de un juicio de valor. O tampoco ha dado el paso de configurar la Mesa de contratación como un órgano de composición

exclusivamente técnica, como corresponde a las funciones que le son propias.

Es preciso, pues, ofrecer elementos normativos sobre los que los Tribunales construyan una buena doctrina para controlar el ejercicio de la potestad discrecional al adjudicar los contratos, habida cuenta de que los procedimientos ponen cada vez más el acento en la determinación de la oferta más ventajosa de forma discrecional y menos en la determinación mediante fórmulas automáticas cuya objetividad sea incuestionable.

Decimonovena. La LCSP ha vuelto a perder una buena ocasión de contribuir a la simplificación procedimental de la contratación administrativa, aportando agilidad y, por ende, eficiencia a unos procedimientos que en definitiva no son sino instrumentales con relación a la actividad de la Administración Pública. Este es, ya lo dijimos, uno de los objetivos de la propia Ley, según su propia Exposición de motivos. Sin embargo, sus preceptos no se compadecen con ese propósito. Las únicas posibilidades de tramitación ágil que pueden encontrarse en la Ley pasan por utilizar el procedimiento negociado sin publicidad y el contrato menor, lo que es tanto como recurrir a soluciones excepcionales. En cambio, algunas de las novedades aparecidas riñen con la celeridad: por ejemplo, la doble adjudicación, o la intervención del comité de expertos u organismo cualificado en la valoración de los criterios.

Es preciso que alguna próxima reforma ponga todo su empeño en simplificar los procedimientos administrativos de contratación (lamentablemente ninguna de las múltiples que hemos conocido en las últimas décadas han incidido en ello). Ya hubo en nuestro ordenamiento procedimientos simplificados de contratación; singularmente en el ámbito local, donde se hace más acusada esta necesidad de simplificación. Este es otro de los olvidos de la LCSP. A pesar de que la mayoría de las especialidades de la contratación local contenidas en la Disposición adicional segunda nos parecen acertadas,

también nos parecen escasas. En un ámbito en el que la disponibilidad de recursos humanos cualificados, económicos y técnicos es muy escasa, es acuciante la necesidad de aligerar los procedimientos de contratación. La simplificación administrativa concuerda, por cierto, con algunas otras directrices del derecho comunitario.

Esta es una necesidad perentoria de todas las partes implicadas: Administración contratante, empresarios y ciudadanos. La enorme carga procedimental necesaria para celebrar los contratos administrativos le hacen perder gran parte de su crédito, provocando la desconfianza no tanto en la figura del contrato administrativo sino en el procedimiento para llegar a él. Y, desde luego, estimulan las tentaciones de huir no sólo de los procedimientos ordinarios, sino de la propia contratación administrativa hacia soluciones más oscuras y hacia personificaciones que, so pretexto de superar la ineficiencia de la Administración, acaban cumpliendo sólo (y no siempre) el principio de eficacia a costa de desconocer casi todos los demás principios de la actividad pública.

Es preciso, pues, que las próximas reformas busquen el equilibrio entre las garantías que ofrecen los procedimientos de contratación y la eficacia que se demanda a la Administración. Un equilibrio seguramente difícil de lograr, pero que parece haberse olvidado en la evolución normativa de estos procedimientos, preocupada aparentemente más por la exhaustividad de la regulación procedimental. Como escribiera hace más de dos décadas el profesor PAREJO ALFONSO, *"el problema de la eficacia administrativa no consiste en optar entre los elementos de la disyuntiva: Derecho o eficacia, sino en determinar las condiciones en que la actuación de la Administración, siendo conforme a Derecho, sea también efectiva, idónea para la satisfacción real de los intereses generales"*. En ese vértice está situada la razón de ser de los procedimientos de contratación, y debe ponerse el mismo empeño en que las dos vertientes, garantías y eficacia, estén suficientemente a salvo so pena

José Miguel Carbonero Gallardo

La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual

de que la propia contratación administrativa acabe perdiendo su legitimación.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BIBLIOGRAFÍA

- ALBI, F. "La Contratación en la nueva Ley de Régimen Local", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 55 (1951).
- AMIEL-DONAT, J. "La sous-traitance des marchés publics", *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 1993.
- ANDRÉS GUIJARRO, F.J. "El contrato de concesión de obras públicas: análisis de su actual regulación", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 3 (2004).
- ANDREU LOPE, A. "Análisis de los criterios de valoración utilizados en concursos públicos por las administraciones. Cumplimiento de las Directivas Comunitarias", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 19 (2003).
- ARAGONE RIVOIR, I. "Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos", *Redetti: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, nº 25 (2006).
- ARCE MONZÓN, L. *La contratación en las Corporaciones Locales*. Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 1969.
- ARENAS ALEGRIA, C.C. "Análisis de las principales novedades en materia de contratación pública", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 73 (2008).
- ARIÑO ORTIZ, G. *Comentarios a la Ley de Contratos Administrativos*. Granada: Comares.
- Tomo I. *El sistema contractual administrativo*. 2002.
- Tomo II. *La gestación del contrato administrativo*. 2003.
- ___ "El concepto de contrato público en la CEE", *Noticias de la Unión Europea*, nº 21 (1986).
- ___ "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 172 (2007).
- ___ *La Reforma de la Ley de Contratos del Estado*. Unión Editorial, 1984.

ARROWSMITH y DAVIES. *Public procurement: global revolution*. Kluwer Law International, 1998.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. *Manual de administración local: adaptado a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común y al Texto Refundido de la Ley del Suelo*. Granada: Comares, 1994.

— "Modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD Ley 5/2005, de 11 de marzo (BOE del 14)", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 8 (2005).

BAÑO LEÓN, J.M. "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública*, nº 151 (2000).

BARBERO BAJO, J. "La nueva Ley de Contratos del Sector Público", *Lex Nova, la Revista*, nº 51 (2008).

BARO PAZOS, M.L. "Las actuaciones preparatorias de la contratación administrativa", *Actualidad Administrativa*, nº 36 (1997).

BASSOLS COMA, M. "Aproximación a la normativa comunitaria sobre contratación administrativa", *Noticias de la Unión Europea*, nº 21 (1986).

— *Evolución de la legislación sobre contratación administrativa*, Barcelona: Praxis, 1995.

BASTARDO YUSTOS, F.M. "Las condiciones especiales de ejecución, en la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 17 (2008).

BENITO ZALDO, R. de, "La adjudicación del contrato administrativo en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Actualidad administrativa*, nº 13 (1997).

BERASATEGUI, J. "El control administrativo independiente de la contratación pública", *Diario La Ley*, nº 6650 (2007).

BERBEROFF AYUDA, D. "Contratación pública, Derecho comunitario y entidades locales", *Cuadernos de Derecho Local*, nº 18 (2008).

BERMEJO VERA, J. "La publicidad en el procedimiento de contratación", *Noticias de la Unión Europea*, nº 21 (1986).

BERNAL RIOBOO, L. "A fondo: conceptos clave en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Ley 30/2007, de 30 de octubre

(BOE del 31)", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 74 (2008).

BLANQUER, D. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: guía práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

BLAZQUEZ ROMAN, A. y RAMÍREZ HORELANO, P. "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 42 (2005).

BOCOS REDONDO, P. "Comentario a una Sentencia del TJCE que condena a España por unas deficiencias en materia de adjudicación y formalización del contrato", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 10 (2008).

BOQUERA OLIVER, J.M. *La selección de contratistas: procedimiento de selección y contrato*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

— "Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy", *Revista de Administración Pública*, nº 150 (1999).

— "Los contratos de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 11 (2000).

BORRAJO INIESTA, I. "Las Directivas sobre contratación como manifestación de la libertad comunitaria de circulación", *Noticias de la Unión Europea*, nº 21 (1986).

BOVIS, C.H. *EU public procurement Law*. Edward Elgar Publishing Limited, 2007.

BUSTILLO BOLADO, R. *Convenios y contratos administrativos. Tasación, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. 2ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2004.

CARBONEBRO GALLARDO, J.M. "El Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y su incidencia en el ámbito local", *Revista de Estudios Locales*, nº extraordinario (2006).

— *Procedimientos y formas de adjudicación de los contratos administrativos*. Granada: CEMCI, 2003.

CARLÓN RUIZ, M. "La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico", *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Cívitas, 2004.

CARRILLO DONAIRE, J.A. "Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador: La

sentencia del TJCE de 16 de octubre de 2003, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y equipamientos penitenciarios", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 51 (2003).

CASAJUS AGUADO, S. "Los criterios objetivos de adjudicación de los contratos administrativos por concurso", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 24 (2004).

CASSAGNE, J.C. "La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas", *Revista de Derecho Administrativo*, nº 16 (1994).

CASTILLO BLANCO, F. *Contratación administrativa (legislación, referencia bibliográfica y jurisprudencia)*. Granada: CEMCI, 1990.

CATALÁ MARTÍ, J.V. "Las funciones del Secretario General en la Contratación Local", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 10 (2008).

— *Manual práctico de contratación de las Entidades Locales*. Barcelona: Bayer, 2007.

CATALÁN SENDER, J. "Los Informes de los Secretarios de las Corporaciones Locales. Evolución legislativa, doctrina y jurisprudencia", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 278 (1998).

CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M. "Los principios de igualdad y libre concurrencia en la adjudicación de contratos administrativos. Comentarios a la STS (Sala 3ª) de 24 de septiembre de 2008", *Actualidad Administrativa*, nº 13 (2009).

CHINCHILLA MARÍN, C. "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 132 (2006).

CLIMENT BARBERA, J. "La contratación de las Administraciones Locales", *Nuevas Perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M^a Boquera Oliver*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

COMENTARIO a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Madrid: Cívitas, 1996.

COMENTARIO a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

- COMENTARIO a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. 2ª ed. Madrid: Cívitas, 2004.
- COMENTARIOS a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002.
- COMENTARIOS al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: BOE, 2002.
- “CONDICIONES especiales de ejecución del contrato: eliminar desigualdades ente el hombre y la mujer”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 81 (2008).
- CONSUEGRA GINER, F. “Estudio sobre las funciones del Secretario y del Interventor de la Contratación administrativa”, *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 5 (2007).
- “CONTENIDO básico de los pliegos de cláusulas administrativas particulares comunes para todo tipo de contratos administrativo”, Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 8 (2008).
- CONTRATACIÓN de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Barcelona: Atelier, 2004.
- CONTRATACIÓN del Sector Público Local*. Las Rozas (Madrid): El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2008.
- “CONTRATACIÓN local. Anulación de la adjudicación de concesión administrativa para la explotación publicitaria mediante cartelera de gran formato de suelo de titularidad municipal, por existir una oferta más beneficiosa para el interés público (...)”, *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 8 (2005).
- La CONTRATACIÓN pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*. Libro verde. Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de Noviembre de 1996, a propuesta del Señor MONTI.
- CONTRATACION pública local: propuestas de reforma*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer, 1999.
- “Los CONTRATOS administrativos”, GARRIDO FALLA, F. *Tratado de derecho administrativo, Volumen II, (Parte general: Conclusión)*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1960.
- CONTRATOS de las Administraciones Públicas (comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo)*. Madrid: El Consultor, 1995.

CONTRATOS de las Administraciones Públicas (comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo). 2ª ed. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1997.

CONTRATOS de las Administraciones Públicas (comentarios al Texto Refundido de la Ley aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). 3ª ed. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2000.

CONTRATOS de las Administraciones Públicas (comentarios al Texto Refundido de la Ley). Madrid: El Consultor, 2001.

CONTRATOS del sector público: Ley 30/2007, de 30 de octubre. Su aplicación en las entidades locales. Análisis jurídico y económico-presupuestario. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2008.

"CORPORACIONES locales. Organismos Autónomos. Servicios y actividades locales. Posibilidad de incorporar al Consejo Rector de los Organismos Autónomos, personas de reconocido prestigio en la materia de que se trate", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 8 (2005).

CORRAL GARCÍA, E. "El contrato de suministro en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 12 (2008).

— "La contratación local en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 23 (2007).

CRESPO RODRIGUEZ, M. "La nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Noticias de la Unión Europea*, nº 136 (1996), p. 21.

DAGNINO GUERRA, A. *Legislación básica sobre contratos de las Administraciones Públicas (legislación, jurisprudencia y doctrina administrativa)*. Madrid: Edisofer, 2004.

DERECHO a la contratación pública y regulada. Comentarios sistemático y concordado de la legislación vigente. Madrid: Cívitas, 2004.

DÍAZ LEMA, J.M. "Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la ley de contratos del sector público?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 141 (2009).

"DICTAMEN 4/2006, del Consejo Económico y Social, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, y se formulan propuestas de mejora para su incorporación al texto

del Proyecto de Ley", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 61 (2007).

DOMÍNGUEZ MACAYA, J. "La contratación electrónica en el Proyecto de Ley del Contratos del Sector Público. Análisis y propuestas de mejora", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 62 (2007).

— "La ieContratación, una nueva -y necesaria- forma de entender la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 53 (2006).

ENRÍQUEZ SANCHO, R. *La contratación administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2007.

ESCRIHUELA MORALES, F.J. "La contratación en el ámbito del fondo de inversión local y fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y el empleo", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 82 (2009).

— "La notificación y publicidad de las adjudicaciones de los contratos del sector público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 78 (2008).

— "La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación del sector público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 72 (2008).

— "Régimen de la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 76 (2008).

ESCUIN PALOP, C. "Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 46 (2005).

ESTEVEZ HERNÁNDEZ, J.L. "La función interventora en la contratación administrativa local", *Auditoría pública*, nº 5 (1996).

ESTUDIOS sobre la Contratación en las administraciones públicas. Granada: CEMCI, 1996.

"EXPOSICIÓN de características del proyecto definitivo de Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 69 (1953).

FAJARDO GARCÍA, J. "Comentarios a la jurisprudencia en materia de contratación de las administraciones públicas", *Cuadernos de Derecho Local*, nº 6 (2004).

FERMOSO SASTRE, F. "Subsanación de defectos de la documentación administrativa por las mesas de contratación", *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 10 (2005).

FERNÁNDEZ, T.R. "La sentencia del TEJ de 12 de julio de 2001 (asunto 'proyecto Scala 2001') y su impacto en el ordenamiento urbanístico español", *Revista de urbanismo y edificación*, nº 4 (2001).

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M. *Contratación administrativa: comentarios a la Ley 13/95, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, modificada por la ley 53/99, de 28 de diciembre*. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2000.

— *Contratación administrativa: comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDL 2/200, de 16 de junio, y su Reglamento, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 2002.

— *Contratación Administrativa: comentarios al texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDL 2/200, de 16 de junio, y su Reglamento, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre. Con el nuevo régimen del contrato de concesión de obras públicas*. 3ª ed. Barcelona: Bosch, 2003.

— *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios de la Unión Europea*. Barcelona: Bosch, 2005.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. "El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 80 (2008).

FERNÁNDEZ GARCIA, M.Y. "La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo", *Revista de Administración Pública*, nº 166 (2005).

"La FNMC y el CRANA inician los trabajos para que las Entidades Locales dispongan de pliegos de contratación con criterios de sostenibilidad", *Concejo, Revista para el Autogobierno Local*, nº 260 (2008).

FONT i LLOVET, T. "Control jurisdiccional de la selección de contratistas", *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor S. Martín-Retortillo*. Madrid: Cívitas, 2003.

Las FORMAS de selección del contratista en el Régimen Local. Madrid: Banco de Crédito Local de España, 1986.

- FUEYO BROS, M. y RODRÍGUEZ PRIETO, B. "Criterios objetivos de adjudicación de contratos en la Administración Pública", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 23 (2003).
- "Criterios objetivos de adjudicación de contratos en la Administración Pública", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 1 (2004).
- GALÁN DEL FRESNO, J.M. "La regulación de la figura de contrato menor en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 84 (2009).
- GALLEGO CÓRCOLES, I. "Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 72 (2008).
- "Clases de expedientes de contratación: la tramitación urgente", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 60 (2007).
- "Composición y funciones de las mesas de contratación (I)", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 38 (2005).
- "Composición y funciones de las mesas de contratación (II)", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 39 (2005).
- "Contratación pública electrónica", *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*. Valladolid: Lex Nova, 2005.
- "Criterios de adjudicación del contrato público y principio de transparencia en la Jurisprudencia del TJCE", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 87 (2009).
- "El procedimiento negociado (I)", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 29 (2004).
- "El procedimiento negociado (y II)", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 30 (2004).
- "La potestad de declarar desierto el concurso", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 52 (2006).
- "La valoración de la experiencia en los procedimientos de licitación", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 51 (2006).
- "Perfeccionamiento y formalización del contrato administrativo", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 46 (2005).
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M. "El control de los contratos en la colaboración público-privada", *Presupuesto y Gasto Público*, nº 45 (2006).

- GARCÍA APARICIO, J. "La nueva regulación de las bajas desproporcionadas o temerarias en la contratación administrativa: breve visión práctica", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 1 (2005).
- GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Cívitas, 2001.
- "Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa", *Revista de Administración Pública*, nº 10 (1953).
- "La figura del contrato administrativo", *Studi in memoria di Guido Zanobini*", Milán: Dott. A. Guiffrè, 1965.
- "Una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión de las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las administraciones públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 120 (2003).
- GARCÍA HERRERO, J. "El concurso de proyectos con intervención de Jurado", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 8 (2006).
- GARCÍA SÁNCHEZ, J.M. "La motivación de los actos administrativos en el contrato menor", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 2 (2002).
- GARCIA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A. "Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del 'Hotel Andalucía-Palace' de Sevilla", *Revista de Administración Pública*, nº 28 (1959).
- "Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local", *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 87 (1956).
- GESTIÓN local Aranzadi: Contratación administrativa*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2008.
- GIL IBÁÑEZ, J.L. "El impulso comunitario al medio ambiente a través de la Contratación Pública (I)", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 68 (2007).

- ___ "El impulso comunitario al medio ambiente a través de la Contratación Pública (y II)", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 69 (2007).
- ___ *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid, 2000.
- GIMENO FELIÚ, J.M. *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Cívitas, 2003.
- ___ *El control de la contratación pública*. Madrid: Cívitas, 1995.
- ___ "El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras", *Revista de Administración Pública*, nº 176 (2008).
- ___ *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*. Madrid: Cívitas, 2006.
- ___ *La utilización de las nuevas tecnologías en la contratación pública*, Documento de trabajo 2004-03, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Zaragoza.
- ___ "Las Directivas europeas sobre contratación pública: ámbito subjetivo y objetivo y sus relaciones con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Noticias de la Unión Europea*, nº 205 (2002).
- ___ "Las fuentes normativas en materia de contratación local. El estado de la cuestión", *Cuadernos de Derecho Local*, nº 14 (2007).
- ___ "Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales", *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Barcelona: Atelier, 2004.
- ___ "Los sujetos contratantes: alcance del concepto 'poder adjudicador'", *Cuadernos de Derecho Local*, nº 12 (2006).
- ___ "Observaciones al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva 18/2004", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 52 (2006).
- ___ "Problemas actuales de la administración municipal desde la perspectiva del derecho comunitario: incidencia en la organización administrativa de las normas de contratación pública", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 71-72 (2008).

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. "Contrato de colaboración público-privada", *Revista de Administración Pública*, nº 170 (2006).

GONZÁLEZ NAVARRO, F. "La presentación indirecta de ofertas en los procedimientos de selección de contratistas", *Revista de Administración Pública*, nº 46 (1965).

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *El contrato administrativo*. Madrid: Cívitas, 2003.

___ "El control sobre la adjudicación mediante concurso y el Derecho comunitario europeo: Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002 (asunto C-513/99) y de 18 de junio de 2002 (asunto C-92/00)", *Noticias de la Unión Europea*, nº 219 (2003).

___ "El debate sobre la figura del contrato administrativo", *La Justicia administrativa: libro homenaje a Rafael Entrena Cuesta*. Barcelona: Atelier, 2003.

___ "Los retos de la contratación pública", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 22 (2003).

___ "¿Una tesis sustancialista del contrato administrativo?", *Revista de derecho administrativo* (2001).

GOSALBEZ PEQUEÑO, H. "¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?", *Justicia Administrativa*, nº 20 (2003).

___ "La doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía (Dictámenes de 1996) sobre la contratación administrativa", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 34 (1999).

GRACIA HERRERO, F.J. "El concurso de proyectos según la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 4 (2008).

GUIA para la gestión de contratos de las administraciones públicas. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, 2004.

GUIA práctica de la Ley de Contratos del Sector Público (especial referencia a los contratos de obras y de concesión de obra pública). Miguelturra (Ciudad Real): Asociación Provincial de Empresarios de Construcción de Ciudad Real -APEC-, 2008.

GUINOT BARONA, M. "La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Actualidad Administrativa*, nº 2 (2008).

HERNÁNDEZ, C. *El procedimiento consuetudinario de contratación administrativa forestal en Navarra: la subasta pública a viva*

voz por el sistema de 'la candela' y por el de 'corriendo el ramo'. Madrid: Cívitas, 1993.

HERNÁNDEZ DOMINGO, R. "Actuación de la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación de los contratos e impugnación de sus actos. Vicisitudes", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 3 (2007).

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. "Pervivencia de la costumbre en la contratación administrativa local en Navarra: la subasta pública a viva voz por el sistema de 'la candela' y por el de 'correr el ramo'", *Revista Jurídica de Navarra*, nº 40 (2005).

HUERGO LORA, A. "El derecho español de los contratos públicos y el derecho comunitario", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 49 (2001).

INFORME y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública. Madrid: Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2004.

JIMÉNEZ RIUS, P. "El diálogo competitivo: ¿avance o retroceso?", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 69 (2007).

— "La contratación administrativa informática", *Actualidad administrativa*, nº 8 (2000).

— "Los concursos de proyectos con jurado en la nueva LCSP", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 72 (2008).

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. "El impacto de la normativa europea sobre contratación administrativa en la legislación de contratos del Estado", *Noticias de la Unión Europea*, nº 21 (1986).

LAGO NUÑEZ, G. "La negociación como procedimiento contractual", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 10 (2008).

LECUE BALANZATEGUI, V.J.I. "Algunas consideraciones sobre la prórroga en los contratos menores", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 88 (2009).

LEY de Contratos del Sector Público: trabajos parlamentarios. Madrid: Cortes Generales, Departamento de Publicaciones, 2008.

La LEY de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales. Granada: CEMCI, 2008.

LINOTTE, D. "Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence?", *Ajda: actualité juridique droit administratif*, nº 28 (2005).

- LLAVADOR CISTERNES, H., SELVA SACANELLES, E. "Aproximación al proyecto de Ley de Contratos del Sector Público: principales novedades y modificaciones respecto a la regulación actual", *Revista de Estudios Locales*, nº 97 (2007).
- LLINARES CERVERA, P. "Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la luz del Derecho comunitario", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 82 (2009).
- LLISET BORRELL, F., LLISET CANELLES, A. *Manual de los contratos públicos: comentarios al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RDL 2/2000) y su Reglamento (RD 1098/2001)*. Barcelona: Bayer, 2002.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I. "El régimen especial de las medidas cautelares en la contratación pública", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 50 (2003).
- LÓPEZ PELLICER, J.A. "El sistema de fuentes jurídicas en materia de contratación local", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 4 (1996).
- "Las obras menores y su regulación legal", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 9 (2001).
- LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, M. y MESTRE DELGADO, J.F. *Contratos públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*. Madrid: Cátedra Jurídica del Centro PC&IE del Sector Público, 2006.
- LUCAS RUIZ, E. *La contratación administrativa en la Administración Local (gestión, fiscalización y documentación contable)*. Barcelona: Bayer, 2004.
- MACERA, B. "La sujeción a control contencioso-administrativo del *fieri* de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima", *Revista de Administración Pública*, nº 155 (2001).
- MACERA-TIRAGALLO, B.F. *la teoría francesa de los "actos separables" y su importancia por el Derecho Público*. Barcelona: CEDECS, 2001.
- MACÍA, M. "Publicaciones oficiales: El 'Diario Oficial de las Comunidades Europeas' ('DOCE')", *Revista de Administración Pública*, nº 133 (1994).

- MALARET GARCIA, E. (coord.) "La contratación pública en el horizonte de la integración europea", *V Congreso Luso-Hispano de profesores de derecho administrativo*. Madrid: INAP, 2004.
- MANTECA VALDELANDE, V. "Aspectos de contratación electrónica en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 75 (2008).
- ___ "Sistemas de contratación y procedimientos de adjudicación en la Ley de Contratos Públicos de Navarra", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 62 (2007).
- MARCOS FERNÁNDEZ, A. de "Contratación local", *Anuario de Derecho Municipal*, nº 1 (2007).
- MARCOS OYARZUN, F.J. "Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RDL 2/2000, de 16 de Junio). Procedimientos y formas de adjudicación en la contratación administrativa", *Revista de Estudios Locales*, nº 51 (2001).
- MARQUÉS CARBÓ, L. "Orientaciones generales del nuevo Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales", *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 71 (1953).
- MARTÍN PÉREZ, P.A. "Contratos menores y procedimiento negociado sin publicidad en la contratación administrativa de conformidad con lo estipulado en el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Actualidad Administrativa*, nº 14 (2001).
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. "Contrato de suministros en la LCSP", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 15-16 (2008).
- MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L. "El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial, la inclusión de criterios medioambientales", *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Barcelona: Atelier, 2004.
- ___ "La LCSP y la administración local", *Cuadernos de Derecho Local*, nº 17 (2008).
- ___ "Las Entidades Locales y la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública* (2008).
- ___ "Reflexiones sobre la inclusión de aspectos sociales y medioambientales como criterios de adjudicación de los contratos públicos", *Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, nº 18 (2003).

- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.M. "Contrato de obras públicas en la LCSP", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 12 (2008).
- MEDINA ARNÁIZ, T. "El papel de la Ley de Contratos del Sector Público en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 85 (2009).
- MEDINA GUIJARRO, J. y LÓPEZ LÓPEZ, J.C. "La fiscalización de la contratación administrativa por el Tribunal de Cuentas", *Revista de Documentación Administrativa*, nº 274-275 (2006).
- MEILAN GIL, J.L. "La actuación contractual de la administración pública española. Una perspectiva histórica", *Revista de Administración Pública*, nº 99 (1982).
- *La estructura de los contratos públicos: norma, acto y contrato*. Madrid: IUSTEL, 2008.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. "El nuevo sistema legal francés en materia de contratación de las Administraciones Públicas. Hacia la unidad de jurisdicción", *Revista de Administración Pública*, nº 158 (2002).
- MESTRE DELGADO, J.F. "Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental", *Revista de Estudios de la Administración Local*, nº 291 (2003).
- "El control de la adjudicación de los contratos públicos", *Nuevas Perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M^a Boquera Oliver*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- "La subasta electrónica: consideraciones sobre el empleo de medios telemáticos en la contratación pública", *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 2 (2002).
- MONEDERO GIL, J.I. *Doctrina del Contrato de Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977.
- MONTOYA MARÍN, E. *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.
- MONTOYA MARTÍN, E. "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de "poder adjudicador" en las Directivas de la contratación pública de servicios, suministros y obras", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 41 (2001).

- MORALES MOYA, A. y MEDINA MALO, E. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed. Madrid: BOE, 2006.
- MORENO GIL, O. *Contratos administrativos (legislación y jurisprudencia)*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1978.
- ___ *Contratos administrativos. Legislación y Jurisprudencia*. 2ª ed. Madrid: Cívitas, 1998.
- ___ *Contratos administrativos. Legislación y Jurisprudencia*. 3ª ed. Madrid: Cívitas, 2002.
- MORENO MOLINA, J.A. "Consideraciones críticas sobre el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 88 (2009).
- ___ *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*. Madrid: Mc-Graw Hill, 1996.
- ___ "Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto-Ley 9/2008 por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 83 (2009).
- ___ "El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público", *Documentación administrativa*, nº 274-275 (2006).
- ___ "La nueva Ley de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 63 (2007).
- ___ "La nueva Ley de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 65 (2007).
- ___ "La valoración de ofertas en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 65 (2007).
- ___ "Las novedades en la regulación de los contratos de consultoría, asistencia y servicios introducidas por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 6 (2002).
- ___ "Las nuevas Directivas de la Comunidad Europea sobre contratos públicos (93/36, 93/37 y 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993)", *Revista Estado & Direito*, nº 13 (1994).

- “Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales en la Administración”, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Cívitas, 1996.
 - *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*. Albacete: Bomarzo, 2006.
 - “Los procedimientos de adjudicación en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 63 (2007).
 - “Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 136 (1996).
 - “Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 198 (2001).
 - *Nuevo régimen de contratación administrativa: comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras la Ley 53/1999*. 1ª ed. Madrid: La Ley, 2000.
 - *Nuevo régimen de contratación administrativa: comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDLeg. 2/2000, de 16 de junio*. 2ª ed. Madrid: La Ley, 2000.
 - “¿Por qué una nueva Ley de Contratos? Objetivos, alcance y principales novedades en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 139 (2008).
 - “Principios generales de la contratación pública, procedimientos y adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de Contratos del Sector Público”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 45 (2008).
 - “Reciente evolución del Derecho comunitario de la contratación pública”, *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Barcelona: Atelier, 2004.
 - “Reciente evolución del Derecho público en el ámbito de la contratación pública. La tendencia hacia la formación de un derecho común”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 34 (2004).
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. *El nuevo reglamento de contratación de las administraciones públicas: repercusión*

práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados. Madrid: La Ley, 2002.

___ *Nuevo régimen de contratación administrativa (adaptada al nuevo reglamento de contratos y a la Ley de concesión de obras públicas*. 3ª ed. Madrid: La Ley, 2003.

MOZO AMO, J. "La aplicación de la ley de contratos del sector público a las administraciones locales. Una primera aproximación", *Revista de Estudios Locales*, nº 106 (2008).

NAVARRO ESPEJO, A.J. "Las mesas de contratación", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 37 (2004).

NOGUERA DE LA MUELA, B. *El ámbito subjetivo de la aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba su Texto Refundido)*. Barcelona, 2001.

___ "El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español", *La Justicia administrativa: libro homenaje a Rafael Entrena Cuesta*. Barcelona: Atelier, 2003.

___ "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 TRLCAP introducida por la Ley 63/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 53 (2004).

"La NUEVA Ley de Contratos del Sector Público. Documentación: Dictamen 4/2006, del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, y se formulan propuestas de mejora para su incorporación al texto del Proyecto de Ley", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 61 (2007).

NUÑEZ MUNÁIZ, R. y SIERRA FERNÁNDEZ, F. "El Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público", *Análisis Local*, nº 66 (2006).

OJEDA MARÍN, A. "Contratos públicos en la Comunidad Europea: la Ley de Contratos del Estado y su adecuación al ordenamiento jurídico comunitario", *Revista de Administración Pública*, nº 112 (1987).

___ "Hacia un sistema de contratación pública acorde con el mercado interior", *Revista de Instituciones Europeas*, nº 3 (1988).

ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F. y MORA LORENZO, C. "La contratación electrónica", *Diario La Ley*, nº 2730 (2003).

ORDOÑEZ SOLÍS, D. *La contratación pública en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi, 2002.

— "Las nuevas Directivas sobre contratación pública en la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 18 (2006).

— "Los recursos en la contratación pública a la luz de las Directivas: reciente transposición y próxima reforma en el Derecho español", *Poder Judicial*, nº 86 (2007).

OREFICE, M. "La Direttiva 92/50/CEE di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi alla luce dei negoziati multilaterali del GATT", *La Funcione Amministrativa* (1993).

ORTEGA ALVAREZ, L. "El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local", *Revista CEMCI*, nº 3 (2009).

— *El Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña y la garantía institucional de la autonomía local*. Madrid: Cívitas, 1992.

ORTEGA MONTORO, R.J. "La contratación de las Entidades Locales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público 30/2007, de 30 de octubre: sus especialidades", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 1 (2008).

ORTIZ VAAMONDE, S. *El levantamiento del velo en el derecho administrativo: régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*. Las Rozas (Madrid): La Ley-Actualidad, 2004.

OTAL SALAVERRI, F. "Anotaciones a algunas novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 77 (2008).

PALOMAR OLMEDA, A. "La contratación administrativa usando medios electrónicos telemáticos", *Revista de Documentación Administrativa*, nº 274-275 (2006).

PAREJO ALFONSO, L, y BETANCOR RORÍGUEZ, A. "Los contratos administrativos", *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1989.

PÉREZ ALCÁNTARA, A.J. "Los principios de contratación pública y la Ley de Contratos del Sector Público", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 21 (2008).

- PÉREZ PINTADO, J.V. "El importe de los contratos menores en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 79 (2008).
- PÉREZ VAN KAPPEL, A. "Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE en materia de contratación pública en el año judicial 2002/2003", *Gaceta jurídica de la CE*, nº 227 (2003).
- PÉREZ-ILZARBE SARAUETA, J. "La nueva contratación administrativa en Navarra: en particular los procedimientos negociados", *Revista Jurídica de Navarra*, nº 28 (1999).
- PIGNON, S. "Les nouvelles directives communautaires portant coordination des procédures de passation de marchés publics", *Actualité Juridique-Droit Administratif*, nº 26 (2004).
- PIÑAR MAÑAS, J.L. "El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva ley", *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Cívitas, 1996.
- ___ "La contratación local", *Tratado de derecho municipal*. Madrid: Cívitas, 1988.
- PLEITE GUADAMILLAS, F. "¿Cómo se presentan las solicitudes de participación en los procedimientos de contratación administrativa?", *Contratación administrativa práctica*, nº 53 (2006).
- ___ "Consecuencias de la no formalización del contrato dentro del plazo establecido", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 73 (2008).
- ___ "La responsabilidad penal de los funcionarios en la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica* n1 78 (2008).
- ___ "La responsabilidad de los funcionarios en la contratación administrativa local, en particular, Técnicos, Secretarios e Interventores", *Revista CEMCI*, nº 1 (2008).
- ___ "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 56 (2006).
- PLEITE GUADAMILLAS, F. y MORENO MOLINA, J.A. "Análisis de aspectos destacados de la regulación del nuevo Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 6 (2002).
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. *Contratos públicos y derecho comunitario*. Pamplona: Aranzadi, 1996.

- “El impacto de la jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 37 (2004).
- “La contratación de las administraciones públicas y de los demás entes del sector público. Novedades. Procedimientos de adjudicación”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 80 (2008).
- “La Jurisprudencia del Tribunal del Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública”, *Justicia administrativa*, nº 6 (2000).
- “La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 44 (2007).
- “Selección de contratistas y adjudicación de contratos (con especial referencia a la Administración Local)”, *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, nº 306 (2008).
- “REGIMEN de la publicidad en la Ley de Contratos del Sector Público”, Ministerio de Economía y Hacienda, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 8 (2008).
- REINOSO CARRIEDO, A. “El contrato de servicios en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, nº 14 (2008).
- REZZOAGLI, B.A. *Corrupción y contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*. Salamanca: Ratio Legis, 2005.
- RIVERO ORTEGA, R. “¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 120 (2003).
- “La nueva regulación de los contratos públicos en España”, *Revista de Derecho Administrativo* (Argentina), nº 65 (2008).
- RIVERO YSERN, E. *La interpretación del contrato administrativo*. Sevilla: Universidad, Instituto García Oviedo, 1971.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.L. “Aspectos relevantes de la nueva contratación pública. Directiva comunitaria 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004”, *Revista de Estudios Locales*, nº 98 (2007).
- RUIZ OJEDA, A. *La concesión de obra pública*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Cívitas, 2006.

- SAMANIEGO BORDIU, G. "La transposición española de la Directiva europea sobre los contratos públicos de servicios", *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Cívitas, 1996.
- SÁNCHEZ ISAC, J. *Estudios prácticos sobre contratación local*. 1ª ed. Madrid: Cívitas, 1982.
- ___ *Estudios prácticos sobre contratación local*. 2ª ed. Madrid: Cívitas, 1990.
- SANMARTÍN MORA, M.A. "Configuración de los órganos de asistencia al órgano de contratación en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos prácticos en relación con las mesas de contratación", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 86 (2009).
- SANTIAS VIADA, J.A. "La reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", ponencia presentada a las *Jornadas sobre Contratación pública*, organizadas por la Universidad de Valladolid los días 27, 28 y 29 de enero de 1993.
- SAZ, S. del, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, nº 174 (2007).
- ___ "Los contratos de la Administración y el Derecho Comunitario", *El desenvolupament del dret administratiu europeu*, Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1993.
- SERRA GONZÁLEZ, M. "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público", *Análisis Local*, nº 69 (2006).
- SILVERIO GUSMAN, A. "La licitación pública y sus distintas fases en el nuevo régimen de contrataciones administrativas", *Revista de Derecho Administrativo* (Argentina, 2002).
- SOLA RAFECAS, J.M. de, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*. Madrid: Tecnos, 1990.
- SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M. "La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 743 (2008).
- TORNOS MÁS, J. "Actuaciones relativas a la contratación: pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de las Administración", *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Cívitas, 1996.

- “Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones Públicas”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 59 (2006).
- “La TRAMITACIÓN parlamentaria del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 62 (2007).
- TRILLO TORRES, R. “El control judicial de la contratación administrativa”, *Justicia administrativa*, nº 10 (2001).
- URÍA FERNÁNDEZ, F. “Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, nº 165 (2004).
- VALDIVIELSO CAÑAS, A. “El marco legal de la colaboración público-privada en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Presupuesto y Gasto Público*, nº 45 (2006).
- “VALORACIÓN de los informes técnicos por las mesas de contratación. Informe 1/2008, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de la Xunta de Galicia”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 82 (2009).
- VAN GERVEN y GILLIAMS, “La aplicación en los Estados miembros de las Directivas sobre contratos públicos”, *Gaceta jurídica de la CEE*, nº 96 (1991). (Traducción al español del “Revista de Administración Públicaport général” cuya versión original se encuentra en *FIDE, 14 Congrès*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990).
- VARA ARRIBAS, G. “Novedades en la Debate Europeo sobre la Contratación Pública”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 26 (2008).
- VELÁZQUEZ CURBELO, F. *Manual práctico de contratación administrativa*. Canarias: Gobierno canario, 1997.
- VERNIA TRILLO, S. “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 20 (2002).
- VICENTE IGLESIAS, J.L. *Aspectos prácticos sobre la contratación de las Corporaciones Locales: práctica contractual y formularios*. Madrid: Tecnos, 2005.
- *Comentarios a la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2008.

- ___ "El importe de los contratos menores en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 79 (2008).
- VICENTE MARÍA, F.J. "La consideración de contrato menor en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 78 (2008).
- VILLAR PALASÍ, J.L. *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid: Universidad Complutense, 1969.
- VINYOLES i CASTELLS, M. *La selección de contractistes en el context del mercat únic europeu*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1993.
- ZAMBONINO PULITO, M. "La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la contratación de las Administraciones Públicas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo", *Revista de Administración Pública*, nº 175 (2008).