



***PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA Y SU APLICACIÓN
PRÁCTICA EN
LAS ÁREAS DE RIESGO***

Documento n° 5

COMISION TÉCNICA DE AUDITORÍA PÚBLICA
Serie Documentos

PONENTES (*)

- **D. Robert P. Cortell Giner.** Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana.
- **D. Santiago A. Martín Nájera.** Consejo de Cuentas de Castilla y León.

COMISIÓN TÉCNICA DE AUDITORÍA PÚBLICA

Presidente: Ignacio Cabeza del Salvador. Auditor de la Cámara de Comptos de Navarra

Coordinadora: Natividad Valenzuela Rodríguez de Miñón. Directora General de FIASEP

- Belén González Díaz. Profesora de la Universidad de Oviedo
- Joaquín Hernández Fernández. Profesor de la Universidad de Murcia
- Ángel Luis Martínez Fuentes. Socio de ATD Auditores Sector Público
- Sindicatura de Castilla-La Mancha-Victor Cano –Auditor
- COSITAL- Julio Prinetti -Interventor General del Ayuntamiento de Majadahonda
- Intervención General de la Región de Murcia- Eduardo Garro Gutiérrez- Interventor General
- Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana– Miguel Olivas Arroyo - Auditor
- Consello de Contas de Galicia – Guillermo Álvarez Roperó- Auditor
- Cámara de Cuentas de Andalucía- Enrique Muñoz Juan. Jefe de Equipo de Coordinación
- Consejo de Cuentas de Castilla y León – Santiago Martín Nájera - Director de Fiscalización
- Audiencia de Cuentas de Canarias – José Carlos Naranjo Sintés, Consejero de Otros Entes Públicos
- Intervención General de Extremadura- Sebastián Murillo Cruz, Jefe del Servicio de Fiscalización
- Intervención General de Galicia -Almudena Chacón Pichel, Interventora General de la Xunta de Galicia

**) Los ponentes agradecen las sugerencias aportadas por D. Enrique Álvarez Tolcheff*

ÍNDICE

PREÁMBULO

JUSTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO

I. Definición de los principios de contratación administrativa en la práctica y jurisprudencia comunitarias.	8
II. Ámbito subjetivo de aplicación de la TRLCSP.	6
III. Especialidades del Sector Público no administrativo. Las instrucciones de contratación.	
IV. La definición del objeto del contrato. La causa de la contratación. El establecimiento del precio del contrato.	24
V. Tipología contractual.	29
VI. La publicidad en la contratación.	34
VII. Criterios de adjudicación. Existencia de subcriterios.	39
VIII. Modificados de los contratos.	47
IX. Contratación y competencia	54
X. Convenios y encomiendas de gestión.	61
XI. Los contratos menores. El fraccionamiento.	69
XII. El enriquecimiento injusto en la contratación.	77

PREÁMBULO

La Fundación para la Formación e Investigación en Auditoría del Sector Público (FIASEP) se constituye en 2006 como una organización privada de naturaleza fundacional, sin ánimo de lucro, cuyo patrimonio se halla afectado, de forma permanente, a la realización de fines de interés general. El fin de la Fundación, según lo señalado en el artículo 6 de sus Estatutos, es “colaborar a una mayor calidad en el ejercicio de la auditoría realizada en el sector público, especialmente mediante el desarrollo técnico de los profesionales que la practican”.

FIASEP tiene por vocación ser un marco de referencia y entre sus prioridades de actuación se encuentra la de realizar su objetivo fundacional mediante la colaboración con instituciones que tengan como objeto el control de la gestión económico-financiera del sector público.

La Fundación considera que la mayor utilización y aumento de la calidad de la auditoría, practicada por los órganos que tienen atribuidas en nuestra legislación las funciones de control, redundará positivamente en una gestión económica de los entes públicos más transparente y eficiente.

Por su naturaleza, mandato y funciones, la Fundación FIASEP es una institución única en España al promover la formación de los profesionales que realizan auditorías en el sector público, funcionarios o empleados de firmas privadas y al fomentar la investigación y la publicación en este sector.

Dentro de la Fundación, se constituye la Comisión Técnica de Auditoría Pública (CTAP) como órgano que persigue como objetivo elaborar documentos técnicos para homogeneizar la ejecución de los trabajos y el tratamiento y contenido de los informes de auditoría en el Sector Público. Con los mismos, se pretende, por un lado, cubrir un déficit técnico puesto de relieve en los distintos congresos de auditoría del sector público y, por otro, que el rigor aplicado en su elaboración y aprobación los conviertan en documentos de general aceptación o de referencia para los auditores –tanto funcionarios como profesionales de empresas privadas– que desarrollen su actividad en las entidades públicas.

La Comisión contempla tres niveles de trabajos:

Nivel 1. “Documentos”. Establecerán el marco general y conceptual del asunto tratado en los mismos.

Nivel 2. “Guías de trabajo”. Desarrollarán de forma práctica y con ejemplos los anteriores documentos.

Nivel 3. “Circulares”. Responderán a cuestiones o temáticas que precisen una respuesta y/o interpretación rápida y concreta.

Los trabajos que emita esta Comisión son responsabilidad única de la Fundación FIASEP y en ningún caso obliga a las entidades y personas que participan en su elaboración y aprobación. La diversidad en la composición de la Comisión con expertos de diversos sectores y ópticas, garantiza un rico proceso de confección y discusión de los distintos documentos, permitiendo con ello su distintivo de general aceptación.

El punto de partida de esta tarea lo constituyó el Documento nº 1 “Marco General de la Auditoría del Sector Público”, que sentó los fundamentos teóricos y conceptos básicos que servirán de referencia a la Comisión para el desarrollo posterior de sus trabajos.

El Documento nº 5 sobre “Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo de las auditorías” que ahora se presenta, establece el alcance y líneas básicas de actuación que deben aplicarse en la revisión de este área tan problemática en las auditorías públicas.

FIASEP pretende con estos Documentos contribuir al desarrollo y normalización de la auditoría del sector público en España, facilitando a todos los auditores un instrumento útil para el ejercicio de su trabajo.

JUSTIFICACIÓN

La auditoría pública, considerada como una de las formas de realizar el control de los fondos públicos, se enfrenta a cada tipo de gasto de una forma determinada. Así, las herramientas generales son válidas para todas las situaciones (la prueba, la evidencia, la constatación frente a terceros, el trámite de alegaciones, etc.), pero ha de matizar su forma de actuación en función del ente sometido a su fiscalización y también en función del tipo de expediente de gasto al que se enfrenta.

La contratación administrativa tiene una serie de características que hacen necesario un especial enfoque de los trabajos de control. Así, nos encontramos con una materia sometida a una legislación que ha sido objeto de repetidos cambios en un corto periodo de tiempo, cambios motivados por la necesidad de realizar una trasposición de la normativa comunitaria. Esta es otra de las características de la contratación, en tanto en cuanto es un ámbito profusamente regulado a nivel de normativa comunitaria. Esa normativa, y la interpretación que de la misma hace la jurisdicción comunitaria, es la que trae la necesidad de basar la fiscalización en aspectos que van más allá de las normas, como son los principios de contratación.

En este documento se pretende reflejar, de forma breve, aquellas áreas de riesgo de la contratación administrativa, que pueden ser consideradas como claves a la hora de evaluar si un expediente de contratación respeta o no los fines que persigue la normativa a nivel comunitario, a cuyo efecto es fundamental tener en cuenta los principios de la contratación administrativa.

Como ya se ha señalado, a nadie se le escapa que la normativa reguladora de la contratación pública ha sufrido muchas modificaciones en los últimos tiempos. A pesar de ello, todavía no se ha alcanzado una regulación óptima, pues se siguen planteando dudas sobre cuestiones muy importantes, que todavía no encuentran una respuesta clara ni adecuada a nivel legislativo.

El mismo ámbito subjetivo de aplicación de la legislación contractual pública es objeto de infructuosos debates, a falta de una definición legal que podía haber sido mucho más clara y matizada, sobre lo que debe entenderse por poder adjudicador o Administración pública.

De lo que no cabe ninguna duda es que nos encontramos ante una materia crucial, que merece toda la atención tanto por parte del gestor, como por parte de los organismos

fiscalizadores, pues el buen funcionamiento democrático y la adecuada ejecución del gasto público dependen en buena medida de que la contratación pública satisfaga unas necesidades plenamente justificadas y que los contratos se adjudiquen a aquellos contratistas más idóneos, que presenten las ofertas económicamente más ventajosas.

I. DEFINICIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA PRÁCTICA Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS.

Dentro de las acepciones del término **principio** que contiene la 22ª edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española destacamos las dos siguientes: “Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia.” ó “Causa, origen de algo”.

En el marco de la contratación pública, y dentro de los objetivos de este documento, podemos entender que los principios de la contratación administrativa son la causa primitiva, así como las máximas o ideas que deben regir la contratación pública de acuerdo con la normativa y jurisprudencia europea, cualquiera que sea el objeto, el sujeto o la cuantía del contrato.

Estos principios se encuentran ampliamente recogidos en la normativa de contratación pública. Así el art. 1¹ de la vigente Ley señala que “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**”.

En el caso de los contratos no sometidos a regulación armonizada la adjudicación² estará sometida, en todo caso, a los principios de **publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación**.

El hecho de que estos principios afecten a la contratación implica que, en la práctica de la fiscalización, con o sin técnicas de auditoría, pueden ser una guía que nos permita dirigir o enfocar los controles a realizar.

¹ Las referencias normativas de este documento se hacen al Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011, vigente a 1 de octubre de 2012 (TRLCSF).

² La definición de este tipo de contratos y su ámbito se desarrolla en el apartado II.2. de este documento.

Ello no ha sido siempre una cuestión pacífica. Así, en un primer momento, los principios de contratación han aparecido como meras introducciones únicamente declarativas, sin una aplicación práctica directa. Esto ha cambiado, desde el momento en que la jurisprudencia comunitaria y la Comisión Europea han encontrado que los principios contenidos en los tratados, que desde luego inspiran la regulación de la contratación pública, han de ser tenidos en cuenta para la misma.

La aplicabilidad de los principios de contratación no es una cuestión menor. De hecho su importancia trasciende a la mera formulación teórica y se ha visto su importancia práctica. Así, la normativa de contratación contempla ciertas categorías de contratos clasificándoles en función del poder adjudicador, de su objeto y de la cuantía de los mismos, dándose el caso de diferentes regulaciones, algunas de las cuales no contemplan de forma expresa los principios antes relacionados.

Ya la Comisión Europea, en su Libro Verde de la contratación administrativa de 27 de enero de 2011, ha manifestado sus dudas acerca de la actual separación de los dos tipos de contratación, dudas coherentes con una dirección jurisprudencial bastante consistente.

En este sentido hemos de tener en cuenta que en las Directivas actuales se hace una distinción entre los llamados «servicios A» y «servicios B».

Mientras que los servicios A están sujetos a los procedimientos íntegros de las Directivas, las adjudicaciones de contratos para los servicios B solo tienen que cumplir las disposiciones relativas a las especificaciones técnicas y al envío de un anuncio sobre los resultados del procedimiento de adjudicación.

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando adjudiquen contratos para servicios de la categoría B, los poderes competentes deben cumplir las normas fundamentales del derecho primario de la UE, en particular los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia.

Esto conlleva, por ejemplo, la obligación de asegurar un grado de publicidad suficiente que permita a los operadores económicos interesados de otros estados miembros decidir si desean manifestar su interés por el contrato.

La propia Comisión³ ha manifestado sus reparos acerca de si esta situación sigue siendo apropiada a la luz de la evolución económica y jurídica del mercado interior.

La solución más consecuente sería eliminar la distinción entre los actuales servicios «A» y «B» y aplicar el régimen estándar a todos los contratos de servicios. Esto tendría la ventaja de simplificar las normas existentes.

Además, la Comunicación de la Comisión recuerda que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las disposiciones sobre el mercado interior también se aplican a los contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública.

En este mismo sentido, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la adjudicación de contratos que, habida cuenta de su valor, no están sometidos a los procedimientos previstos por las normas comunitarias, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.⁴

Sin embargo, muchos poderes adjudicadores sostienen que la aclaración que proporciona esta Comunicación puede no ser siempre suficiente en la práctica, sobre todo cuando se trata de determinar si existe o no un interés transfronterizo. La definición del interés transfronterizo de un contrato está en función de su cuantía, del producto o servicio de que se trate e incluso de la localización de su prestación, quedando patente que se trata de un concepto jurídico indeterminado.⁵

La incertidumbre acerca de si las normas de los principios básicos deben respetarse o no en casos concretos dificultaría las cosas, especialmente para los poderes adjudicadores más pequeños.

La importancia de esta cuestión queda también de manifiesto en las medidas adoptadas al respecto por los Estados miembros en el contexto de la crisis financiera.

Aunque, de acuerdo con la opinión de la Comisión, los contratos situados por debajo de los umbrales no estarían probablemente cubiertos por una futura propuesta legislativa, la

³ COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02)

⁴ En particular (sentencia Telaustria y Telefonadress. [TJCE 2000, 321], sentencias de 20 de octubre de 2005 [TJCE 2005, 309], Comisión/Francia, C-264/03, Rec. p. I-8831, apartado 32, y de 14 de junio de 2007 [TJCE 2007, 138], Medipac-Kazantzidis, C-6/05, Rec. p. I-4557, apartado 33).

⁵ Punto 1.2 de la COM(2011) , de 27 de enero de 2011. También sentencia de 13.11.2007 en el asunto C-507/03, Comisión/Irlanda, apartados 24-31.

propia Comisión plantea en el Libro Verde⁶ la necesidad de un estudio para ampliar la orientación ofrecida a los poderes adjudicadores para ayudarles a evaluar la existencia o no de un interés transfronterizo cierto en casos concretos.

En efecto, se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en la adjudicación de un contrato cuyo valor no alcance dicho umbral, han de respetarse las normas fundamentales del Tratado y, en particular, el principio de igualdad de trato. El elemento distintivo con respecto a los contratos cuyo valor supere el umbral fijado por las disposiciones de la Directiva 2004/18 es que únicamente estos últimos se someten a los procedimientos concretos y rigurosos previstos por sus disposiciones.⁷

El hecho de que los principios sean obligatorios no implica que deban ser aplicados en todo caso y siempre con la misma intensidad. De ahí que este documento se proponga dar unas pautas mínimas acerca de su aplicación. Así, por ejemplo, cuando una normativa nacional o local o incluso la entidad adjudicadora de que se trate fijan un umbral razonable, por encima del cual se aplica la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas; se justificaría esta situación debido a un número excesivamente elevado de ofertas que podría obligar a la entidad adjudicadora a verificar de manera contradictoria un número de ofertas tan elevado que sobrepasaría su capacidad administrativa o podría poner en peligro la realización del proyecto, a causa del retraso que dicha verificación podría ocasionar.,

Existe dificultad en la formulación de los principios de contratación administrativa, toda vez que su sentido no es unívoco y en función de su expresión y contenido podemos entender que algunos de ellos se encuentran subsumidos en otros. Por ello, en el presente documento, se plantea un análisis por áreas de riesgo de auditoría, que permite una visión conjunta de los principios, lejos de un análisis meramente nominalista, que es precisamente el sentido de la jurisprudencia comunitaria analizada.

⁶ COM(2010) 561, de 13 de octubre de 2010.

⁷ Véase, en este sentido, la sentencia de 15 de mayo de 2008 [TJCE 2008, 106], SECAP y Santorso, C-147/06 y C-148/06, Rec. pg. I-3565, apartados 19 y 20).

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL TRLCSP.

II.1. ÁMBITO SUBJETIVO

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) no se aplica a todas las entidades que integran el sector público con la misma intensidad. A este respecto, cabe señalar la existencia de tres grupos de entidades:

1º. Las Administraciones Públicas

1.1. Tienen la consideración de administración pública, a efectos de dicho texto legal⁸:

- a) La Administración General del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración Local y las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
- 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.
- 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:
 - O bien 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 bien 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.
- f) Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación.

⁸ Artículo 3.2 del TRLCSP.

- g) Las diputaciones forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

1.2. En relación con la letra e) del subapartado anterior, hay que hacer una precisión importante, a saber: en ningún caso tendrán la consideración de administraciones públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las comunidades autónomas y entidades locales.

Esta excepción plantea problemas interpretativos, ya que algunas comunidades autónomas contemplan la existencia de entidades públicas empresariales que no responden a las características que son propias de las entidades públicas empresariales estatales⁹, pues la Ley 6/1997 define a estas últimas como organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

Existe, por tanto, en el ámbito estatal, un concepto legal de entidad pública empresarial que no siempre es compartido por el legislador autonómico. Así, en algunas comunidades autónomas se da la existencia de entidades públicas empresariales a las que se encomiendan funciones que según la legislación estatal deberían reservarse a los organismos autónomos¹⁰. En estos casos, la asimilación es meramente formal, y cabe preguntarse si la misma es suficiente a efectos de dispensar a dichas entidades de la consideración de Administración pública, o si por el contrario debe entenderse que legalmente se exige una asimilación funcional.

Para responder a esa cuestión es importante tener en cuenta lo señalado en la letra f) del subapartado anterior, en relación con las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, pues dicha analogía es la que se considera determinante de su consideración como administraciones públicas a efectos contractuales. En estos casos, el rasgo esencial que convierte a dichas instituciones autonómicas en análogas a las estatales no es su mera apariencia exterior sino la similitud existente entre las funciones que desarrollan unas y otras.

Del mismo modo, cuando el legislador excluye de la consideración de administraciones públicas a los organismos asimilados a las entidades públicas empresariales estatales, habrá que presuponer la existencia de una voluntad de exigir una equivalencia entre

⁹ Artículo 53 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

¹⁰ Artículo 45 de la Ley 6/1997, de 14 de abril.

las funciones que los mismos desempeñan. Es decir, que se ha utilizado el término “asimilados” como sinónimo de “análogos” para imponer, en ambos casos, un parecido funcional.

2°. Poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas

Además de las administraciones públicas, también son poderes adjudicadores todas aquellas entidades del sector público que reúnan los requisitos establecidos legalmente. A este respecto cabe señalar lo siguiente:

- a) Legalmente se establece que tienen la consideración de poder adjudicador los entes creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia¹¹.
- b) De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, debemos considerar que los entes sujetos a la influencia dominante de una Administración pública o de otro poder adjudicador no han sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, cuando acrediten la concurrencia de estas tres condiciones:
 - Que operen en condiciones normales de mercado.
 - Que tengan ánimo de lucro.
 - Que soporten las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad.

Solo en el caso de que la respuesta a estas tres cuestiones sea afirmativa, concluiremos que no nos encontramos ante un poder adjudicador.

3°. Otros entes del sector público que no son poderes adjudicadores

Es una categoría residual que comprende a todas aquellas entidades del sector público que no merezcan la consideración de administraciones públicas ni de poderes adjudicadores.

¹¹ Artículo 3.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Estudio de algunos casos problemáticos

A la vista de la anterior regulación, se han planteado diversas dudas sobre la adscripción de determinadas entidades a alguno de los grupos examinados. A continuación, se va a hacer una referencia a las soluciones que se han venido adoptando:

- a) En relación con los consorcios, se ha destacado que tienen, a efectos contractuales, la consideración de entidades u organismos integrados en la Administración pública, ya que son creados por las administraciones públicas entre ellas para el desarrollo común de competencias propias de las mismas. En consecuencia, les resulta aplicable el criterio de continuidad de aplicación de la misma norma por el organismo que recibe la competencia respecto de la que aplica el organismo que la crea¹². También se ha señalado que el consorcio tiene encomendadas las actuaciones de competencia de las administraciones consorciadas previstas en la legislación de régimen local y en el propio Estatuto de Autonomía. Por tanto, debe revestir la misma naturaleza jurídica a los efectos de la contratación¹³.
- b) Con respecto a las fundaciones del sector público, cabe destacar que ostentan en todo caso la condición de poderes adjudicadores, dado que no pueden constituirse para fines mercantiles o industriales¹⁴.
- c) En cuanto a las asociaciones, se ha considerado que las mismas tienen la condición de poderes adjudicadores cuando las entidades u organismos de derecho público que integran la asociación merezcan esa consideración¹⁵. A este respecto, se ha señalado que basta con que exista en la asociación una mayoría que represente a dicha entidades u organismos¹⁶.
- d) Respecto a las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación y su Consejo General, se ha mantenido que tienen la consideración de poderes adjudicadores, por entender que se trata de entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial ni mercantil, la gestión de las cuales está controlada por uno o diversos

¹² Informe 38/08, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, Teckal Sri.

¹⁴ Instrucción nº 1/2008, de 5 de febrero, del Abogado General del Estado, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado.

¹⁵ Informe 74/08, de 2 de diciembre de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

¹⁶ Informe 19/2008, de 27 de noviembre, de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

sujetos que tienen la consideración de poder adjudicador¹⁷. En cuanto al control que se ejerce sobre dichas entidades, se apunta que –con carácter general– se puede afirmar que en el mismo se dan los criterios identificados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para considerar que se da este requisito de control de la gestión. En concreto, el Tribunal ha señalado que concurre este requisito cuando existe una influencia determinante y decisiva en la toma de decisiones, es decir, un control equivalente a aquél que ostenta la Administración que controla o tutela sobre sus propios órganos¹⁸.

- e) Con respecto a las entidades públicas empresariales, se ha señalado que la actividad de fomento o promoción no puede ser propia de las mismas, ya que éstas deben dedicarse a actividades prestacionales, de gestión de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación. El fomento es una actividad propia de la Administración pública¹⁹.
- f) En relación con los medios propios, se ha declarado que –desde el punto de vista del derecho comunitario– lo relevante es si la entidad creada por la Administración y a la que se le encomienda la prestación la ejecuta esencialmente con sus propios recursos o, por el contrario, contrata con otros operadores económicos la efectiva ejecución de dicha prestación. En este último caso, la entidad actúa como un poder adjudicador de los definidos en la Directiva²⁰.

II.2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS DISTINTAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

1. Régimen específico de las Administraciones Públicas

Las administraciones públicas pueden celebrar contratos de diferente naturaleza y tipología, de acuerdo con la siguiente clasificación y régimen jurídico aplicable:

- a) *Contratos administrativos* (artículo 19):
- Típicos:

¹⁷ Informe 10/2008, de 27 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

¹⁸ Sentencia de 1 de febrero de 2001, asunto G-237/99, Comisión/Francia y Sentencia de 27 de febrero de 2003, asunto C-373/00, Adolf Truley GmbH.

¹⁹ Informe 11/2008, de 7 de octubre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía.

²⁰ Informe 7/2007, de 21 de abril de 2008, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

- ✚ Colaboración entre el sector público y el sector privado.
- ✚ Obra.
- ✚ Concesión de obra pública.
- ✚ Gestión de servicios públicos.
- ✚ Suministro.
- ✚ Servicios.

Régimen jurídico: Su preparación, adjudicación, efectos y extinción se rigen por el TRLCSP.

- Especiales: Son aquellos que están vinculados al giro o tráfico administrativo o que tienen por objeto satisfacer una finalidad pública de la específica competencia de una Administración pública.

Régimen jurídico: Su preparación, adjudicación, efectos y extinción se rigen por sus normas administrativas especiales y supletoriamente por el TRLCSP.

b) *Contratos privados* (artículo 20):

- Servicios financieros.
- Creación e interpretación artística y literaria o espectáculos.
- Suscripción a revistas y bases de datos.
- Cualesquiera otros distintos a los administrativos.

Régimen jurídico: Se regirán, en defecto de normas específicas, por el TRLCSP en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a los efectos y extinción, será de aplicación el derecho privado.

2. Régimen específico de los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas

En este grupo, a efectos de determinar el régimen aplicable, resulta fundamental la distinción entre contratos privados sujetos a regulación armonizada (contratos SARA) y los que no lo están (contratos no SARA), en función de que igualen o superen los umbrales establecidos legalmente o estén por debajo, salvo el de colaboración entre el sector público y el sector privado, que en todo caso será SARA. Así, cabe establecer la clasificación siguiente:

a) **Contratos SARA** (artículo 13):

- Colaboración entre el sector público y el sector privado (solo los pueden concertar, además de las administraciones públicas, las entidades públicas empresariales u organismos similares de las Comunidades Autónomas).
- Obras.
- Concesión de obras públicas.
- Suministro.
- Servicios señalados en las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP.

Régimen jurídico: La preparación se sujeta a los artículos 117 (definición y establecimiento de prescripciones técnicas), 118 (condiciones especiales de ejecución del contrato), 119 (información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales) y 120 (información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo). Puede declararse urgente su tramitación para atender una necesidad inaplazable o por razones de interés público, siempre que el órgano de contratación lo motive (en este caso se aplicará la reducción de plazos del artículo 112.2.b) del TRLCSP. Todo ello de acuerdo con el artículo 137.1 del TRLCSP.

La adjudicación se sujeta al mismo régimen que los administrativos típicos, con algunas peculiaridades que señala el artículo 190²¹. Sus efectos y extinción se rigen por el Derecho privado.

b) **Contratos no SARA**:

- Los contratos de obras, concesión de obras públicas, suministro y servicios señalados en las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, que estén por debajo de los umbrales establecidos legalmente.

²¹ El artículo 190 del TRLCSP dispone lo siguiente: “1. La adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada se regirá por las normas establecidas en el Capítulo anterior con las siguientes adaptaciones: a) No serán de aplicación las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 150 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos, en los apartados 1 y 2 del artículo 152 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el artículo 156 sobre formalización de los contratos sin perjuicio de que deba observarse el plazo establecido en su apartado 3 y lo previsto en el apartado 5, en el artículo 160 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el artículo 172 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 142 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 154, 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 334 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que depende 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 112.2.b) sobre reducción de plazos.”

- Los demás contratos.

Régimen jurídico (artículos 137.2 y 191): En los contratos de cuantía superior a 50.000 euros, se deberá elaborar un pliego en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías, siendo también de aplicación el artículo 120.

La adjudicación se somete a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Deben existir unas instrucciones reguladoras de los procedimientos de adjudicación para dar efectividad a los señalados principios y garantizar que se efectúa aquella a favor de la oferta económicamente más ventajosa. Dichas instrucciones estarán a disposición de los interesados y deberán insertarse en el perfil.

Se cumple con el principio de publicidad si la licitación en contratos de más de 50.000 euros se inserta en el perfil de contratante (artículo 191).

Regla especial: Cuando se trate de contratos no SARA de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 de cuantía superior a 200.000 euros, se aplicarán en la fase de preparación las mismas normas que resultan de aplicación a los contratos SARA (artículo 137.1).

3. Régimen específico de los entes del sector público que no son poderes adjudicadores

Régimen jurídico (artículo 192): La adjudicación estará sujeta a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Estos entes deben aprobar unas instrucciones reguladoras de los procedimientos para dar efectividad a dichos principios y garantizar que la adjudicación se efectúe a favor de la oferta económicamente más ventajosa. Las referidas instrucciones deberán estar a disposición de los interesados e insertarse en el perfil.

En el caso de que dichos entes celebren contratos subvencionados, se produce una asimilación a los contratos SARA celebrados por los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas, tanto en la fase preparatoria como en la de adjudicación (artículos 137.1 y 193).

III. ESPECIALIDADES DEL SECTOR PÚBLICO NO ADMINISTRATIVO. LAS INSTRUCCIONES DE CONTRATACIÓN

Para el sector público no administrativo, el TRLCSP establece especialidades importantes, que se contienen en el artículo 137, en materia de preparación contractual, y en los artículos 189 y siguientes, en cuanto a la adjudicación.

Cuando se trate de contratos SARA, los poderes adjudicadores deberán tener en cuenta las especialidades que se señalan en el artículo 190, que se plantean como excepciones al deber general de aplicar las normas que regulan la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. Dicho precepto también se debe aplicar a los contratos subvencionados del artículo 17 del TRLCSP (artículo 193).

Pero las más importantes singularidades se recogen en los artículos 191 y 192 del texto refundido, en relación con los contratos no sujetos a regulación armonizada, pues se impone la existencia de unas **instrucciones internas**, cuyo contenido es objeto de un análisis muy detenido en el Manual de Fiscalización de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana, que nos sirve de guía en el desarrollo de este tema.

III.1. CONTENIDO DE LAS INSTRUCCIONES DE CONTRATACIÓN DE LOS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO QUE SON PODERES ADJUDICADORES

1. Introducción

Las instrucciones de contratación que deben aprobar las entidades del sector público que son poderes adjudicadores, pero que no tienen el carácter de administraciones públicas, tienen por objeto regular los procedimientos de adjudicación de los contratos no SARA que garanticen el cumplimiento efectivo de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, a los que la adjudicación debe someterse en todo caso y que los contratos sean adjudicados a quien presente la oferta económicamente más ventajosa²².

²² Artículo 191 del TRLCSP .

No basta, pues, con que las instrucciones de contratación enumeren la aplicación de dichos principios, sino que la Ley exige que se garantice su aplicación efectiva mediante su integración en los procedimientos de contratación regulados por aquellas²³.

2. Existencia de instrucciones de contratación

Se establece legalmente la obligatoriedad de su elaboración y aprobación por el órgano competente²⁴.

Adicionalmente, aunque no lo dice expresamente el TRLCSP, por razones de seguridad jurídica y por el principio de transparencia, en las instrucciones debería constar expresamente qué órgano competente las ha aprobado, la fecha de aprobación o modificación y la firma.

3. Las instrucciones deben publicarse en el perfil de contratante

La obligatoriedad de su publicación en el perfil de contratante viene establecida legalmente²⁵.

4. Aplicación de los principios de publicidad y concurrencia

Los principios de publicidad y concurrencia serán aplicables, por mandato legal, “en todo caso” en la adjudicación de los contratos, sin excluir expresamente ningún contrato por su cuantía o por otras razones²⁶. Las instrucciones deben garantizar la efectividad de dichos principios²⁷.

Para la determinación del alcance de estos principios se debe tener en cuenta los criterios que se sintetizan a continuación²⁸.

²³ Debe considerarse también que el artículo 1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, además de los principios generales, establece que uno de los objetivos legales es asegurar 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:

- Una definición previa de las necesidades a satisfacer.
- La salvaguarda de la libre competencia.
- La selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Además, el TRLCSP establece en su articulado determinadas normas que son de aplicación a toda la contratación del sector público, cuyo desarrollo parece conveniente que se incorpore también a las instrucciones, con el objeto de unificar en un solo texto toda la normativa interna aplicable a la contratación.

²⁴ Artículo 191 del TRLCSP. La disposición transitoria quinta, apartado 1, del texto refundido señala que “en tanto no se aprueben las instrucciones internas a que se refiere el artículo 191.b), los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas se regirán, para la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada, por las normas establecidas en el artículo 190.”

²⁵ Artículo 191.b) del TRLCSP .

²⁶ Artículo 191.a) del TRLCSP .

²⁷ Artículo 191.b) del TRLCSP .

²⁸ Véase la Comunicación Interpretativa de la Comisión publicada en el *DOUE* de 1-8-2006 y la Instrucción 1/2008 de la Abogacía General del Estado.

4.1 El principio de publicidad resulta sustancial en la fase de licitación y en la comunicación de la adjudicación y posterior formalización.

La única manera de que los principios generales de contratación se puedan cumplir es publicando un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato, al objeto de abrir la adjudicación del contrato a la competencia para que todas las empresas interesadas puedan presentarse a la licitación.

4.2 En los contratos de cuantía superior a un determinado importe, el requisito de publicidad se entiende cumplido con la inserción de la información de la licitación en el perfil del contratante²⁹.

Dicho lo anterior, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades alternativas de publicidad (en este caso el medio de publicidad debe ser proporcionado a la cuantía del contrato, su objeto, características particulares del sector a que se refiere –tamaño y estructura del mercado–, localización geográfica, etc.) o adicionales de difusión.

4.3 Respecto del contenido de la publicidad de la licitación, el anuncio puede limitarse a una breve descripción de los detalles esenciales del contrato que debe adjudicarse y del método de adjudicación, junto con una invitación a ponerse en contacto con la entidad adjudicadora. En caso de necesidad, podría completarse con información adicional disponible en Internet o previa petición a la autoridad adjudicadora.

4.4 Respecto de la publicidad de la adjudicación, hay que tener en cuenta que se impone legalmente la obligación de insertarla en el perfil, en todo caso³⁰. No obstante, cabe entender que la formalización también deberá anunciarse en el perfil, dado que es un requisito de perfeccionamiento del contrato, de manera análoga a lo ordenado para las administraciones públicas³¹.

Por tanto, las instrucciones deben incluir:

- Cómo regular la publicidad de las licitaciones (si se utilizará el perfil de contratante u otros medios alternativos).
- Cómo regular la publicidad de las adjudicaciones y formalizaciones.

²⁹ El artículo 191.c) del TRLCSP fija dicho importe en 50.000 euros.

³⁰ Artículo 53.2 del TRLCSP .

³¹ Artículos 27 y 154.1 del TRLCSP .

4.5 Posibilidad de que las instrucciones establezcan procedimientos sin publicidad previa por razón de la cuantía (similares al procedimiento negociado sin publicidad-PNSP).

Aunque, como hemos dicho, el principio de publicidad es aplicable “en todo caso”, sin excluir ningún contrato por su cuantía, parece razonable considerar la “relajación” de esa exigencia hasta los límites establecidos por el TRLCSP para los PNSP adjudicados por las administraciones públicas.

Bajo esta interpretación, solo se aceptará la no aplicación del principio de publicidad por razón de la cuantía, dentro de los límites aplicables a las administraciones públicas³².

En estos casos, las instrucciones deben contemplar expresamente que es necesario solicitar al menos tres ofertas y dar publicidad a la adjudicación y formalización.

4.6 Posibilidad de que las instrucciones establezcan procedimientos sin publicidad previa por razones distintas a la cuantía (por situaciones de extrema urgencia u otras circunstancias).

Aunque los principios de publicidad y concurrencia son aplicables “en todo caso”, sin excluir ningún contrato, cabe admitir la aplicación de los supuestos de excepción admitidos para las administraciones públicas, pero solo si se contemplan expresamente en las instrucciones³³.

4.7 Limitación del número de candidatos invitados a presentar una oferta.

Las entidades adjudicadoras podrán limitar el número de candidatos a un nivel adecuado, a condición de hacerlo de manera transparente y no discriminatoria. Así, por ejemplo, podrán aplicar criterios objetivos, como son la experiencia de los candidatos en el sector, el tamaño y la infraestructura de su empresa, sus conocimientos técnicos y profesionales, u otros criterios de igual índole. Incluso podrán optar por un sorteo, bien como único mecanismo de selección, o bien en combinación con otros criterios. En todo caso, el número de candidatos preseleccionados deberá responder a la necesidad de lograr una competencia suficiente.

4.8 Procedimientos sin publicidad previa ni concurrencia: los contratos menores.

³² Estos límites son de 200.000 euros para contratos de obras y de 60.000 euros para el resto de contratos (artículo 177.2 del TRLCSP).

³³ Dichos supuestos vienen establecidos en los artículos 170 a 175 del TRLCSP.

Parece previsto que los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas puedan utilizar la figura del contrato menor, ya que dicho concepto legal es aplicable a todo el sector público³⁴.

4.9 Regulación procedimental de las modificaciones contractuales.

El régimen establecido legalmente, en materia de modificación contractual, se aplica a todos los contratos del sector público, es decir, tanto a los contratos de la Administración, sean contratos administrativos o contratos privados, como a los contratos de los entes o entidades del sector público que no tengan la consideración de administraciones públicas³⁵.

Dicho régimen se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se inspira en los principios siguientes:

- La modificación del contrato exige que esté prevista de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación.
- De no hallarse prevista, es necesario que no afecte a ninguna condición esencial del contrato. Debe considerarse esencial toda aquella modificación que, de haberse conocido al tiempo de la licitación, sea razonablemente presumible que hubiera determinado la concurrencia de otros licitadores o la formulación de ofertas distintas por los licitadores que concurrieron³⁶.
- En otro caso, si es necesaria una modificación esencial, lo procedente será resolver el contrato (indemnizando oportunamente al contratista) y adjudicar un nuevo contrato, mediante la correspondiente licitación.

Cabe distinguir entre una modificación convencional y una modificación legal.

a) La modificación convencional³⁷ exige, entre otros requisitos, que en el pliego o en el anuncio de licitación se indique el procedimiento que haya de seguirse para la modificación del contrato³⁸.

³⁴ Artículo 23.3 del TRLCSP. Las cuantías fijadas para considerar a un contrato como menor vienen establecidas en el artículo 138.3 (se considera como menores los contratos de obra inferiores a 50.000 euros y los contratos de suministros, servicios y otros inferiores a 18.000 euros). Estas cuantías son de aplicación a todo el sector público, pues el artículo 23.3, que es aplicable a todo el sector público, define el contrato menor por remisión al artículo 138.3. Por tanto, extiende a todo el sector público una definición que se formula legalmente en sede administrativa.

³⁵ Artículos 105 y siguientes del TRLCSP.

³⁶ En el artículo 107.3 del TRLCSP, se detallan los casos que suponen una alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación.

³⁷ Artículo 106 del TRLCSP.

³⁸ Artículo 108.1 del TRLCSP.

b) En cuanto a la modificación legal³⁹, solo se regula el procedimiento para llevarla a cabo con respecto a los contratos administrativos⁴⁰. Por tanto, dado que dicho precepto no resulta aplicable al sector público no administrativo, habrá que entender que en el caso de la modificación legal el procedimiento a seguir también será el que se determine en la documentación que rija la licitación, si bien en todo caso deberá darse antes audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente⁴¹.

Por consiguiente, en el ámbito del sector público no administrativo, se carece de una regulación del procedimiento de modificación contractual. Para evitar que dicho procedimiento se defina caso por caso, sería muy conveniente que las instrucciones internas fueran las que regularan de manera general el procedimiento a seguir. Así, bastaría con una remisión a las mismas, teniendo en cuenta que se deberá dar audiencia al contratista y que es muy recomendable la exigencia de un informe jurídico.

5. Aplicación de los principios de igualdad y no discriminación

Los principios de igualdad y no discriminación serán aplicables, por mandato legal, “en todo caso”, y las instrucciones deben garantizar la efectividad de dichos principios⁴².

Estos principios comportan las siguientes exigencias:

5.1 Descripción no discriminatoria del objeto del contrato.

La descripción no debe hacer referencia a una fabricación o procedencia determinadas ni referirse a una marca, una patente, un tipo, un origen o una producción determinados, salvo si una referencia de este tipo se justifica por el objeto del contrato y va acompañada de la mención “o equivalente”.

5.2 Igualdad de acceso para los operadores económicos de todos los Estados miembros.

5.3 No discriminación informativa. No se podrá facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda proporcionar ventajas a determinados licitadores respecto del resto.

6. Aplicación del principio de transparencia

³⁹ Artículo 107 del TRLCSP.

⁴⁰ Artículo 211 del TRLCSP.

⁴¹ Artículo 108.2 del TRLCSP.

⁴² Artículo 191.a) y b), del TRLCSP.

El principio de transparencia será aplicable “en todo caso”, y las instrucciones deben garantizar la efectividad de dicho principio⁴³.

Este principio implica:

6.1 Que todos los participantes deban poder conocer previamente las normas aplicables al contrato que se pretende adjudicar, así como tener la certeza de que dichas normas se aplican de igual forma a todas las empresas.

Para conocer de forma previa todas las normas aplicables en la contratación, las instrucciones deberían hacer mención expresa a la normativa específica de aplicación a la entidad y ser coherentes con dichas normas. Esta circunstancia deberá considerarse en cada caso en función de la normativa específica de la entidad.

6.2 Fijación de plazos adecuados.

Los plazos concedidos para presentar ofertas deberán ser suficientes para permitir a las empresas realizar una evaluación adecuada y formular sus ofertas.

Establecer un plazo aplicable con carácter general no resulta razonable, ya que no es lo mismo solicitar ofertas para el suministro del mobiliario de un despacho, que solicitar ofertas para una obra compleja.

La valoración de los plazos establecidos en las instrucciones como suficientes o insuficientes requerirá la aplicación del juicio profesional del auditor en función de las circunstancias de la entidad (no podrá valorarse de la misma forma las instrucciones de una entidad que apenas adjudique contratos de obra y además éstos sean de poca cuantía y complejidad, que si se está revisando una entidad cuya actividad principal es la realización de grandes y complejos proyectos).

6.3 Fijación precisa y previa de los criterios objetivos aplicables para la valoración de ofertas.

Debe indicarse que, según jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no pueden tenerse en cuenta como criterios de adjudicación las características o experiencia de la empresa (que solo podrán valorarse como elementos de solvencia) o el nivel y características de los medios que deban emplearse para la ejecución del contrato (que, en su caso, deberían exigirse a todos los licitadores por igual, articulando tal exigencia en el pliego como obligación de aportar medios determinados).

⁴³ Artículo 191.a) y b), del TRLCSP.

En rigor, esta exigencia es común a todos los contratos, estén o no sujetos a regulación armonizada, y deberá concretarse en los pliegos.

En las instrucciones no deberá haber nada contrario a dicho criterio.

6.4 Determinación clara y previa del órgano al que, en su caso, le corresponde efectuar la propuesta de adjudicación y del órgano competente para adjudicar el contrato en todo caso.

7. Aplicación del principio de confidencialidad

El principio de confidencialidad será aplicable “en todo caso” y las instrucciones deben garantizar la efectividad de dicho principio.

Legalmente se regula la aplicación de este principio para las administraciones públicas y se recogen unos mínimos que deben exigirse a los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas para que dicho principio sea efectivo⁴⁴. Por tanto, en las instrucciones deberá hacerse una remisión expresa a dicho precepto o establecer una regulación que lo tome como referencia.

Es evidente que el principio de confidencialidad ha de ser entendido de forma conjunta con los de publicidad y transparencia, no convirtiéndose en una excusa que lleve a confundir la confidencialidad con el mero ocultamiento.

8. Necesaria adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, de acuerdo con los criterios objetivos de valoración de ofertas que en cada caso se hayan establecido⁴⁵.

La oferta económicamente más ventajosa no significa necesariamente la más barata. Es la que el órgano de contratación decida elegir mediante la aplicación de criterios objetivos, tales como los que vienen señalados legalmente para las administraciones públicas⁴⁶: calidad, precio, fórmula de revisión, plazo de ejecución, entrega de la prestación, coste de utilización, etc.

A estos efectos, las instrucciones deben pronunciarse expresamente sobre la necesidad de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa y desarrollar las directrices o criterios para hacerlo efectivo. Hay que tener en cuenta que la exigencia de que el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, para que sea efectiva, debe ir

⁴⁴ Artículo 140 del TRLCSP.

⁴⁵ Es una obligación impuesta por los artículos 1 y 191.b) del TRLCSP.

⁴⁶ Artículo 150 del TRLCSP.

acompañada de la adopción de medidas que aseguren el correcto ejercicio de la discrecionalidad en aquellos casos en que se adopten criterios que dependan de la apreciación del órgano de contratación. Asimismo, siempre que sea posible debe darse preponderancia a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. En todo caso, se deberá precisar la ponderación relativa que se atribuye a los distintos criterios. Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

9. Justificar la necesidad e idoneidad del contrato⁴⁷.

A tal fin, las entidades del sector público, con carácter previo al inicio del procedimiento de adjudicación, deberán dejar constancia en la documentación preparatoria del expediente de la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como de la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

III.2. CONTENIDO DE LAS INSTRUCCIONES DE CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO SON PODERES ADJUDICADORES.

Los contratos celebrados por las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores deberán ajustarse al régimen previsto legalmente para ellos⁴⁸, en el bien entendido que para este tipo de entidades no procede la distinción entre contratos SARA y NO SARA, salvo lo que luego se verá en relación con los contratos subvencionados.

Dicho precepto establece lo siguiente:

- Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.
- La adjudicación de los contratos deberá efectuarse de forma que recaiga en la oferta económicamente más ventajosa.

⁴⁷ Esta exigencia viene impuesta en los artículos 1 y 22 del TRLCSP, de obligada aplicación a la contratación de todo el sector público.

⁴⁸ Artículo 192 del TRLCSP.

- En las instrucciones internas en materia de contratación que se aprueben por estas entidades se dispondrá lo necesario para asegurar la efectividad de los principios y directriz acabados de enunciar⁴⁹.
- Estas instrucciones deberán ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

Por tanto, para todos sus contratos, estas entidades deberán contar con unas instrucciones que serán semejantes a las propias de los contratos NO SARA de los poderes adjudicadores no administrativos, pues se rigen por los mismos principios⁵⁰.

Cuando dichas entidades celebren contratos subvencionados⁵¹, habrá que aplicar el régimen de los contratos SARA⁵².

Además, a dichas entidades les vincularán aquellas normas específicas que en su caso les sean de aplicación.

Por otra parte, de acuerdo con la disposición transitoria quinta, apartado 2, del TRLCSP, en tanto no se aprueben las instrucciones internas a que se refiere el artículo 192.3, las entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores se regirán por las normas establecidas en el artículo 190.

⁴⁹ De acuerdo con la disposición transitoria quinta, apartado 2, del TRLCSP, en tanto no se aprueben las instrucciones internas a que se refiere el artículo 192.3, las entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores se regirán por las normas establecidas en el artículo 190, relativa a los contratos SARA.

⁵⁰ La diferencia más importante entre los artículos 192 y 191, es que este último precepto refuerza la exigencia de cumplimiento de los principios exigiendo su observancia “en todo caso”, mientras que en el artículo 192 se omite este énfasis. En la práctica, parece como si se estuviera resucitando la puntualización que se hacía en la disposición sexta del TRLCSP, donde después de establecer con carácter general el cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia en el sector público, admitía la salvedad de suavizar su aplicación cuando la naturaleza de la operación fuera incompatible con tales principios. Esta salvedad tenía un carácter excepcional.

⁵¹ Artículo 17 del TRLCSP.

⁵² Artículo 193 del TRLCSP.

IV. LA DEFINICIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO. LA CAUSA DE LA CONTRATACIÓN. EL ESTABLECIMIENTO DEL PRECIO DEL CONTRATO.

A la hora de valorar la correcta definición del objeto del contrato, que determina la existencia de una causa real en la contratación, es decir, una necesidad pública a cubrir a través de esa actuación administrativa a cambio de un precio, es necesario comprobar la correspondencia entre la necesidad puesta de manifiesto y el objeto del contrato que pretende cubrir la misma. Esa correspondencia debe mantenerse en los diferentes momentos de vida del contrato, por ejemplo:

- Al establecer plazos de cumplimiento del contrato.
- Al señalarse los criterios de solvencia de los licitadores.
- Al elegir el procedimiento de contratación.
- Al establecer y publicar los criterios de adjudicación así como en su aplicación práctica.
- Al modificar un contrato.
- Al admitir mayores cabidas en la ejecución o prórrogas, etc., etc.

La definición del objeto del contrato afecta, además, a diferentes áreas de riesgo:

En cuanto al **fraccionamiento del contrato**, la normativa especifica que el objeto del contrato deberá ser determinado y que no podrá fraccionarse con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo, salvo que se pueda dividir en lotes, en cuyo caso el valor estimado del contrato será el que resulte de la suma de todos los lotes. La finalidad de esta previsión es evitar el fraude de ley.

Con carácter general se admite que no se pueden contratar de manera separada, mediante expedientes independientes, las prestaciones que por razón de su naturaleza deberían integrarse en un único objeto o que, consideradas conjuntamente, forman una unidad funcional. Hacerlo puede implicar eludir los específicos requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, además de dificultar o imposibilitar la libre concurrencia, en el caso, por ejemplo, de fraccionamiento del objeto de un contrato en diferentes contratos menores o negociados sin publicidad.

En este sentido se puede hablar de fraccionamiento cuando razonablemente pueda preverse que la prestación objeto del contrato se debe mantener durante un determinado

período que excede del plazo de ejecución o de la duración máximos previstos al inicio de la contratación.

Descripción del objeto del contrato y de las especificaciones técnicas. De acuerdo con las normas actuales de la UE sobre contratación pública, los poderes adjudicadores tienen que ofrecer una descripción clara y no discriminatoria del objeto del contrato y deben definir unas especificaciones técnicas que no tengan el efecto de favorecer a determinadas empresas. La descripción no debe hacer referencia a una fabricación o procedencia determinadas ni referirse a una marca, una patente, un tipo, un origen o una producción determinados, salvo si una referencia de este tipo se justifica por el objeto del contrato y va acompañada de la mención "o equivalente".

Utilización de los criterios de adjudicación más apropiados Para asegurar una competencia efectiva entre los operadores económicos y evitar decisiones arbitrarias de las autoridades públicas, las normas actuales de contratación pública de la UE exigen que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato, que no confieran una libertad de elección ilimitada al poder adjudicador y que estén explícitamente mencionados en el pliego de condiciones.

Los poderes adjudicadores tienen libertad para decidir la importancia relativa que se debe dar a cada uno de los criterios aplicados para encontrar la oferta más ventajosa económicamente.⁵³

Esto les permite reflejar en la evaluación la importancia que quieren conceder a los criterios medioambientales o sociales con respecto a los demás, incluido el precio.

Para muchos bienes y servicios habituales ya es posible fijar exigentes normas medioambientales o sociales en las especificaciones técnicas o las condiciones de ejecución del contrato y, al mismo tiempo, adjudicar el contrato con arreglo al criterio del menor precio.

Esto permite a los poderes adjudicadores obtener al mejor precio productos y servicios que cumplen normas exigentes.

Sin embargo, la utilización de criterios relacionados con el medio ambiente, la eficiencia energética, la accesibilidad o la innovación en la fase de adjudicación, y no sólo en las especificaciones técnicas o las condiciones de ejecución del contrato, tendría la ventaja de impulsar a las empresas a presentar ofertas que irían más allá del nivel fijado en las

⁵³ STJCE de 20 de septiembre de 1988 [TJCE 1989, 26], Beentjes.

especificaciones técnicas, lo cual promovería la introducción de productos innovadores en el mercado, siempre que estuvieran relacionados de forma directa con el objeto del contrato. Este aspecto es estudiado de una forma más completa en el punto VII: del presente documento.

La adjudicación a la oferta económica más ventajosa, de acuerdo con la OCDE⁵⁴, la implica una buena gestión mediante:

La planificación de las adquisiciones y los gastos relacionados con las mismas son la clave para que se refleje una visión estratégica y a largo plazo de las necesidades del gobierno. Los gobiernos deben vincular la contratación pública con los sistemas públicos de gestión financiera para fomentar la transparencia y la rendición de cuentas, así como mejorar la relación calidad-precio. Las instituciones de control como son el control interno y los organismos de auditoría interna, instituciones superiores de auditoría o comités parlamentarios, deben supervisar la gestión de fondos públicos para verificar que las necesidades sean debidamente estimadas y los fondos públicos se utilizan de acuerdo con los fines previstos.

El gasto del sector público viene enmarcado dentro de los principios generales legalmente establecidos, de acuerdo con los cuales realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. Para el cumplimiento de la eficiencia y economía en la contratación del sector público se contempla como principio la adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa. Nótese que no se habla de la más barata, sino que el principio implica la existencia de una serie de juicios que permitan establecer esa ventaja a las ofertas presentadas, juicios que deber someterse al resto de principios y que deben quedar documentados en el expediente.

Obligadamente, la regulación en vigor ha supuesto el abandono de ciertas denominaciones tradicionales en nuestro derecho, que no de los correspondientes conceptos, que subsisten bajo nombres más ajustados al contexto europeo. En particular, los términos «concurso» y «subasta» 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,

⁵⁴ Documento de la OCDE “ENHANCING INTEGRITY IN PUBLIC PROCUREMENT: A CHECKLIST”, año 2008.

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»).

La oferta más ventajosa debe ser establecida siempre de acuerdo con los criterios objetivos de valoración de ofertas que en cada caso se hayan establecido.

Por lo que atañe a los criterios que pueden adoptarse como criterios de adjudicación de un contrato público a la oferta económicamente más ventajosa, es preciso señalar que las directivas comunitarias no los enumeran con carácter exhaustivo. Por consiguiente, si bien esta disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente.

Además, resultaría incompatible con el Derecho comunitario un criterio de adjudicación en la medida en que implicase la atribución a la entidad adjudicadora de una libertad incondicional de elección para la adjudicación a un licitador del contrato de que se trate. En este sentido, los criterios de adjudicación deben estar tasados y ser claros.⁵⁵

Así, por ejemplo la seguridad del abastecimiento puede formar parte en principio de los criterios de adjudicación que deben tenerse en cuenta para determinar la oferta más ventajosa económicamente.

En cuanto al **precio de los contratos**, que tendrán siempre un precio cierto⁵⁶, se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido y así la cuantía del contrato ha de ser interpretada en su fase de presupuesto base de licitación, estará determinada por el valor total estimado para la duración del contrato.

En el ámbito comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha interpretado que la retribución por haber ejecutado un contrato de manera correcta deba hacerse necesariamente en dinero, sino que se ha limitado a afirmar que el carácter oneroso de los contratos implica que el poder adjudicador que ha celebrado un contrato público, en estos casos de obra, reciba una prestación a cambio de una contraprestación. En estas sentencias se reconoce el carácter oneroso de un contrato en que la contraprestación al Ayuntamiento consiste en pagar las cargas de urbanización que se puede hacer efectiva mediante una contribución en dinero o bien en la ejecución directa de las obras.⁵⁷

⁵⁵ STJCE de 20 de septiembre de 1988 [TJCE 1989, 26], Beentjes.

⁵⁶ TRLCSP Art. 26.

⁵⁷ STJUE 18 de enero de 2007 (Asunto C-220, Jean Aurox y otros y Commune de Roanne) y de 25 de marzo de 2010 (Asunto C-451/08, Helmut Müller GmbH y otros).

A diferencia de lo que sucede en los contratos mencionados anteriormente, la actual regulación española de la contratación no prevé, en relación con el contrato de obras, la posibilidad de que el precio se pueda satisfacer de forma diferente al pago en dinero. Así la Administración, a los efectos del pago, expedirá mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho periodo de tiempo, salvo prevención en contrario en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final.⁵⁸ Por otra parte, se prevé que el contratista pueda percibir abonos a cuenta sobre su importe por las operaciones preparatorias realizadas, como instalaciones y acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra, en las condiciones que se señalen en los respectivos pliegos de cláusulas administrativas particulares. En todo caso, habrá de estarse a las especialidades legislativas que en determinadas áreas, por ejemplo las urbanísticas, puedan existir a nivel autonómico.

⁵⁸ TRLCSP Art. 232.

V. TIPOLOGÍA CONTRACTUAL

V.1. CLASES DE CONTRATOS Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE, EN FUNCIÓN DE LAS ENTIDADES QUE LOS CELEBRAN

La clasificación de los contratos en función de las entidades que los celebran puede estructurarse en tres grandes grupos: administraciones públicas, poderes adjudicadores que NO son administraciones públicas y entes del sector público que NO son poderes adjudicadores. Su estudio más concreto se realiza en el epígrafe II de este documento, al mismo tiempo que el régimen jurídico aplicable a las distintas entidades del sector público, al cual nos remitimos.

V.2. CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA (SARA) Y EXCEPCIONES⁵⁹

Son contratos SARA los siguientes⁶⁰:

- a) Requisito objetivo. Que se trate de alguno de los tipos contractuales siguientes:
- Contratos de obras y de concesión de obras públicas, cuyo valor estimado sea igual o superior al umbral comunitario.
 - Contratos de suministro, de importe igual o superior al umbral comunitario.
 - Contratos de servicios (categorías 1 a 16 Anexo II TRLCSP), que tengan un importe igual o superior al umbral comunitario.
 - Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Son contratos SARA en todo caso, pero solo se prevé que una Administración pública o una entidad pública empresarial u organismo similar de las comunidades autónomas puedan celebrarlos.
- b) Requisito subjetivo. Que la entidad contratante sea una Administración pública o un poder adjudicador.

⁵⁹ Artículo 13 y siguientes del TRLCSP.

⁶⁰ Cuando nos referimos al umbral comunitario, debe tenerse en cuenta que el mismo se actualiza periódicamente por la Comisión Europea (disposición adicional undécima del TRLCSP).

- c) Contratos subvencionados por entidades que tengan el carácter de poder adjudicador, cuando se trate de contratos de obras o de servicios subvencionados de forma directa en más del 50% por entidades que sean poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:
- Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil (Sección F 45 45.2 NACE), hospitales, centros deportivos, recreativos, ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, cuyo valor estimado sea igual o superior al umbral comunitario.
 - Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en el subapartado anterior, de importe igual o superior al umbral comunitario.

Por excepción, no están sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos de compra, desarrollo, producción y coproducción de programas de radiodifusión, por organismos de radiodifusión, así como los relativos al tiempo de radiodifusión; los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que no se reserven en exclusiva para su actividad propia; los que tengan por objeto permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones y algunos otros más legalmente previstos⁶¹.

Estos contratos exceptuados, si los celebra una Administración pública, no estarán sujetos a las obligaciones de publicidad comunitaria, pero sí al resto de preceptos exigibles al tipo de contrato de que se trate en cada caso. Cuando se trate de poderes adjudicadores distintos a las administraciones públicas, o de entes del sector público que no sean poderes adjudicadores, estarán sujetos a los principios e instrucciones aplicables a los mismos, en relación con los contratos no SARA.

V.3. CONTRATOS TÍPICOS

Legalmente, se configuran como contratos típicos los siguientes:

- a) Contrato de obras⁶².

⁶¹ Artículo 13.2 del TRLCSP.

⁶² Artículo 6 del TRLCSP.

- b) Contrato de concesión de obras públicas⁶³. Las dos notas fundamentales que caracterizan este tipo contractual y lo separan del contrato de obras son la retribución del contratista, que en el caso de la concesión consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio; y el riesgo de la explotación, que se transfiere al concesionario y engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión⁶⁴.

Otro problema que plantea este tipo contractual es su diferenciación con respecto al contrato de gestión de servicios públicos. El criterio que parece más razonable es el que tiene en cuenta, a estos efectos, el principio de accesoriedad. De acuerdo con este principio, el contrato de concesión de obra pública es aquel que no requiere una actividad prestacional más allá de la explotación de la obra, mientras que en el caso del contrato de gestión de servicios públicos la obra es un elemento más de una actividad de prestación de un servicio público, que ha de prestarse en todo caso.

- c) Contrato de gestión de servicios públicos⁶⁵. La concesión de un servicio público requiere que la retribución se vincule con el riesgo de explotación del servicio, aunque la satisfaga la Administración concedente. Sólo pueden ser objeto de gestión indirecta los servicios que pueden reportar un beneficio (o correlativamente pérdidas) para el empresario o la entidad que los gestiona. El resultado de la gestión debe ofrecer un grado tal de incertidumbre que, de antemano, no sea posible garantizar los ingresos del concesionario. El requisito esencial para ello, evidentemente, es que los ingresos derivados de la gestión del servicio que haya de percibir el concesionario no dependan exclusivamente de su mayor o menor grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas en la concesión. El riesgo consiste en que los ingresos derivados de la gestión dependan de hechos o circunstancias ajenos a la voluntad del empresario. Cuando no sea posible la gestión indirecta de un servicio público, la entidad titular del mismo podrá prestarlo de forma directa con la colaboración de empresarios que

⁶³ Artículo 7 del TRLCSP.

⁶⁴ Comunicación Interpretativa 2000/C121/02, de 29 de abril, de la Comisión, sobre concesiones en el Derecho Comunitario (DU 121 de 29 de abril).

⁶⁵ Artículo 8 del TRLCSP.

pongan a su disposición sus medios celebrando para ello los correspondientes contratos de servicios⁶⁶.

- d) Contrato de suministro⁶⁷.
- e) Contrato de servicios⁶⁸. Cabe destacar que las administraciones públicas sólo pueden contratar servicios de asistencia y apoyo administrativo y técnico a los funcionarios que ejerciten facultades reservadas a los mismos, siempre y cuando tengan un contenido económico, es decir, impliquen prestaciones susceptibles de valoración económica. El contratista no puede colaborar directamente en la ejecución de las funciones reservadas ni sustituir a los funcionarios⁶⁹.
- f) Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado⁷⁰. El contrato de colaboración público-privada exige la complejidad, de acuerdo con lo siguiente⁷¹:
- La complejidad no se exige legalmente de modo expreso y para todos los casos, pues la vincula a la conservación o a la gestión de determinados bienes o instalaciones, pero sin hacer referencia a ella en el resto de prestaciones que pueden ser objeto de este contrato.
 - No obstante, la JCCA entiende que la complejidad de la prestación sí es un requisito de este contrato, pues si las prestaciones no son complejas se podrá satisfacer la necesidad a través de las otras figuras contractuales.
 - La exigencia de este requisito de complejidad es más evidente en el artículo 180 cuando exige que se trate de contratos complejos. La complejidad puede afectar tanto a las especificaciones técnicas de la prestación como a la cobertura jurídica y a la financiera del contrato.
 - El hecho de que la financiación deba llevarse a cabo a lo largo de veinte o más años no puede considerarse, por sí solo, como justificación, sino que se requerirá la concurrencia de otras circunstancias.

⁶⁶ Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de julio de 2007 (asunto C-382/05), así como el Informe de 25 de septiembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

⁶⁷ Artículo 9 del TRLCSP.

⁶⁸ Artículo 10 del TRLCSP.

⁶⁹ Informe 52/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

⁷⁰ Artículo 11 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁷¹ Informe 53/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

- La complejidad de las instalaciones a mantener debe venir determinada por el juego conjunto de la exigencia de un determinado nivel de calidad y el ámbito más o menos amplio de, por ejemplo, la red de carreteras.

En la actualidad es relativamente frecuente el supuesto en que la retribución del contratista se liga no tanto a los costes de la prestación sino a la disponibilidad de las instalaciones o del servicio objeto del contrato. Tales figuras contractuales pueden ser calificadas, en función de sus características, como contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, pero no como concesiones administrativas. No existe concesión cuando el mayor o menor volumen de los ingresos del empresario depende exclusivamente de que éste, sea en cumplimiento de sus obligaciones o no, preste mejor o peor el servicio o, si se prefiere, se acomode o no a determinados estándares o indicadores de control de calidad en su prestación, sino cuando su retribución depende de los rendimientos de su explotación. Es decir, la colaboración público-privada da más margen para distribuir riesgos entre la Administración y el contratista, de ahí que se tengan que analizar con detenimiento las ventajas de la figura sobre los otros tipos contractuales⁷².

⁷² Informe 22/09, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

VI. LA PUBLICIDAD EN LA CONTRATACIÓN

El aspecto de la publicidad en la contratación ha sido desarrollado de una forma expresa en la “*Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública*” (2006/C 179/02), base sobre la cual se desarrollan estas notas al respecto.

La obligación de transparencia que recae sobre la autoridad pública contratante consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.⁷³

El principio de publicidad resulta sustancial en la fase de licitación y en la comunicación de la adjudicación y posterior formalización.

La única manera de que los principios generales de contratación se puedan cumplir es publicando un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato, al objeto de abrir la adjudicación del contrato a la competencia para que todas las empresas interesadas puedan presentarse a la licitación.⁷⁴

El principio de publicidad aparece legalmente regulado con un mínimo para contratos de más de 50.000 €. Si embargo, de acuerdo con el objetivo del documento, hemos de plantear los requisitos mínimos de publicidad para toda la contratación pública, independientemente de la cuantía o del adjudicador.⁷⁵

Por otra parte la publicidad se ha venido introduciendo dentro del periodo de actuaciones preparatorias del contrato, pero la publicidad debe ser también a posteriori, en el sentido de que permita a una empresa ser consciente de qué contrataciones se ha llevado a cabo por un ente y pueda prever el futuro.

Por su parte, la Comisión Europea⁷⁶ cita, como **formas de publicidad adecuadas**, las siguientes:

⁷³ STJUE 7 de diciembre 2000 C-324/98.

⁷⁴ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C179/02)

⁷⁵ En este sentido ver Sentencia del Tribunal General de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06.

⁷⁶ Ídem 112

- *Internet*. Según la Comisión "la publicación en el sitio web de la entidad adjudicadora es un sistema flexible y con una buena relación coste-eficacia"; añade la Comisión que "los portales Internet específicamente creados para dar publicidad a los contratos ofrecen más visibilidad y mayores posibilidades de búsqueda". A este respecto, se considera una buena práctica la creación de una plataforma específica para contratos de escasa cuantía dotada de un directorio de anuncios de contratos y de la posibilidad de suscribirse por correo-e.
- *Boletines oficiales* nacionales, boletines nacionales especializados en la publicación de anuncios de contratos públicos, diarios de cobertura nacional o regional o publicaciones especializadas.
- *Publicaciones locales*. Estos soportes sólo garantizan una difusión estrictamente local, pero pueden ser adecuados en determinados casos como, por ejemplo, cuando se trata de contratos de muy escasa cuantía, únicamente destinados al mercado local".
- *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Poniendo en relación la normativa de contratación nacional con las indicaciones que efectúa la Comisión Europea en su referida comunicación interpretativa, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

- a) En los contratos de cuantía superior a 50.000 euros, el requisito de publicidad se entiende cumplido con la inserción de la información en el perfil del contratante, sin perjuicio de que este medio de publicidad pueda ir acompañado de otras modalidades de difusión o ser sustituido por éstas.
- b) En los contratos de cuantía inferior a 50.000 euros, debe entenderse que el requisito de publicidad es también exigible, puesto que su aplicación es exigible en todo caso. Al no indicarse, sin embargo, cuál sea el medio de publicidad que debe utilizarse en estos contratos, cabe remitir su determinación a la entidad contratante que deberá utilizar un medio de publicidad proporcionado a la cuantía del contrato, objeto del mismo, características particulares del sector de la actividad a que se refiere (tamaño, estructura del mercado), localización geográfica, etc.

Respecto del **contenido de la publicidad**, la Comisión Europea señala que "el anuncio puede, por lo tanto, limitarse a una breve descripción de los detalles esenciales del contrato que debe adjudicarse y del método de adjudicación, junto con una invitación a ponerse en contacto con la entidad adjudicadora".

En caso de necesidad, podrá completarse con información adicional disponible en Internet o previa petición a la autoridad adjudicadora.

Respecto de la publicidad de la **adjudicación**, hay que tener en cuenta que de acuerdo con la normativa se debe publicar en el perfil. La formalización también debe anunciarse en el perfil dado que constituye requisito de perfeccionamiento del contrato.

La remisión de información a órganos de control externo y al registro de contratos. Como parte esencial de la publicidad está la remisión de información a los registros de carácter administrativo, pero también a los órganos de control externo. A través de esta información, puede considerarse una buena práctica la publicación de resúmenes anuales de contratación que permitan tener una imagen clara de la actividad del ente y de las perspectivas de futuro del mismo.⁷⁷

En todo caso es necesario verificar el cumplimiento de las obligaciones que existan de remitir información tanto al registro de contratos de la Comunidad Autónoma o en su caso al Registro de contratos del Ministerio de Hacienda. También se deben comprobar el cumplimiento de la obligación de remitir información o datos de los contratos a los diferentes órganos de control externo.

En el **procedimiento restringido** sólo podrán presentar proposiciones las empresas que, habiéndolo solicitado, y en atención a su solvencia, establecida de acuerdo con criterios objetivos y justificados, sean seleccionadas. Cuando se utilice, y aunque la esencia del mismo es limitar el número de licitadores a aquellos de mayor solvencia, a la hora de decidir el número de empresas invitadas a participar se debe valorar el impacto sobre la competencia de tal decisión, evitando limitaciones innecesarias del acceso a la licitación. La limitación no tiene por qué situarse automáticamente en el mínimo legal de cinco empresas, siendo recomendable que tal decisión se justifique adecuadamente, utilizando criterios similares al procedimiento negociado sin publicidad.

⁷⁷ Artículos 29 y 30 del TRLCSP.

En cuanto a la **limitación del número de candidatos** se señala a nivel comunitario que las entidades adjudicadoras podrán limitar el número de candidatos a un nivel adecuado, a condición de hacerlo de manera transparente y no discriminatoria.⁷⁸

Así, por ejemplo, podrán aplicar criterios objetivos, como son la experiencia de los candidatos en el sector, el tamaño y la infraestructura de su empresa, sus conocimientos técnicos y profesionales, u otros criterios de igual índole. Incluso podrán optar por un sorteo, bien como único mecanismo de selección, o bien en combinación con otros criterios.

En todo caso, el número de candidatos preseleccionados deberá responder a la necesidad de lograr una competencia suficiente.

Las entidades adjudicadoras podrán recurrir también a sistemas de cualificación, es decir, el establecimiento de una lista de operadores cualificados por medio de un procedimiento transparente y abierto, que habrá sido anunciado adecuadamente.

Con posterioridad, cuando se proceda a adjudicar los contratos individuales que entren en el ámbito de aplicación del sistema, la entidad adjudicadora podrá seleccionar, a partir de la lista de los operadores cualificados y sobre una base no discriminatoria, los operadores a los que se invitará a presentar una oferta (por ejemplo, por turno rotatorio dentro de la lista).

Contratación en los casos de inexistencia de competencia o de derechos exclusivos. En la práctica, es habitual que los poderes adjudicadores tengan que comprar a un operador económico específico porque su empresa tiene los derechos exclusivos para la producción de los bienes o la prestación de los servicios de que se trate.

Por eso se permite el uso del procedimiento negociado sin publicación previa 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».

Es cierto que, debido a la existencia del derecho exclusivo, una licitación sería una mera formalidad sin ningún valor práctico.

Pero se ha de valorar que es innegable que el acceso al contrato público en cuestión se ha cerrado mediante la adjudicación previa del derecho exclusivo, eliminando así cualquier posibilidad de competencia antes de que el proceso de contratación haya siquiera comenzado.

⁷⁸ El punto 2. 2. 2. de la Comunicación (2006/C179/02).

La cuestión de cómo se ha adjudicado el derecho exclusivo y, en particular, de si ha habido una competencia leal en la fase de su adjudicación (que prefigure la posterior decisión de contratación), no se trata en las Directivas actuales sobre contratación pública por lo que respecta a los contratos adjudicados a operadores privados.

Esta cuestión se trata sólo en el contexto de la cooperación dentro del sector público, donde los contratos de servicio público entre poderes adjudicadores están excluidos de la aplicación de la Directiva si se han adjudicado en virtud de un derecho exclusivo, pero solo a condición de que este derecho exclusivo sea compatible con los principios del Tratado.

Esta disposición concreta probablemente ya no será necesaria cuando se encuentre una solución global para las cuestiones relacionadas con la cooperación dentro del sector público.

La Comisión Europea plantea que debe considerarse si, en aras de una competencia sana en los mercados de la contratación pública, debe generalizarse la idea en virtud de la cual solo se permitiría que se adjudicaran contratos sin procedimiento de licitación en virtud de derechos exclusivos, si estos derechos exclusivos hubieran sido a su vez objeto de un procedimiento de licitación.

En todo caso, en la situación actual, para una correcta aplicación de los Principios comunitarios a este tipo de contratación se ha de valorar en cada caso en concreto la fundamentación de la necesidad de adquirir precisamente ese bien o servicio sujeto a exclusividad, así como la justificación de la misma no simplemente a través de una declaración del contratante sino también mediante una manifestación del titular inicial del derecho.

VII. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. EXISTENCIA DE SUBCRITERIOS.

Los criterios de adjudicación son un aspecto fundamental para el cumplimiento de los principios comunitarios de la contratación administrativa. Además, estos criterios se aplican en las diferentes fases de vida de un contrato: En la preparación cuando se fija el objeto del contrato y los criterios de adjudicación relacionados con él. En la adjudicación como aplicación inmediata. En la ejecución para valorar las posibles incidencias que puedan surgir en la vida de un contrato (modificados, prórrogas, incumplimientos). Y finalmente en la extinción del contrato, al permitir evaluar, una vez ejecutado, si la necesidad pública que fundamentó cómo se fijó el objeto del contrato se ha cubierto a través de la oferta económicamente más ventajosa.

Como primera característica de los criterios, se puede afirmar la necesidad de **fijar de forma precisa y previa los criterios objetivos aplicables para la valoración de ofertas**. Según jurisprudencia del TJCE⁷⁹, no pueden tenerse en cuenta como criterios de adjudicación las características o experiencia de la empresa, que sólo podrán valorarse como elementos de solvencia, o el nivel y características de los medios que deban emplearse para la ejecución del contrato que, en su caso, deberían exigirse a todos los licitadores por igual, articulando tal exigencia en el pliego como obligación de aportar medios determinados.

En rigor, esta exigencia de fijación previa de los criterios es común a todos los contratos, estén o no sujetos a regulación armonizada, y natural en una buena gestión administrativa, puesto que si sabemos la necesidad a cubrir y el objeto propio del contrato, los criterios estarán en inmediata relación con ambos.

Esto significa, más en concreto, que los **criterios de adjudicación** deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma.⁸⁰

El cumplimiento de la obligación de transparencia implica asimismo que la entidad adjudicadora debe atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento.

⁷⁹ Sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/97, por ejemplo.

⁸⁰ Sentencia 24 de noviembre 2005, ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, C-331/04.

Debe destacarse que la obligación establecida en la normativa comunitaria⁸¹ a las entidades contratantes, de mencionar "en el pliego de cláusulas administrativas o en el anuncio de licitación, todos los criterios de adjudicación que tienen previsto aplicar, de ser posible en orden de importancia decreciente", tiene por objeto, precisamente, hacer que los posibles licitadores conozcan los elementos que se tomarán en consideración para identificar la oferta económicamente más ventajosa. Así, todos los licitadores conocen los criterios de adjudicación a los que deben responder sus ofertas y su importancia relativa. Por otra parte, esta exigencia garantiza el respeto de los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia.

Existen muchas **formas de discriminación encubierta mediante una utilización fraudulenta de los criterios de adjudicación**. Así, por ejemplo, el artículo 49 Tratado CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones, por un lado, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otro, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

También forma parte de la transparencia en la licitación la **determinación clara y previa del órgano** al que, en su caso, le corresponde efectuar la propuesta de adjudicación y del órgano competente para adjudicar el contrato en todo caso.

Y como consecuencia de una adecuada aplicación de los criterios publicitados, se produce la necesaria adjudicación del contrato a *favor* de la **oferta económicamente más ventajosa** de acuerdo con los criterios *objetivos* de valoración de ofertas que en cada caso se hayan establecido.

⁸¹ DIRECTIVA 2004/18/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 31 de marzo de 2004

Según la jurisprudencia la obligación de transparencia exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos.⁸²

En este sentido, los licitadores potenciales deben poder conocer la existencia y alcance de los elementos de juicio en el momento de preparar sus ofertas.

Por consiguiente, una entidad adjudicadora **no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios** relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.⁸³

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

Excepcionalmente podemos encontrar casos en los que dicha actuación no contradice el principio de transparencia. En este sentido el Tribunal de Justicia⁸⁴ declaró que no se opone a tal forma de proceder si cumple tres condiciones muy precisas, a saber, que:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación;
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; y
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

Sin embargo la aplicación en la práctica de estos tres requisitos ha sido considerada prácticamente imposible. Así, se constata que cuando la Mesa de Contratación únicamente recoge en el anuncio de licitación los criterios de adjudicación y que determina a posteriori tanto los coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios de adjudicación, tras la presentación de ofertas y el registro de las manifestaciones de interés, la tendencia normal es a considerar que esto no se atiene manifiestamente a la obligación de publicidad establecida en las Directivas de contratación, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia.

⁸² sentencia de 12 de diciembre de 2002 [TJCE 2002, 369], Universale-Bau y otros.

⁸³ sentencia de 12 de diciembre de 2002 [TJCE 2002, 369], Universale-Bau y otros.

⁸⁴ Por ejemplo Sentencia 24 de noviembre 2005, ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, C-331/04.

Una vez fijados los criterios objetivos de adjudicación, así como en la determinación de la ponderación atribuible a cada uno de aquéllos, la asignación particularizada de puntuaciones a cada uno de los licitadores debe ser motivada. Así, lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como «sit pro ratione voluntas»⁸⁵, o la que ofrece lo es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte.

Utilización de los criterios de adjudicación más apropiados Para asegurar una competencia efectiva entre los operadores económicos y evitar decisiones arbitrarias de las autoridades públicas, las normas actuales de contratación pública de la UE exigen que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato, que no confieran una libertad de elección ilimitada al poder adjudicador y que estén explícitamente mencionados en el pliego de condiciones.

Los poderes adjudicadores tienen libertad para decidir la importancia relativa que se debe dar a cada uno de los criterios aplicados para encontrar la oferta más ventajosa económicamente. Esto les permite reflejar en la evaluación la importancia que quieren conceder a los criterios medioambientales con respecto a los demás, incluido el precio.⁸⁶

También se puede admitir la inclusión de cláusulas sociales. Así la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de una condición especial de ejecución en virtud de la cual se obligue a las empresas adjudicatarias, en el caso específico de que para ejecutar el contrato necesiten contratar personal, a contratar personal en situación legal de desempleo, no vulnera el ordenamiento jurídico español ni el Derecho comunitario, siempre que no sea discriminatoria y se respete el principio de publicidad. Lo que no es admisible es que la contratación se circunscriba a un lugar geográfico determinado, puesto que, en todo caso, las cláusulas sociales han de publicarse en el anuncio de licitación y en los pliegos y respetar los principios del Derecho de la Unión Europea, y, en particular, el de no discriminación.⁸⁷

⁸⁵ Por ejemplo STS de 13 de julio de 1984.

⁸⁶ sentencia de 20 de septiembre de 1988 [TJCE 1989, 26], Beentjes, 31/87, Rec. pg. 4635

⁸⁷ Informe Junta Consultiva Contratación Administrativa 3/2009, de 25 de septiembre.

En cuanto a la existencia y valoración de las mejoras, exige su relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos o en su caso en el anuncio de licitación y ponderación de las mismas. El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha analizado la obligación de que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o mejoras en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores y así considera contraria a la regulación comunitaria una licitación en la que se reconoce la presentación de variantes pero en la que no se detalla ni precisa las condiciones y requisitos de las mismas. De otro lado, en cuanto a la valoración de las ofertas —lo que incluye evidentemente a las mejoras—, puede afirmarse que la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial.

Como consecuencia de todo lo anterior, existe la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato.⁸⁸

Los criterios de valoración de las ofertas han de guardar **relación con el objeto del contrato**, deben ser objetivos, y deben figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente. Asimismo, en el diseño de estos criterios debe prestarse especial atención a los siguientes aspectos:

a) **Garantía de la igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores.**

Está prohibido favorecer indebidamente a las empresas ya establecidas o que llevan tiempo trabajando en el sector, atribuyendo por ejemplo una ponderación excesiva a parámetros que puedan favorecer la discriminación a favor de este tipo de operadores.

- 1) Valoración de la experiencia. La solvencia es el elemento que mide la aptitud de las empresas, mientras que los criterios de evaluación han de medir las características de la oferta. En consecuencia, la experiencia de los licitadores no puede ser considerada como un parámetro puntuable a efectos de obtener la adjudicación.
- 2) Valoración del cumplimiento satisfactorio de otros contratos. Aunque legalmente se impide contratar con las administraciones públicas a aquellas empresas que hubieran

⁸⁸ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de octubre de 2003, asunto Traunfellner GMBH.

incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato, el grado de satisfacción de la Administración con dicha ejecución no puede utilizarse a efectos de la adjudicación del contrato, en la medida en que contribuye a discriminar contra nuevos entrantes.

- 3) Derechos de preferencia y tanteo. El derecho de preferencia se traduce en la concesión de ventajas al vigente titular del contrato, atribuyendo, por ejemplo, por el mero hecho de su titularidad, una mayor ponderación a su oferta en el caso de que ésta obtenga una valoración similar a la de otros competidores. Por su parte, el derecho de tanteo permite al beneficiario subrogarse en la posición del licitador que resulte adjudicatario, sustituyéndole en el contrato. La ventaja así otorgada al vigente titular relaja las tensiones competitivas entre éste y el resto de competidores, en detrimento de las condiciones competitivas de las ofertas y en consecuencia de la oferta vencedora. Por lo tanto, por lo general, ambos derechos deben evitarse.

b) Ponderación adecuada de las variables básicas.

Los elementos que se tienen en cuenta para valorar las ofertas, así como el peso que se confiere a cada uno de ellos dentro del total de valoración, deben reflejar la importancia y prioridad de los elementos competitivos básicos. El método utilizado para la valoración de las ofertas debe permitir además la existencia de un margen suficientemente amplio para el ejercicio de la competencia en cada uno de estos elementos básicos. Las siguientes prácticas contribuyen a dificultar esta doble finalidad.

- 1) Ponderación inadecuada de los distintos criterios de valoración; en particular, del precio. Al establecer las ponderaciones de los criterios es necesario valorar adecuadamente su idoneidad y conexión con el objetivo final. En general, salvo casos excepcionales, el precio ofertado debe tener un peso fundamental en la valoración de cada oferta, por ser el criterio objetivo y económicamente cuantificable que mejor suele revelar el grado de eficiencia de los licitadores.
- 2) Reflejo inadecuado del impacto del precio o tarifa ofertados en el presupuesto seleccionado como base del proyecto. Deben tenerse en cuenta los siguientes criterios⁸⁹:
 - La oferta económica debe valorarse de acuerdo con una fórmula o fórmulas matemáticas que se especifiquen en el pliego, sin que se puedan tener en cuenta otros factores que no hayan sido detallados previamente.

⁸⁹ Véase el Manual de Fiscalización de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana.

- Dichas fórmulas matemáticas deben posibilitar que obtengan una puntuación superior las ofertas que propongan un precio inferior y una puntuación inferior aquellas que propongan un precio superior.
 - La fórmula económica debe permitir, de una manera razonable, que la importancia relativa concedida en el pliego a la oferta económica, en relación con los otros criterios de valoración previstos, sea efectiva. Ejemplo: se desvirtúa la importancia relativa de la oferta económica, si se contempla una fórmula de valoración que hace muy difícil alcanzar la puntuación máxima y/o la puntuación mínima (0 puntos).
 - No deben desincentivarse las bajas exageradas a través de las fórmulas matemáticas de valoración de la oferta económica, pues para cumplir con dicha finalidad se establece legalmente un mecanismo específico, que es el de las ofertas con valores anormales o desproporcionados (temeridad).
 - Es razonable que las fórmulas matemáticas intenten mantener una proporcionalidad entre la importancia de la baja presentada y la puntuación concedida. Así, por ejemplo, si se puntúa con el valor máximo posible la oferta más barata, con independencia de su cuantía, puede darse la máxima puntuación a una baja ínfima.
- 3) Establecimiento de límites a los precios, tarifas u otras características básicas del servicio. Es preferible que el criterio de definición del carácter temerario de las ofertas se establezca de tal manera que no afecte a los incentivos de los licitadores para competir, debiendo depurarse las ofertas anormales o desproporcionadas por mecanismos independientes de la valoración de la oferta.
- 4) Excesivo peso de criterios escasamente relevantes para la ejecución de la prestación, o que imponen costes adicionales a los licitadores en relación con el vigente titular del contrato.

c) Precisión en la definición de los criterios.

Los criterios de valoración deben reflejar claramente los objetivos específicos cuya satisfacción se pretende puntuar, evitándose en particular la vaguedad de su enunciado, o la confusión de los medios con los fines.

La definición de cada criterio seleccionado debe indicar sin lugar a dudas el contenido del objetivo perseguido. Cuando los criterios de puntuación incorporen juicios de valor, es recomendable concretar los elementos que se tendrán en cuenta para esa evaluación cualitativa, describiéndolos en subcriterios y señalando la puntuación que se otorgará a cada uno de ellos.

d) Otros aspectos a evitar.

- 1) Insuficiente transparencia en el sistema de atribución de puntuación a los criterios de valoración. En la medida de lo posible, debe explicarse el mecanismo y los parámetros que determinan la progresividad de las puntuaciones, para limitar posibles excesos de discrecionalidad.
- 2) Conocimiento ex ante del umbral de anormalidad de las ofertas. Al establecer los mecanismos de identificación de ofertas anormales o desproporcionadas, por ejemplo, en precios, se deben evitar los sistemas que señalicen con carácter previo el “umbral máximo de competencia”, esto es, el nivel del parámetro en cuestión a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada. La revelación de esta información puede restringir severamente la competencia, especialmente si el umbral establecido limita excesivamente el ámbito de posibles niveles del parámetro.
- 3) Puntuación de elementos ya tenidos en cuenta al valorar la solvencia. Sin perjuicio de que se prohíbe legalmente esta práctica, como antes se ha mencionado, en algunos casos el solapamiento entre ambos criterios no resulta evidente. Para evitar solapamientos, las características de calidad relevantes a efectos de puntuación deben ir referidas a aspectos relativos al contenido de la oferta, y reflejar elementos funcionales relacionados con los objetivos de calidad que se persiguen, dejando libertad a los licitadores de cara a la acreditación de dicha calidad.
- 4) Criterios directamente vinculados al objeto del contrato. El Tribunal de Cuentas ha considerado que no están directamente vinculados al objeto del contrato criterios tales como la “aplicación de nuevas tecnologías”, en un contrato de obras que afectan a una muralla árabe, “la presentación de una Memoria descriptiva del proceso de ejecución de las obras proyectados” o de “un Estudio de la programación”, así como el de “calidad y valor técnico de la proposición”⁹⁰.

⁹⁰ La STSJ Galicia de 21 de julio de 2011 entiende que las ofertas económicas que presentaron las dos licitadoras fueron idénticas y coincidían con el presupuesto de licitación, aunque la apelante añadió el compromiso de realizar una obra adicional en el lugar que la entidad local creyera más conveniente, por importe de 20.000 euros, “lo que no puede considerarse como una mejora complementaria en la obra objeto de contratación, ya que lo que se comprometería a hacer era otra obra adicional a ese precio de manera que no se podía tomar en consideración como factor determinante de la adjudicación”

VIII. MODIFICADOS DE LOS CONTRATOS

Con el objeto de evitar que se desvirtúen los principios de publicidad y concurrencia, las modificaciones y prórrogas deben ceñirse a los supuestos excepcionales en que resulten admisibles, dentro de los límites y el procedimiento a seguir establecido en la legislación vigente.⁹¹

La figura del modificado ha sido vista como un área de riesgo por parte de los auditores en la fiscalización de los contratos, puesto que a través de ella se constata históricamente una variación sustancial de los precios inicialmente previstos en el procedimiento de contratación. En cierta medida podemos decir que un modificado es un fracaso: Un fracaso de la definición del objeto del contrato, de su plasmación en el proyecto, del cálculo de los precios o de su ejecución.⁹²

El tratamiento de los modificados ha tenido caminos no siempre coincidentes entre la normativa nacional y la jurisprudencia comunitaria. Nos haremos eco de los principios jurisprudenciales relacionados con la contratación, muchos de los cuales se puede afirmar que en la actualidad están contemplados de forma expresa en la normativa.

La piedra angular sobre la que descansa la justificación o no de un modificado está en si a través del mismo se alteran las condiciones esenciales de un contrato. Desde el punto de vista de los principios esto se define de la siguiente forma: La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.⁹³

El principio de transparencia tiene por objeto evitar que exista riesgo de favoritismo, de ahí que todas las condiciones de contratación deban estar formuladas de forma clara, precisa e inequívoca. Las modificaciones que afecten a las condiciones esenciales del contrato deben figurar en los pliegos y en el anuncio de licitación, de forma que todas las empresas interesadas en participar tengan el mismo conocimiento desde el principio y puedan efectuar

⁹¹ Ver el Informe 73/2011, de 1 de marzo de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

⁹² En el mismo sentido, el Informe de la Comisión de expertos para la situación y diagnóstico de la contratación pública del MEH, 2004, señala que “Las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y su precio no son aquellos por los que se compitió”.

⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Suchhi di Fruta, en adelante STJE 29 abril 2004.

sus proposiciones en condiciones de igualdad. La práctica contraria supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas.

Teniendo en consideración lo anterior, las distintas enumeraciones que la norma en cada momento ha establecido se pueden considerar como relaciones ejemplificativas, pero en ningún caso exhaustivo de qué se considera esencial. Así, por ejemplo tenemos en la legislación actual⁹⁴:

- a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.
- b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
- c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.
- d) Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

Curiosamente la actual regulación legal contiene una cláusula de cierre que hace referencia prácticamente literal a ese concepto de elemento esencial.

La jurisprudencia europea ha sometido a estrictos límites la posibilidad de modificar los contratos públicos. Porque aun cuando esta cuestión, ligada a la ejecución contractual, no se ha regulado expresamente en el Derecho de la Unión Europea, el respeto a los principios de igualdad y transparencia impone restricciones a lo que en algunos Derechos nacionales conocemos como prerrogativa del “*ius variandi*”.

Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento, dejarían de estar garantizadas.

⁹⁴ Art 107.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

Así es aceptado a nivel europeo que la modificación de uno de los elementos esenciales del contrato, debería adoptarse, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado, aplicando todas las medidas necesarias para que el procedimiento volviera a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En este sentido, se presume la existencia de una modificación esencial cuando las condiciones originales, al ser menos favorables, hayan disuadido a otros prestadores de servicios de participar en la licitación.⁹⁵

En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características del objeto del contrato de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pudiera tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta fuera adjudicada.

Sin perjuicio de la regulación específica, al fiscalizar la contratación se tomarán como referencia los supuestos y límites que vienen establecidos en el TRLCSP para las administraciones públicas, a efectos de valorar si las modificaciones contractuales respetan o no aquellos principios.

Ejemplo más claros:

- 1) Incremento del precio del contrato, incluso en una cuantía inferior al 10%. Este límite, considerado legislativamente como un elemento objetivo hasta el cual las modificaciones de los contratos no afectaban a elementos esenciales, ha sido puesto en cuestión en la jurisprudencia europea⁹⁶ en un caso en el que pueden encontrarse paralelismos evidentes, lo cual significa que su aplicación debe ser objeto de un riguroso análisis, no dando por sentado la corrección de los modificados llevados a cabo bajo su cobertura. Y ello porque si bien otorga seguridad jurídica, marca a las disposiciones de las Directivas comunitarias que tratan de los modificados de una condición nueva que debilita tanto el alcance como el carácter excepcional de aquéllas.

Un ejemplo claro de modificaciones que afectan al precio lo tenemos en el incremento de costes generados por el convenio colectivo, que no justifica la concurrencia de un riesgo imprevisible y la necesidad de mantener el equilibrio financiero del contrato en base a un nuevo precio justo. Así, las variaciones de precio por incremento de los costes de personal, sólo pueden tener reflejo en el precio del contrato a través de las correspondientes fórmulas de revisión de precios en los que se haya tomado en

⁹⁵ STJE 19 de junio 2008, Preetext Nachrichtenagentur C-454/06

⁹⁶ STJCE de 13 de enero de 2005, caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España, 2005/10

consideración tal componente, nunca como justificación de una modificación del contrato.⁹⁷

Sin embargo, y en coherencia con lo anterior, la disminución de precio no supone una alteración sustancial por carecer de un efecto distorsionador de la competencia. En este sentido hemos de tener en cuenta que la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa lleva implícito el juicio de que cualquier bajada de precio no puede ser asumida por el resto de los licitadores.

- 2) Uno de los casos más comunes en la modificación de los contratos se produce a la hora de evaluar la posibilidad de realizar la ampliación del objeto del contrato. La ampliación del objeto contractual constituye una modificación esencial del contrato, y por ello, está prohibida por el Derecho de la Unión Europea. Actualmente se encuentra prevista de forma expresa en la normativa, al prohibirse variar sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada, así como alterar la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación. Naturalmente la interpretación del término “sustancial” será objeto de debate en cada caso, señalando la Jurisprudencia Comunitaria que será sustancial cuando amplíe el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos⁹⁸. En sentido muy parecido a éste se pronuncian sentencias recientes de la Jurisprudencia Española⁹⁹, que sin embargo ha mantenido una línea en ocasiones contrapuesta con lo señalado hasta aquí, admitiendo ampliaciones de objeto de contratos con la consecuente ampliación del precio para compensar el equilibrio económico del contrato.¹⁰⁰ La actual redacción de la Ley de contratos imposibilitaría una actuación de este tipo, pero a la aplicación efectiva de la Ley por el Supremo nos remitiremos.
- 3) Cambio de la modalidad de pago. La Jurisprudencia comunitaria concluye que el cambio en la modalidad de pago (se trataba de un supuesto de pago en especie, en el que se alteró la especie inicialmente prevista) constituía un supuesto de alteración de una de las condiciones esenciales del contrato.¹⁰¹
- 4) Las modificaciones que tienen por objeto subsana las deficiencias del proyecto elaborado por el contratista, haciéndolo más oneroso para el mismo, no tienen la consideración de

⁹⁷ Informe 25/2006, de 20 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

⁹⁸ STJUE de 19 de junio de 2008, Pressetext.

⁹⁹ STS 8 de marzo de 2011

¹⁰⁰ STS 27 de febrero de 2008.

¹⁰¹ En este sentido STJE 29 abril 2004.

modificación esencial del contrato. Estamos, en definitiva, ante un supuesto conocido por la doctrina francesa con el nombre de "subjections impreques" que tiene lugar cuando sin existir modificación en el número o clase de obras a ejecutar, éstas suponen una mayor onerosidad al contratista como consecuencia de la aparición de dificultades no previstas ni calculadas en el proyecto, tales como cimentación a mayor profundidad, excavaciones con una proporción de roca dura y roca blanda distinta de la prevista. Las modificaciones del contrato para solventar los errores del proyecto realizado por el propio contratista tampoco afectan a elementos esenciales, siempre y cuando se hagan a costa del propio contratista y a coste cero para la administración.

Por lo tanto, debemos aplicar en estos casos el principio de que nadie puede enriquecerse con sus propios actos ilícitos.¹⁰²

- 5) En cuanto a las prórrogas, si no están previstas inicialmente sí constituye una modificación de los elementos esenciales de la contratación.

La Jurisprudencia Europea es clara en este punto. Así, se incumplen el principio general de transparencia y la obligación de publicidad que derivan de los artículos 43 CE y 49 CE, al renovar una serie de concesiones al margen de cualquier procedimiento de licitación.¹⁰³ Se considera que la ausencia absoluta de licitación a efectos de la adjudicación de las concesiones no se ajusta a los artículos 43 CE y 49 CE y, en particular, viola el principio general de transparencia, así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado.

La aplicación de los límites que a las modificaciones han ido señalando los principios comunitarios de contratación administrativa entronca, en la práctica jurídica española, con el uso del "ius variandi", o prerrogativa de la Administración que opera por mandato de la Ley y que le atribuye una potestad exorbitante en materia de contratación. En este sentido, la actuación de la Administración tiene que venir siempre amparada por el interés público. En este sentido se ha de considerar que no es una atribución legal indiscriminada que permita a la Administración a su libre criterio novar el contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que sólo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la

¹⁰² STS 28 de enero de 2000.

¹⁰³ STJUE 13 de septiembre de 2007, Comisión contra Italia, C-260/04.

perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público.¹⁰⁴

Sin perjuicio de los ejemplos que se han desarrollado en los puntos anteriores, se ha de tener en cuenta que mediante este tipo de modificaciones “a posteriori” del resultado acordado puede llegar a desvirtuarse el carácter competitivo de la licitación inicial, introduciendo variaciones en el contrato o en el precio que alteren su naturaleza. Estas actuaciones pueden llevarse a cabo además con el propósito de rentabilizar un contrato para el que se había ofertado excesivamente a la baja. La tipología más común de alteraciones en el desarrollo de la ejecución de los contratos diferencia entre las modificaciones sobrevenidas y las prestaciones complementarias. Estas últimas no son consideradas propiamente modificaciones.

- a) Modificaciones sobrevenidas. Cabe distinguir entre una modificación convencional y una modificación legal. En el caso de la modificación legal nos remitimos a la legislación vigente, que prohíbe que afecte a las condiciones esenciales del contrato. En el caso de las modificaciones convencionales, los requisitos son los siguientes:
- Que en el pliego o en el anuncio de licitación se detallen de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá modificarse el contrato.
 - Que se detalle, igualmente de forma precisa e inequívoca, el alcance y límites de la modificación.
 - Que se indique el porcentaje del precio del contrato al que como máximo puede afectar la modificación.
 - Que se indique el procedimiento que haya de seguirse para la modificación del contrato.
 - En el caso de que se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas.
- b) Prestaciones complementarias. Estas prestaciones suponen en la práctica la realización de un nuevo contrato que se adjudica por el procedimiento negociado. Su utilización debe ser justificada sobre la base de la existencia de circunstancias imprevistas y

¹⁰⁴ Dictamen nº 3357/2003 del Consejo de Estado.

quedar restringida a los casos en que no sea posible alcanzar el resultado pretendido mediante una licitación ordinaria. Legalmente se supedita esta posibilidad a que el importe adicional no supere un porcentaje determinado de variación en relación con el precio original del contrato.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Art 105.2 del TRLCSP.

IX. CONTRATACIÓN Y COMPETENCIA.¹⁰⁶

Nos centraremos especialmente en los siguientes aspectos relacionados con la competencia:

- Selección del procedimiento
- Diseño de los pliegos
- Desarrollo de la licitación
- Ejecución del contrato

IX.1. SELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO MÁS FAVORECEDOR DE LA COMPETENCIA

En principio, el procedimiento más favorecedor de la concurrencia, por ser más respetuoso con el principio de igualdad entre los licitadores, es el procedimiento abierto¹⁰⁷, al que pueden presentarse todas aquellas empresas que reúnan la capacidad y solvencia exigidas.

- 1) En el procedimiento restringido,¹⁰⁸ sólo podrán presentar proposiciones las empresas que, habiéndolo solicitado, y en atención a su solvencia, establecida de acuerdo con criterios objetivos y justificados, sean seleccionadas. Deben evitarse limitaciones innecesarias del acceso a la licitación. La limitación no tiene por qué situarse automáticamente en el mínimo legal de cinco empresas.
- 2) En el procedimiento negociado¹⁰⁹, el contrato recae en el licitador elegido por la entidad contratante, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios candidatos. Salvo en los casos en que se exige dar publicidad al anuncio de licitación, la regla general es que la Administración se ponga en contacto directamente con los candidatos que a su juicio cumplen los requisitos de capacidad y solvencia, y negocie las cuestiones técnicas y económicas del contrato con cada uno de ellos.

¹⁰⁶ Para evitar que se excluya o limite la competencia, deben observarse una serie de normas que afectan a cada una de las fases fundamentales de la contratación.

La Comisión Nacional de la Competencia ha elaborado una Guía sobre Contratación Pública y Competencia, que estudia esta importante cuestión de una manera muy completa, por lo que la seguiremos sin perjuicio de realizar las adaptaciones precisas, en virtud de los cambios legislativos que se han producido.

¹⁰⁷ Artículos 157 y siguientes del TRLCSP.

¹⁰⁸ Artículos 162 y siguientes del TRLCSP.

¹⁰⁹ Artículos 169 y siguientes del TRLCSP.

El procedimiento negociado es un procedimiento extraordinario, que sólo puede utilizarse cuando se den las circunstancias que la legislación vigente determina taxativamente para ello. En este procedimiento, tras la elección inicial de candidatos, se ha de admitir la participación en el procedimiento a las empresas que, sin haber sido invitadas a hacerlo en un principio, así lo soliciten posteriormente.

Es especialmente trascendente en estos procedimientos comprobar la constancia de la efectiva realización de las comunicaciones a los posibles licitadores, siendo posible la realización de circularizaciones sistemáticas o aleatorias.

a. No existe ningún límite reglado al establecimiento de sucesivas fases de negociación con las empresas que participan en el procedimiento y, en su caso, es el pliego de cláusulas administrativas que rige la contratación donde tiene que estar previsto y regulado. Sin embargo, al igual que es preciso justificar en el expediente la adopción de un determinado procedimiento de adjudicación, tendrá que quedar también justificada la regulación concreta de las fases del procedimiento.

b. Si la negociación ya está acabada no procede, en principio, la aportación de nuevas ofertas. Ahora bien, puede ser una potestad del órgano de contratación, en el marco de las previsiones del Pliego de cláusulas administrativas, reabrir la negociación con todos los participantes, siempre y cuando se respeten los principios de igualdad de trato y de no discriminación.

c. La formalidad esencial requerida en la tramitación de la fase de adjudicación del procedimiento negociado es la de dejar constancia en el expediente de todas las actuaciones.

3) En el diálogo competitivo¹¹⁰ –otro de los procedimientos extraordinarios cuya utilización está sujeta legalmente a la concurrencia de determinadas circunstancias – el ente público dirige un intercambio de opiniones con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar soluciones que satisfagan sus necesidades. Este procedimiento se reserva para el caso de contratos particularmente complejos, tales como ejecución de infraestructuras sofisticadas, siendo obligatorio su uso en el caso de contratos de colaboración público-privada.

4) Tramitación de urgencia¹¹¹. Legalmente, solo se justifica por la existencia de una necesidad inaplazable o cuando sea preciso acelerar la adjudicación por razones de

¹¹⁰ Artículos 179 y siguientes del TRLCSP.

¹¹¹ Artículo 112 del TRLCSP.

interés público. La principal consecuencia es que los plazos de tramitación se reducen a la mitad de los del procedimiento ordinario. En determinados trámites, como el de presentación de las ofertas, este procedimiento puede conllevar un acortamiento de los plazos perjudicial para la competencia, al dificultar el acceso al mercado. Por ello, dada la excesiva vaguedad del criterio que permite utilizar esta tramitación, conviene aplicarla únicamente tras una justificación rigurosa de la manera en que concurren estas causas, valorando el mantenimiento de los plazos ordinarios para trámites como la presentación de ofertas.

- 5) Tramitación de emergencia¹¹². Solo se admite en los casos de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, que obliguen a la Administración a actuar de manera inmediata. En estos casos, se permite que el órgano de contratación, sin necesidad de tramitar expediente administrativo, pueda 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 legalmente. El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes. Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

- 6) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de contratación¹¹³. Estos procedimientos forman parte de los mecanismos disponibles para la racionalización técnica de la contratación entre Administración y contratistas cuando ésta se extiende a lo largo de un período determinado, durante el cual previsiblemente existirán prestaciones continuadas. Con ellos se busca la estabilidad en las condiciones contractuales. A diferencia de los sistemas dinámicos, pensados para adquisiciones de bienes corrientes, en los que cualquier prestador interesado que cumpla los requisitos puede participar una vez iniciados, los acuerdos marco, una vez definidos, no permiten la incorporación de nuevas empresas durante su plazo de vigencia. Por esta razón, legalmente se establece que se podrán concluir acuerdos marco siempre que no se recurra a estos instrumentos de forma abusiva, o en forma tal que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

¹¹² Artículo 113 del TRLCSP.

¹¹³ Artículos 196 y siguientes del TRLCSP.

IX.2. EL DISEÑO DE LOS PLIEGOS DEL CONTRATO¹¹⁴

Los aspectos del diseño de los pliegos más relevantes a efectos de la competencia son:

A. Acceso a la licitación

- 1) Exigencia de solvencia y clasificación a los licitadores. La solvencia económico-financiera y técnico-profesional del licitador debe estar vinculada al objeto del contrato y ser proporcional al mismo. La solvencia técnica y profesional se debe probar mediante documentación “ad hoc”, o, en el caso de los contratos de obra y servicios que superen un determinado importe, mediante la exigencia de la correspondiente clasificación en un grupo, subgrupo y categoría determinados.

Es conveniente que los órganos de contratación de una misma Administración exijan requisitos de solvencia similares para contratos sustancialmente iguales entre sí, para evitar tratamientos desiguales entre empresas difícilmente justificables.

- 2) Exigencia de una determinada forma jurídica. Está prohibido supeditar el acceso a la licitación a que las entidades participantes cuenten con una forma jurídica determinada. Todo ello sin perjuicio de que, tal como establece la normativa, la entidad ya seleccionada puede ser obligada a asumir una forma jurídica determinada, una vez se le haya adjudicado el contrato, y siempre que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo.
- 3) Discriminación por razones de territorio. Está prohibida toda referencia a cláusulas de las que pudieran derivarse diferencias de trato en función de la nacionalidad, lengua, domicilio o territorio del adjudicatario, incluso de manera indirecta, como por ejemplo, la preferencia por experiencias vinculadas a un ámbito geográfico, o la exigencia de ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio de referencia.
- 4) Requisitos técnicos y económicos innecesarios o excesivos. En relación con los bienes objeto del contrato, está prohibida, salvo en los supuestos de excepción contemplados legalmente, toda referencia a tipologías, marcas o especificaciones técnicas como determinantes del acceso a la licitación. Igualmente deben evitarse exigencias que supongan una carga económica desproporcionada.

¹¹⁴ Artículos 114 y siguientes del TRLCSP.

- 5) Exigencia de certificaciones de calidad. Legalmente se permite exigir que el licitador cumpla determinadas normas de garantía de calidad. Ahora bien, las administraciones públicas que decidan exigir certificados de calidad en sus pliegos de contratación pública deben aceptar la certificación emitida por cualquier entidad de certificación acreditada por la Entidad Nacional de Acreditación, o por cualquiera de los organismos de acreditación con los que ésta tiene suscritos acuerdos de reconocimiento mutuo. Además, en dichos pliegos no debe mencionarse ninguna entidad de certificación concreta. La exigencia de una determinada certificación de calidad para demostrar la solvencia de la empresa debe constituir una mera alternativa de acreditación, sin que ello implique la exclusión de posibilidades de acreditación por otros medios.

B. Criterios de adjudicación¹¹⁵

Una inadecuada definición de los criterios de adjudicación puede dar lugar a una exclusión injustificada de la competencia. Su casuística se aborda en el punto VII del presente documento

C. Duración de los contratos¹¹⁶

La determinación de la duración idónea de un contrato resulta crucial para garantizar un nivel de competencia adecuado en las licitaciones públicas. La duración de los contratos deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores, que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el período de vigencia del contrato, pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no necesiten llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación.

¹¹⁵ Artículo 150 del TRLCSP.

¹¹⁶ Artículo 23 del TRLCSP.

IX.3. EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA

- 1) Igualdad en el acceso a la información. El órgano de contratación debe incluir en los pliegos a disposición de los licitadores cuanta información técnica sea procedente para la correcta formulación de la oferta y posterior ejecución del contrato.
- 2) Subsanación de errores. El formalismo administrativo, cuando es excesivo o innecesario en relación con el objetivo que se persigue, se convierte en un obstáculo a la competencia, porque impone a los operadores cargas que podrían evitarse y que pueden incluso llevar a la exclusión de ofertas que resulten plenamente competitivas. Este riesgo aumenta cuando la inobservancia de determinados requisitos procedimentales es suficiente para la exclusión de las ofertas presentadas. La normativa prevé este riesgo otorgando un plazo para la posible subsanación de errores en el caso de la presentación de documentación administrativa. Con carácter general, es subsanable la acreditación de datos o elementos relativos a las características de la empresa que ya existían en el momento de concluir el plazo de presentación de proposiciones, y no es subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir tal plazo no existe, o bien de elementos que se refieren al contenido de las proposiciones de las empresas.
- 3) Efectividad de la publicidad y transparencia de los distintos trámites del procedimiento.

IX. 4. LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

A. Modificaciones sobrevenidas y prestaciones complementarias. Modificaciones de Precios¹¹⁷

Dada la importancia de esta materia, ha sido objeto de estudio específico en el epígrafe VIII del presente documento.

B. Subcontratación¹¹⁸

La subcontratación permite al contratista una mayor flexibilidad y diversidad de opciones de organización, lo que puede redundar en una reducción de costes. En general, legalmente se permite al contratista una subcontratación de hasta el 60% del importe del contrato, salvo que el contrato o los pliegos dispongan otra cosa. También permite al órgano de contratación imponer la subcontratación al contratista hasta en un 50% del presupuesto.

¹¹⁷ Artículos 89 y siguientes del TRLCSP.

¹¹⁸ Artículos 227 y 228 del TRLCSP.

La subcontratación puede favorecer la participación de ciertas empresas en la contratación pública, en particular las PYME. Sin embargo, en ocasiones, la ejecución del contrato por uno o varios operadores diferentes del adjudicatario original puede dar lugar a una reducción de la competencia efectiva en la fase de licitación, y ello incluso cuando se realiza por debajo del límite establecido legalmente. El órgano de contratación debe valorar si las circunstancias del mercado existentes permiten alcanzar el objetivo de favorecer el acceso de las PYME a los contratos públicos sin reducir de manera ostensible la competencia efectiva en el proceso de licitación.

X. CONVENIOS Y ENCOMIENDAS DE GESTIÓN.

X.1. CONVENIOS

A. Naturaleza del convenio de colaboración

En el convenio de colaboración, igual que en el contrato, se da la existencia de un acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos entre los sujetos que intervienen.

Ahora bien, a diferencia del contrato, en el convenio de colaboración la obligación que asume cada sujeto no tiene por causa la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, como ocurre con los contratos onerosos sujetos al TRLCSP, sino que la causa de la aportación será la consecución de un fin común a los sujetos que convienen, y como quiera que, al menos uno de ellos, ha de ser una Administración pública, dicho fin habrá de ser de interés público.

B. Tipos de convenios de colaboración

Cabe distinguir dos tipos de convenios de colaboración: los interadministrativos y los que se suscriben entre la Administración pública y las personas sujetas a derecho privado. Los primeros están sujetos al límite genérico de que no tengan naturaleza contractual y se fundamentan en el principio de colaboración entre las administraciones públicas¹¹⁹; a los segundos se les prohíbe más específicamente que su objeto sea el de los contratos regulados en el TRLCSP o en las normas administrativas especiales¹²⁰.

A ambos tipos les son de aplicación, para resolver dudas y lagunas, los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad y no discriminación¹²¹. Todo principio encierra un mandato, y por tanto es de aplicación obligatoria. En consecuencia, los convenios interadministrativos deberán respetar el principio de concurrencia cuando los posibles suscriptores gocen de iguales competencias. Del mismo modo, los convenios de colaboración entre administraciones públicas y personas de derecho privado están sujetos a dicho principio, siempre que exista una pluralidad de personas que se encuentren en una situación idónea para suscribir el convenio¹²².

En particular, cabe incidir en la necesidad de evitar que a través de los convenios de colaboración se concedan indebidamente ayudas, subvenciones o privilegios que incumplan el

¹¹⁹ Artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

¹²⁰ Artículo 4.1, letras c) y d), del TRLCSP.

¹²¹ Artículo 4.2 del TRLCSP.

¹²² Moción del Tribunal de Cuentas de fecha 30 de noviembre de 2010.

principio de igualdad. Por otra parte, en ningún caso se podrá utilizar la figura del convenio para encubrir un contrato.

Doctrinalmente, se han propuesto las subdistinciones siguientes¹²³:

1. Convenios de colaboración entre administraciones públicas.
 - 1.1. Convenios para actuaciones conjuntas: son aquellos que tienen por objeto realizar actuaciones en las que dos o más administraciones tienen competencias materiales concurrentes, así como interés en concertarse. En unos casos, cada Administración realiza unas actuaciones distintas, aunque en coordinación con las otras, con cargo a su propio presupuesto. En otros casos, la actuación a realizar es única, pero se financia conjuntamente por las administraciones intervinientes y se gestiona por una de ellas. La Administración gestora recibirá parte de la financiación de la otra.
 - 1.2. Convenios en los que una Administración financia actuaciones (excluidas subvenciones a terceros) en las que la otra Administración tiene las competencias de ejecución. Estaríamos ante subvenciones de una Administración a favor de otra¹²⁴. El recurso al convenio no implica excepción alguna en cuanto a los principios que rigen la concesión¹²⁵.
 - 1.3. Convenios en los que una Administración financia subvenciones a terceros a gestionar por otras administraciones, en ámbitos que caen dentro de las competencias materiales de estas últimas. No se trata de subvenciones a favor de otras administraciones públicas, como en el caso anterior, sino a favor de terceros, aunque gestionadas por éstas.
2. Convenios de colaboración entre administraciones públicas y personas sujetas al derecho privado. Se han utilizado frecuentemente para canalizar las medidas de fomento, pero en la actualidad la Ley General de Subvenciones exige que el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones sea la concurrencia competitiva, que finaliza con una resolución. El ámbito propio de los convenios, en el campo de las subvenciones, debe ceñirse a aquellas que se pueden otorgar directamente, en especial, las nominativas¹²⁶.

¹²³ José Pascual García: “Convenios de colaboración y encargos a entes instrumentales a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público”. Revista Española de Control Externo (nº 28; Volumen X-Enero 2008). Tribunal de Cuentas.

¹²⁴ El artículo 2 del Reglamento de la Ley General de Subvenciones establece que están sujetos a la Ley General de Subvenciones “los convenios de colaboración celebrados entre las administraciones públicas, en los que únicamente la Administración pública beneficiaria ostenta competencias propias de ejecución sobre la materia, consistiendo la obligación de la Administración pública concedente de la subvención en la realización de una aportación dineraria a favor de la otra u otras partes del convenio, con la finalidad de financiar el ejercicio de tareas, inversiones, programas o cualquier actividad que entre dentro del ámbito de las competencias propias de la Administración pública destinataria de los fondos”.

¹²⁵ Artículo 8 Ley General de Subvenciones.

¹²⁶ Artículo 22.2, en relación con el artículo 28.1, de la Ley General de Subvenciones.

Asimismo, se ha utilizado indebidamente la figura del convenio para encubrir verdaderos contratos.

C. Distinción del convenio de colaboración de otras figuras como los contratos y las subvenciones

El problema fundamental que plantean los convenios es que resultan muy atractivos para el gestor, dado que su régimen jurídico permite una mayor discrecionalidad, además de estar poco perfilado, lo que determina en ocasiones que se utilicen abusivamente con el propósito de encubrir un verdadero contrato o una subvención, y así eludir la más exigente legislación contractual y de subvenciones públicas.

Cabe, así, hacer las siguientes distinciones:

- a) El convenio de colaboración, en sentido estricto.
- b) El convenio que oculta un contrato. Esta práctica resulta legalmente inadmisibles, pues el TRLCSP solo excluye de su ámbito de aplicación aquellos convenios de colaboración que no tengan carácter contractual (convenios interadministrativos) o cuyo objeto no sea el propio del que corresponde a los contratos regulados en el TRLCSP o en las normas administrativas especiales (convenios entre la Administración y personas de derecho privado).
- c) El convenio que canaliza una subvención. Cabe advertir que la utilización del convenio no dispensa del deber de aplicar los principios de publicidad y concurrencia cuando legalmente sean exigibles.

Para despejar posibles confusiones, cuando nos encontremos ante un convenio debemos preguntarnos:

- a) Si se trata de un verdadero convenio de colaboración o, por el contrario, nos encontramos ante un contrato encubierto.

En un verdadero convenio, cada parte asume una obligación de dar o hacer que no tiene por causa la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte. Un convenio se lleva a cabo entre dos o más personas que quieren llegar a la misma meta y se ponen de acuerdo en lo que cada uno debe hacer para poder cumplir el objetivo. La causa es un fin común, pero cada uno llega a la meta por su propio pie. La titularidad de los resultados es compartida o al menos ninguna de las partes interviene para obtener un rendimiento económico a costa de la otra parte como consecuencia de la ejecución del contenido del convenio. De ahí la dificultad de diseñar convenios con

sociedades de capital, que tienen, como característica propia de su naturaleza, carácter mercantil.

En cambio, en un contrato hay un intercambio de prestaciones (se paga un dinero por una parte para que la otra parte realice una obra, bien o servicio a favor de aquella). En un contrato una persona que quiere llegar a la meta y para poder hacerlo adquiere de otros lo que necesita para culminar el trayecto. La causa no es un fin común, ya que para una parte es adquirir un bien o servicio, y para la otra ingresar la cantidad que se estipule como precio. Cada parte deviene titular de una cosa distinta.

- b) Si se trata de un convenio que contiene el otorgamiento de una subvención, es decir, se entrega una cantidad dineraria para que el destinatario realice una actividad o una adquisición que se integra en su patrimonio.

En una subvención una persona que quiere llegar a la meta y para poder hacerlo necesita la ayuda de la Administración pública, que se la concede porque entiende que el fin perseguido es bueno para el interés público. Puede decirse, por tanto, que –a semejanza de lo que ocurre con el convenio– también se da aquí un fin común, pero el que llega a la meta por su propio pie es el beneficiario de la subvención auxiliado económicamente por la Administración pública. La titularidad de los resultados corresponde al beneficiario.

Como señala José Pascual García, en el artículo citado, el criterio para delimitar cuándo nos encontramos ante compromisos financieros asumidos en virtud de convenio que deben calificarse de subvención y aquellos que deben considerarse gasto real, “no parece que deba ser otro que la titularidad de los resultados de la colaboración. Si los resultados obtenidos son del sujeto privado nos situaríamos en el campo de las subvenciones y, por tanto, la tramitación y condicionantes serían los establecidos en la legislación subvencional. En caso contrario estaríamos ante un gasto real”.

En el caso de que se llegue a la conclusión de que el convenio engloba una subvención, habrá que analizar si se dan los presupuestos legales que permiten excepcionalmente el otorgamiento de subvenciones directas, pues en otro caso se deberá exigir el cumplimiento de los procedimientos legales que rigen el otorgamiento de las subvenciones, a fin de garantizar la publicidad y concurrencia.

D. Justificación del gasto en los convenios

En relación con la ejecución de lo convenido, el Tribunal de Cuentas llama la atención¹²⁷ sobre la frecuente justificación del gasto, excepto en los convenios destinados a canalizar subvenciones, mediante la presentación, por el sujeto privado, de la factura por el importe de la aportación financiera a cargo de la Administración, pero no de los gastos en que se ha incurrido. Esta forma de justificar, cuando no se parte de una estimación rigurosa del costo de la actividad, no ofrece garantías de un correcto empleo de los fondos.

E. Peculiaridades de los convenios interadministrativos

Si la Administración que financia tiene al mismo tiempo las competencias de ejecución, para ella el gasto será un gasto real imputable a los capítulos 2 ó 6 de su Presupuesto.

En caso contrario, estaremos ante una transferencia de los capítulos 4 ó 7, para que la entidad competente ejecute.

Cuando se trate de una transferencia, habrá que determinar en qué casos resulta de aplicación la Ley General de Subvenciones¹²⁸.

Entre distintas administraciones públicas, solo se excluyen las aportaciones que persiguen financiar globalmente. En cambio, entre una Administración y sus agentes, se permiten todo tipo de aportaciones, siempre que los presupuestos de los beneficiarios se integren en los de la Administración concedente y no resulten de una convocatoria pública.

En cuanto a las obras o prestaciones realizadas por una Administración para entregarlas a otra sin contraprestación, cabe tener en cuenta los siguientes criterios:

Cuando se trate de bienes, derechos y servicios cuya adquisición o producción se realice con la finalidad exclusiva de entregarlos gratuitamente a un tercero, se considerarán ayudas en especie¹²⁹. En otro caso, se considerarán cesiones gratuitas de bienes y derechos de carácter patrimonial.

¹²⁷ Moción del Tribunal de Cuentas de fecha 30 de noviembre de 2010

¹²⁸ El artículo 2.2 dispone que “no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las aportaciones dinerarias entre diferentes administraciones públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, y las que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tenga atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública”.

¹²⁹ Disposición adicional quinta de la Ley General de Subvenciones.

X.2. LAS ENCOMIENDAS

Además de los convenios de colaboración, las relaciones de una Administración pública con otras administraciones públicas, o con los entes instrumentales que dependen de aquella, pueden canalizarse a través de dos vías específicas

- a) Las “encomiendas” del artículo 4.1.n) del TRLCSP.
- b) Las “encomiendas de gestión” del artículo 15 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Las encomiendas del artículo 4.1.n) del TRLCSP y las que se regulan por el artículo 15 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se diferencian en dos notas características¹³⁰:

- a) Las encomiendas de la legislación contractual tienen un contenido materialmente contractual, pues su objeto es la realización de una prestación propia de un contrato de obras, de suministro o de servicios a cambio de una contraprestación económica. Estas encomiendas, con carácter general, solo pueden recaer sobre entidades y sociedades de la misma Administración. Son de obligatoria aceptación por el encomendado.
- b) Las encomiendas de gestión de la Ley 30/1992 quedan circunscritas a aquellas actividades o actuaciones que por su contenido sean ajenas a la legislación contractual pública y no guarden relación con ella. Estas encomiendas pueden realizarse a favor de órganos y entidades, de la misma o de distinta Administración. No son de obligatoria aceptación por el encomendado.

Con todo, en ocasiones, será difícil diferenciar ante qué clase de encomienda nos encontramos, pues no siempre estará claro que la actividad a realizar merezca o no la consideración de prestación propia de un contrato. En estos casos, el criterio que nos parece más plausible es el que se fija en si existe o no ejercicio de una función pública, es decir, desarrollo de aquellas actividades que son propias del poder público. Así, si la encomienda se refiere a una actividad que comporta el ejercicio de una función pública, habrá que concluir que no tiene carácter contractual la prestación encomendada.

A. Las encomiendas del artículo 4.1.n) del TRLCSP¹³¹

Son las encomiendas que puede realizar un poder adjudicador a un ente, organismo o entidad del sector público, que merezca la consideración de medio propio y servicio técnico.

¹³⁰ Circular 6/2009, de fecha 14 de julio de 2009, del Abogado General del Estado.

¹³¹ Hay que tener en cuenta también lo dispuesto en el artículo 24.6 del TRLCSP.

Para que una entidad pueda ser considerada medio propio y servicio técnico deben concurrir los requisitos siguientes:

- a) Si se trata de sociedades, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública.
- b) Que la entidad realice la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador, y que éste ostente sobre aquel un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios. Así, por ejemplo, se dará esta situación cuando el poder adjudicador pueda conferirle encomiendas que sean de ejecución obligatoria de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por la entidad pública que realiza la encomienda y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por esta última.
- c) La condición de medio propio y servicio técnico se deberá reconocer expresamente por la norma de creación o por sus estatutos, que deberán precisar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y el régimen de las encomiendas que se les pueden conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Solo cuando se cumplan estas condiciones cabe el encargo directo a favor de una entidad del sector público. Por tanto, en otro caso, el poder adjudicador deberá licitar el contrato y adjudicarlo con arreglo a los criterios legalmente establecidos.

B. La exigencia de idoneidad de medios para recibir la encomienda

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el Informe nº 65/07, de 29 de enero de 2009, da por supuesto que el medio propio deberá contar con medios idóneos para ejecutar el contrato. Así, para la Junta “habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda”.

Asimismo, en la Guía sobre contratación pública y competencia, de la Comisión Nacional de la Competencia, se advierte expresamente que “dada la amplitud con la que se formulan los requisitos para ser medio propio, la encomienda puede convertirse en un instrumento para eludir la concurrencia en situaciones en que ésta podría asegurar una provisión satisfactoria de los bienes y servicios correspondientes a precios más baratos. Por tanto, para evitar extralimitaciones en el recurso a medios propios y minimizar este riesgo se

recomienda: a) Valorar, con carácter previo, en qué medida el mercado ya presta dichos bienes o servicios, tanto a la hora de crear un nuevo medio propio, como a la hora de encargarle a los ya existentes encomiendas de gestión. Las encomiendas deberían evitarse cuando los bienes y servicios en cuestión puedan ser provistos en el mercado en la misma medida a precios inferiores como consecuencia de procesos competitivos. b) Valorar en qué medida la encomienda puede conducir a la subcontratación de la prestación por parte del medio propio a terceras empresas. Sin perjuicio de que esta posibilidad está reconocida en la TRLCSP, que contempla la extensión de la aplicación de determinados aspectos de la contratación pública a estas subcontrataciones, desde un punto de vista de competencia y de eficiencia en la asignación de los recursos públicos resulta preferible, en estas situaciones, no optar por la encomienda y realizar la licitación de la prestación.”

XI. LOS CONTRATOS MENORES. EL FRACCIONAMIENTO.

XI.1. CONTRATOS MENORES

1. Introducción.

El contrato menor es aquel que puede 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 siguientes:

- a) La tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo del TRLCSP establezcan.
- b) En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra¹³².

Los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga¹³³.

2. Ámbito subjetivo de aplicación del concepto de contrato menor.

El concepto de contrato menor es único y resulta aplicable a todos los entes del sector público¹³⁴.

En el ámbito de las administraciones públicas, hay que tener en cuenta que la categoría de contratos menores es aplicable a los contratos administrativos, tanto típicos como especiales, y a los privados, siempre que estos últimos no estén sujetos a normas especiales que les sean de aplicación¹³⁵.

3. La exigencia de capacidad de obrar y habilitación profesional.

Hay que tener en cuenta la siguiente doctrina:

- a) La habilitación empresarial o profesional hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata.

¹³² Artículos 111 y 138.3 del TRLCSP. Actualmente, Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

¹³³ Artículo 23.3 del TRLCSP.

¹³⁴ Aunque los artículos 138.3 y 111 del TRLCSP son de aplicación a los contratos de las administraciones públicas, el artículo 23.3 rige en todo el ámbito del sector público, y dicho precepto asume como concepto de contrato menor el que es propio de los contratos de las administraciones públicas

¹³⁵ Informe 33/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. La habilitación empresarial o empresarial es, por tanto, un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto.

- b) En los contratos menores es plenamente exigible, además de la capacidad de obrar, el requisito de no estar incurso en prohibición de contratar para poder ostentar la aptitud requerida legalmente para contratar¹³⁶.

Dada la escasa formalización que legalmente se impone a los contratos menores, no queda claro si el órgano de contratación debe exigir en todo caso la acreditación formal de estos requisitos. Dado el antiformalismo en que se inspira el TRLCSP, en materia de contratos menores, cabe interpretar que la voluntad del legislador es imponer la existencia de dichos requisitos, para que el órgano de contratación se preocupe de tenerlos en cuenta y de exigir su acreditación en el caso de que tenga dudas. Se impone, por tanto, una actuación diligente y responsable, pero no una acreditación documental en todo caso. Pero esta opinión no es unánime¹³⁷.

4. El principio de concurrencia y los contratos menores.

Los contratos menores están excluidos de la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia.

Sin embargo, en determinados supuestos –dado que estos contratos pueden a veces ascender a 50.000 euros más IVA– puede resultar aconsejable, en atención a la norma que impone velar por que los precios se atengan al mercado¹³⁸, la solicitud de –al menos– tres ofertas con objeto de garantizar el precio más beneficioso.

Otro riesgo que debe evitarse es el abuso de los contratos menores para favorecer a un reducido número de proveedores. En el caso de que, una vez analizadas las circunstancias concurrentes, se llegue a la conclusión de que carece de justificación este modo de actuar,

¹³⁶ Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

¹³⁷ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009, entiende que debe acreditarse documentalmente la capacidad de obrar y el título habilitante, en su caso, mientras que la no concurrencia de prohibición para contratar solo deberá ser tenida en cuenta cuando el órgano de contratación conozca dicha circunstancia.

¹³⁸ Artículo 87 del TRLCSP.

deberá exigirse la adopción de las medidas correctoras pertinentes, con el objeto de garantizar la obtención de la oferta económicamente más ventajosa.

XI.2. FRACCIONAMIENTO

1. Introducción

Debe distinguirse entre un fraccionamiento permitido y otro prohibido por fraudulento¹³⁹.

A. Fraccionamiento permitido

Se permite el fraccionamiento en los casos siguientes:

- a) Que el objeto del contrato admita la división en lotes, bien porque así lo exija su naturaleza, bien porque cada lote sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituya una unidad funcional, siempre que así se justifique debidamente en el expediente.
- b) También se permite el fraccionamiento cuando se trate de prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, siempre que dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En estos casos, el régimen jurídico aplicable será el siguiente:

- Se admite la realización independiente de cada lote o prestación diferenciada.
- Cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros homogéneos pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes¹⁴⁰.
- Las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, con las siguientes salvedades:
 - 1) Cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la obra iguale o supere la cantidad fijada para los contratos de obras y de concesión de obras públicas sujetos a regulación armonizada, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la

¹³⁹ Artículo 86 del TRLCSP.

¹⁴⁰ Artículo 88.7 del TRLCSP.

adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a un millón de euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos¹⁴¹.

- 2) Cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere las cantidades indicadas para los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos¹⁴².
- 3) Cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la compra de servicios iguale o supere los importes indicados para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos¹⁴³.

B. Fraccionamiento indebido o fraudulento.

En cambio, está prohibido el fraccionamiento cuando se lleve a cabo con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

Para determinar qué fraccionamientos no están permitidos legalmente, hay que tener en cuenta dos criterios, uno objetivo y el otro subjetivo:

- a) En primer lugar, habrá que comprobar si el objeto contractual admite ser fraccionado, pues ya hemos visto que el fraccionamiento está permitido en el caso de división en lotes o de prestaciones diferenciadas.
- b) En segundo lugar, será necesario valorar si existe la intención de eludir las normas de publicidad o el procedimiento de adjudicación que correspondan. Este criterio subjetivo, que obliga a tener en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes en

¹⁴¹ Artículo 14.2 del TRLCSP.

¹⁴² Artículo 15.2 del TRLCSP.

¹⁴³ Artículo 16.2 del TRLCSP.

cada caso, será muy útil para determinar si el fraccionamiento es o no fraudulento, en aquellos casos en que objetivamente sea difícil concluir si nos encontramos ante un objeto que se fracciona indebidamente o ante objetos diversos entre los que no existe una vinculación funcional u operativa, pues la existencia de dicha vinculación puede depender de la finalidad que se pretenda conseguir por el órgano de contratación.

Además de estos criterios básicos, hay que tener en cuenta dos reglas que se contienen en el texto legal:

- En relación con los contratos mixtos, debe tenerse en cuenta que las diferentes prestaciones contempladas en un plan de actuación, aunque estén vinculadas entre sí, cuando por su propia naturaleza sean susceptibles de contratarse separadamente mediante figuras contractuales de distinta calificación jurídica, no es necesario que sean objeto de un solo contrato mixto¹⁴⁴. En estos casos, no es que se permita el fraccionamiento, sino que tal fraccionamiento no existe, pues el mismo solo tiene sentido cuando se trata de prestaciones que se identifican con uno de los tipos contractuales previstos legalmente.
- En los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o en los contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades: a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial. b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si éste fuera superior a doce meses. La elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Artículo 25.2 del TRLCSP e Informe 57/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

¹⁴⁵ Artículo 88.5 del TRLCSP.

2. Análisis del fraccionamiento indebido o fraudulento.

Como se deduce de la regulación que acabamos de sistematizar, puede revestir bastante complejidad determinar cuándo nos encontramos ante un supuesto de fraccionamiento indebido.

Para facilitar esta tarea, se proponen una serie de distinciones y reglas que pueden servir de ayuda:

- a) Ante todo, cabe llamar la atención sobre la diversidad de supuestos ante los que nos podemos encontrar. En unos casos, estará muy claro que nos hallamos ante un objeto contractual completo. Así, si el objeto de nuestro análisis es un contrato de obra para la construcción de un edificio público de nueva planta, nos parecerá claro que ese contrato nada tenga que ver con aquel otro que ha celebrado simultáneamente el mismo órgano de contratación para construir otro edificio público, aunque éste se encuentre en la acera de enfrente. Cada edificio tiene una individualidad propia, aún en el caso de que fueran estructural y estéticamente similares. Sin embargo, la cuestión ya no será tan fácil de resolver, cuando sea llegado el momento de equipar ambos edificios con mobiliario de oficinas. ¿Deberá tomarse como punto de partida para contratar dicho mobiliario el valor estimado global, o se podrá considerar que el equipamiento de cada edificio constituye un valor estimado distinto?
- b) Para responder a cuestiones como la que nos acabamos de plantear, es necesario tener en cuenta que no se puede fraccionar un objeto contractual que constituya una individualidad, fuera de los casos admitidos por la ley para la división en lotes o prestaciones diferenciadas. En el caso de obras, es más fácil apreciar la existencia de dicha individualidad, pues la misma vendrá muchas veces evidenciada por la distinta ubicación física de las obras a ejecutar o la consideración de obra completa que se desprende de su misma configuración física. Sin embargo, en el caso de suministros y servicios, esta apreciación es más difícil, pues los criterios apuntados para identificar las obras no son siempre aplicables. Para determinar la existencia de una individualidad en estos casos, habrá que atender a la homogeneidad de las prestaciones contratadas. Así, cuando no se dé la nota de la homogeneidad, será admisible considerar las distintas prestaciones como entidades independientes no vinculadas entre sí. En el caso de que exista dicha homogeneidad, tanto si se trata de adquirir bienes o servicios en un determinado momento, como si se trata de ir adquiriéndolos a lo largo del ejercicio, concluiremos que todas las adquisiciones forman parte de una

misma individualidad, que vendrá determinada por la homogeneidad de las prestaciones, cuyo valor estimado deberá computarse globalmente.

c) Para resolver las dudas que se susciten, se deberá atender a las circunstancias concurrentes en cada caso, pues ya hemos destacado antes la importancia del criterio subjetivo para determinar en los casos dudosos la admisibilidad legal del fraccionamiento. Así, será fundamental tener en cuenta la finalidad que las partes persiguen con el contrato y las circunstancias que motivan que éstas tengan necesidad de la prestación que constituye el objeto contractual. De esta forma, no existirá fraccionamiento fraudulento del objeto contractual cuando sean distintas la finalidad o circunstancias que motivan la necesidad¹⁴⁶.

d) Partiendo de lo señalado en el punto anterior, y siguiendo el Informe citado, cabe plantear dos situaciones distintas:

- Que los servicios o suministros de que se trate tengan por finalidad satisfacer una necesidad concreta, detectada en un momento determinado, y vayan dirigidos específicamente a la atención de dicha necesidad, siempre que no sea previsible, en el momento de contratar, que vaya a haber necesidad de formalizar nuevos contratos a lo largo del ejercicio para obtener prestaciones similares.
- Que los servicios o suministros, aunque estén destinados a atender necesidades distintas o sucesivas, sean sin embargo previsibles y cuantificables en un momento determinado, o bien que estén destinados a dotar a la Administración de recursos que, a modo de aprovisionamiento general o reservas de almacén, le permitan atender posteriormente un conjunto previsible de necesidades diversas¹⁴⁷. En este caso habrá que ampliar el objeto del contrato para englobar en el mismo todo lo que sea previsible.

3. La contratación de varias prestaciones completas agrupadas.

Así como está prohibido el fraccionamiento fraudulento, si nos situamos en el polo opuesto, debemos interrogarnos sobre la existencia de límites a la posibilidad de agrupar varias prestaciones completas en un solo contrato.

En principio, dejando a salvo los contratos mixtos que tienen su propio régimen, se debería limitar cada contrato a una prestación completa, pues en otro caso se exigirá a los

¹⁴⁶ Informe 1/2010, de 3 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias.

¹⁴⁷ En relación con la previsibilidad, cabe destacar que en todo caso concurrirá esta nota cuando nos encontremos ante alguno de los supuestos definidos en el artículo 88.5 del TRLCSP.

licitadores el cumplimiento de unos requisitos de admisión o de ejecución superiores a los que corresponderían a la contratación autónoma de cada una de dichas prestaciones. Por tanto, dicha agrupación afectará negativamente al principio de concurrencia, pues imposibilitará que algunos licitadores puedan presentarse.

Para evitar esta situación, el TRLCSP permite dos soluciones que evitarían en tales casos limitar la concurrencia competitiva:

- a) Que cada prestación completa constituya un lote, lo que permitirá que se contrate y ejecute autónomamente.
- b) Que, de acuerdo con las condiciones legalmente establecidas, se concluyan acuerdos marco con uno o varios empresarios, que permitan contratar posteriormente las distintas prestaciones completas que sean necesarias.

XII. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN LA CONTRATACIÓN.

A través de la figura del enriquecimiento injusto se han venido pagando por parte de las administraciones públicas trabajos que se habían ejecutado sin respetar los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido se considera que el no proceder al pago de lo efectuado constituye un enriquecimiento no fundamentado para la Administración e injusto para el tercero que había realizado el trabajo o entregado el bien.

Frente a esta interpretación la Jurisprudencia ha venido evolucionando en el sentido de que no toda prestación, por mucho que alguien en la Administración la haya recibido de conformidad, es merecedora de este tratamiento. Así, si en la tramitación legal de un contrato es necesario comprobar que existe un objeto cierto y que es el adecuado para el cumplimiento y realización de los fines de la Administración que se trate, siempre dentro de sus competencias, ese mismo filtro ha de ser aplicado en el caso de prestaciones en las que no existe la cobertura de un procedimiento. El principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa es, en efecto, aplicable a los contratos administrativos, como corrección al postulado de su inalterabilidad. Pero la jurisprudencia, en los supuestos en que ha considerado pertinente su utilización, ha puesto de manifiesto que, para ello, era necesario que el exceso de obras que habían de abonarse al contratista no fuese imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a órdenes de la Administración. Así se ha aplicado dicho principio siempre que las órdenes procediesen de quien para el contratista tuviera apariencia de efectiva potestad.¹⁴⁸

La libertad de pactos para que desde la Administración se contrate y se gaste dinero público no es absoluta. En este sentido el objeto de los contratos es libre siempre que no sea contrario al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración; y además tiene que ser necesario e idóneo para el cumplimiento y realización de los fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello. Así la evidencia que los trabajos realizados o servicios prestados son innecesarios es la nula utilidad que de los mismos aprovecha la Administración pública contratante.¹⁴⁹

¹⁴⁸ STS 20 de diciembre 1983 y STS 28 de enero 2000.

¹⁴⁹ Sentencia 660/2011 Audiencia Provincial de Málaga.

Un aspecto que no podrá ser objeto de un desarrollo amplio en este documento es el de las llamadas “competencias impropias”, especialmente en el ámbito local. Es una cuestión que legislativamente no está resuelta de forma definitiva, pero que en materia de contratación implica un análisis especial al plantear cuál es la necesidad a cumplir con la contratación efectuada.

Como principio general, los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresará en moneda nacional, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido. En todo caso los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado.

Las prestaciones recibidas, así como el procedimiento para la cobertura de las necesidades públicas, no pueden ser cualquiera, sino sólo las idóneas y elegidas voluntariamente por la Administración.

A los efectos de considerar la existencia de un enriquecimiento injusto que avale la realización de pagos por la Administración la Jurisprudencia señala que hay cuatro situaciones cuya única motivación aparente es la de intentar conferir apariencia de legalidad a las actuaciones realizadas. Así, son requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto:¹⁵⁰

- a) Aumento del patrimonio del enriquecido.
- b) Correlativo empobrecimiento del actor, representado por un «lucrum cesans».
- c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento.
- d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.

El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación.

Se trata, por lo general, de supuestos de contratos inexistentes o nulos en los que la Administración se beneficia de obras, servicios o suministros ejecutados por un aparente contratista que los realiza sin vínculo o título jurídico suficiente. A estos casos también se unen las prestaciones «adicionales» no amparadas en el contrato.

¹⁵⁰ STS 15 de abril 2002 entre otras.

Para la aplicación de la institución del enriquecimiento injusto no es necesario que exista negligencia o mala fe o un acto ilícito por parte de la Administración demandada como supuestamente enriquecida, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que es compatible con la buena fe. Por otro lado, la existencia de dolo o mala fe por parte de la Administración, que podría dar lugar a la exigencia de otro tipo de responsabilidades, no basta por sí sola, para dar vida a la figura de enriquecimiento sin causa.

No procede reconocimiento injusto cuando no existe nexo causal, de modo que el empobrecimiento patrimonial del reclamante no es consecuencia del enriquecimiento de la Administración.

A la hora de establecer cuándo nos encontramos ante un enriquecimiento injusto y cuándo ante prestaciones que no pueden ser objeto de contrato, y que por lo tanto no pueden ser pagadas en ningún caso, podemos establecer las siguientes pautas:

Así, los encargos innecesarios los podemos detectar por la nula utilidad de los conceptos ejecutados. En este caso tendríamos actuaciones que de ser pagadas serían sinónimo de pérdida de recursos públicos sin ninguna contraprestación real que cubra una efectiva necesidad.

Otro indicio para considerar cuándo estos pagos son justificados o no es si la Administración cuenta con funcionarios adecuados para la realización de los trabajos, a los que en ningún momento se les ha encargado la realización de la actividad que ahora se pretende cobrar. También que la realización, aparente, de trabajos no podía ofrecer dificultad alguna para cualquier persona que estuviera familiarizado con la Administración cuyos datos se pedían.

Podemos señalar como indicio de que no corresponde aplicar la doctrina del lucro cesante el caso en el que las prestaciones parecen haber sido diseñadas por el tercero y en su beneficio (materiales de precio excesivo, utilización de proyectos previos o de sobrantes de otras obras) más que en el propio de la Administración.

En todo caso, se ha de poner de manifiesto que la utilización de la doctrina del enriquecimiento injusto implica necesariamente el incumplimiento de los principios de contratación administrativa, en tanto en cuanto lo que se produce es la solución a una anomalía jurídica causada justamente por la inexistencia de un adecuado procedimiento, y que podría dar lugar, en muchos casos, a otro tipo de responsabilidades.

Finalmente, cabe destacar que la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha declarado que no en todos los casos el hecho de haberse probado los servicios puede fundamentar la inexistencia de perjuicio a los fondos públicos, pues si dichos servicios no son necesarios o no se ha justificado razonadamente que deben prestarse, originan un daño a los fondos públicos cuando se retribuyen, por lo que no tiene sentido hablar de enriquecimiento injusto por parte de la Administración. Y ello no impide que el empleado contratado pueda percibir las retribuciones que correspondan o las que determine el juez si aquéllas no están fijadas, pero no que la Administración tenga que soportar dicho gasto, el cual debe ser repercutido e imputado al responsable contable (Sentencia 2/2007, de 14 de marzo).



COMISION TÉCNICA DE AUDITORÍA PÚBLICA

a. Serie Documentos:

Documento 1. “Marco General de la Auditoría del Sector Público”

Documento 2. “Auditoría de las subvenciones otorgadas en régimen de concurrencia competitiva”

Documento 3. “Aplicación del muestreo en la auditoría del sector público”

Documento 4. “Auditorías urbanísticas”

Documento 5. “Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo”

b. Serie circulares

Circular 1. “La carta de manifestaciones en la auditoría de entidades del sector público”