

INFORME Y
CONCLUSIONES DE LA
COMISIÓN DE EXPERTOS
PARA EL ESTUDIO Y
DIAGNÓSTICO DE LA
SITUACIÓN DE LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA



AÑO 2004

MINISTERIO DE HACIENDA

Edición

Centro de Publicaciones

Elaboración y coordinación de contenidos

Julia Marchena Navarro

Diseño de interiores

Centro de Publicaciones. Unidad de Autoedición

Fotocomposición

J.A. Diseño editorial

Diseño de Cubierta

Carmen G. Ayala

Impresión y encuadernación

Cofas, AG.

Datos técnicos

Formato: 17 x 24 cm.

Caja de texto: 13 x 20 cm.

Composición: Una columna

Tipografía:

Fuentes: Gill Sans

Cuerpos: 9,5; 10; 11; 14; y 18

Encuadernación: Rústica, cosido al hilo vegetal

Papel:

Interior: Estucado ECF de 90 grs.

Cubierta: Cartulina 280 grs. mate

Tintas:

Interior: 2/2

Cubierta: 4/0

Edita:

© Ministerio de Hacienda

Secretaría General Técnica

Subdirección General de Información, Documentación y Publicaciones

Centro de Publicaciones

Distribución y venta:

Plaza del Campillo del Mundo Nuevo, 3

Teléf.: 91 506 37 63 / Fax: 91 527 39 51

Paseo de la Castellana, 162 - vestíbulo

Teléf.: 91 349 36 47 / Fax: 91 583 53 43

NIPO: 101-04-064-9

ISBN: 84-476-0603-1

Depósito Legal: M-XXXXXX

Índice

PRESENTACIÓN	7
CAPÍTULO INTRODUCTORIO. LA COMISIÓN DE EXPERTOS PARA EL ESTUDIO Y DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
Creación	15
Composición	15
Funciones	17
Razones para su creación	17
Funcionamiento	18
Informe	20
CAPÍTULO I. LA SIGNIFICACIÓN ECONÓMICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA	
Introducción	23
Análisis económico del mercado de la contratación pública	25
CAPÍTULO II. EL MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
1. El ordenamiento jurídico interno	37
2. El marco de la reforma. las nuevas directivas comunitarias	39
3. Las novedades de las directivas	42
El diálogo competitivo	42
La utilización de nuevos medios electrónicos	46
Las especificaciones técnicas	50
La información y la transparencia	51

CAPÍTULO III. LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN INSPIRAR LA REFORMA

1. La transparencia y su relación con el principio de concurrencia	55
2. El principio de publicidad y el principio de concurrencia	56
La razón o fundamento de los principios de publicidad y concurrencia en la contratación de las Administraciones Públicas	57
Las consecuencias de los principios de igualdad y concurrencia en la contratación administrativa	58
3. Eficiencia económica, simplificación administrativa y nuevas tecnologías	60

CAPÍTULO IV. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CONTRATANTES

1. Ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas. Alcance de la definición de organismos públicos	65
Normativa y jurisprudencia comunitaria	65
Normativa nacional	68
2. La contratación pública en las entidades locales	71
Consideraciones generales	71
Reflexiones críticas	73
Colaboración de las Diputaciones Provinciales	75
Problemas específicos	78

CAPÍTULO V. LAS EMPRESAS CONTRATISTAS

1. La clasificación y registro de empresas	87
Contratos sujetos a la exigencia de clasificación	88
Límites cuantitativos de aplicación de la clasificación	89
Duración de las clasificaciones	90
Definición y revisión de los trabajos incluidos en cada subgrupo de clasificación	91
Asignación de categorías en casos especiales	91
Determinación de la solvencia económica y financiera	92
Inclusión del IVA en el cómputo de la experiencia empresarial	93
La exigencia de disposición de medios materiales de la empresa a los efectos de la acreditación de la solvencia técnica de las empresas	94
La facultad del órgano de contratación de exigir al licitador un compromiso de adscripción de medios personales y materiales	95
Acreditación de la solvencia técnica en algunos contratos de obras	96

2. El procedimiento para acreditar los requisitos para contratar con la administración	97
Trasladar la carga de verificación de la documentación sólo a los adjudicatarios	97
Crear registros de licitadores o un Registro único para todas las Administraciones Públicas	99
Establecer un esquema general de clasificación y registro de empresas ..	101
3. Las prohibiciones de contratar con la administración	102
La naturaleza jurídica de las causas determinantes de la prohibición de contratar con la Administración	102
El carácter y naturaleza jurídica de la potestad administrativa en cuya virtud se declara la prohibición de contratar con la Administración y sus consecuencias legales	104
4. Las uniones temporales de empresarios	106
5. Las garantías exigidas para contratar con la administración	108
Sistema de garantías provisionales y definitivas	109

CAPÍTULO VI. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. El objeto del contrato	111
2. Las modificaciones del contrato	115
3. La revisión de precios	118
4. Plazos de pago y financiación	121
Los plazos para el abono del precio del contrato	121
Los anticipos por operaciones preparatorias	123
El abono del exceso de mediciones en el contrato de obras y su financiación	124
5. Los contratos de consultoría y asistencia y de servicios	125
Reflexiones acerca de cuáles son las modalidades de contratos que deben agruparse bajo el artículo 196 de la TRLCAP	125
La duración de los contratos de consultoría, asistencia y de servicios	127
Tratamiento de la información confidencial	128
La propiedad intelectual	129
La gestión integrada de proyectos	130

CAPITULO VII. LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

1. Los procedimientos de adjudicación	131
La valoración acerca de la intensificación del procedimiento restringido	132
La mejora del procedimiento negociado	133
La actualización de los importes máximos de los procedimientos simplificados de contratación	134
2. Las formas de adjudicación	135
La opción entre el concurso y la subasta	135
3. La decisión de adjudicación.....	136
La mejora de la asistencia a los órganos de contratación	136
El compromiso acerca del respeto de las normas de competencia.....	138
El momento de determinación de los criterios de valoración.....	139
Los criterios de adjudicación	140
La regulación de las bajas temerarias	144
La incorporación de nuevos criterios de adjudicación.....	145
CAPÍTULO DE CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	149
ANEXO. RELACIÓN DE MIEMBROS DE LA COMISIÓN	163



Presentación

Desde la aprobación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en 1995 hasta el momento presente, la normativa sobre contratación pública ha sufrido cambios importantes, cuyos hitos fundamentales son la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la anterior Ley, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas y la aprobación mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, de su Reglamento General.

Con estas normas, las Administraciones Públicas cuentan con una regulación coherente, ordenada y moderna, plenamente adaptada a la evolución de nuestro derecho administrativo común y a las exigencias derivadas de la normativa europea en la materia. Lo mejor que puede decirse de este conjunto normativo es que permite tramitar y formalizar miles de contratos de las distintas Administraciones Públicas españolas sin provocar excesivas dificultades de aplicación.

Sin embargo, la inminente aprobación de la nueva Directiva europea en materia de contratación, que unificará la normativa hasta ahora existente, obligará a una nueva reforma de nuestra legislación interna.

El Ministerio de Hacienda, desde el convencimiento de que la contratación pública constituye un instrumento relevante de intervención del Estado en la economía, sus-

ceptible de producir efectos saludables desde el punto de vista de la defensa de la competencia, la modernización de las Administraciones Públicas, la simplificación de procedimientos o el equilibrio de las cuentas públicas, ha considerado conveniente que ese necesario proceso de reforma normativa fuese acompañado de una reflexión estrictamente nacional sobre los nuevos retos a que la legislación sobre contratos administrativos debe dar respuesta.

Entre esos retos se encontraba dar respuesta a los problemas específicos que plantea la contratación en el ámbito local y, más concretamente, en los Municipios de menor tamaño.

A tal fin, y mediante resolución conjunta de la Secretaría de Estado de Hacienda y la Subsecretaría del Departamento de 10 de junio de 2003, se constituyó una comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública.

La Comisión de Expertos estaba integrada por profesionales de experiencia acreditada en la contratación pública procedentes del ámbito académico, empresarial y administrativo.

Desde su constitución, los miembros de la Comisión han realizado un esfuerzo continuado, que ha dado lugar, en un plazo relativamente breve, a un informe de gran alcance, sólo explicable por la altura profesional de quienes, como miembros de la Comisión o como colaboradores de la misma, han contribuido a su elaboración.

Todos y cada uno de los miembros de la Comisión han tenido una contribución relevante para su éxito final. A todos ellos, pues, quiero expresarles aquí mi reconocimiento.

En cuanto a los representantes de distintas asociaciones empresariales, cuya mención personal omito sin que ello reste valor alguno a sus aportaciones, quisiera destacar especialmente su generosidad y altura de miras, apostando siempre por conformar un documento único, que contuviese un análisis compartido de la situación de la contratación pública en España, antes que por imponer sus particulares –y legítimos– intereses y puntos de vista.

Tampoco hubiera podido concluirse un informe como este sin las aportaciones de la Directora General del Patrimonio del Estado, Dña. Marina Serrano, y de los funcionarios de ese Centro Directivo que han participado en los trabajos de la Comisión. En esta y otras iniciativas del Ministerio de Hacienda en la legislatura que en estos días concluye, la Dirección General del Patrimonio del Estado ha dado un magnífico ejemplo de rigor, profesionalidad y compromiso constante de mejora de las Administraciones Públicas.

Algo similar debe decirse respecto del Director de Política Económica, D. José Luis Pascual Pascual, Vicepresidente Segundo de la Comisión, al que se deben lúcidas reflexiones sobre la significación económica de la contratación de las Administraciones Públicas y sus posibilidades de reforma. También en este ámbito debo destacar el trabajo y las aportaciones de D. Joaquín Trigo Portela.

Otro factor fundamental, explicativo del contenido del informe, se encuentra en las valiosas sugerencias realizadas por los técnicos procedentes de la Federación Española de Municipios y Provincias, a los que se debe un capítulo fundamental en el informe, y que nos han ilustrado profusamente sobre las dificultades de aplicación de la normativa vigente en el contexto de los Municipios de menor tamaño.

Tanto para el trabajo cotidiano de la Comisión de Expertos, como para la publicación del presente informe y sus conclusiones hemos contado –como tantas veces en estos años– con la ilusionada colaboración de dos instituciones señeras del Ministerio de Hacienda; el Instituto de Estudios Fiscales y el Centro de Publicaciones del Departamento. Vaya también para ambos mi reconocimiento.

No menos importante ha sido la contribución personal de otros miembros de la Comisión, como los catedráticos de Derecho Administrativo, D. Gaspar Ariño y D. Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, cuyo prestigio científico habla por sí mismo, D. Lluís Cases, D. Vicente López Ibor o D. Rafael Domínguez, todos ellos brillantes juristas, provenientes de distintos ámbitos a los que el informe debe algunas de sus mejores páginas.

Otros profesionales del Ministerio de Hacienda a quien debo un especial reconocimiento son D. Juan Antonio Martínez Menéndez, Interventor Delegado en el Minis-

terio de Economía y Dña. Marta Ganado, del Instituto de Estudios Fiscales. Evidentemente, el informe no hubiera sido el mismo de no contar con su ayuda.

Pero, sin duda, quien ha permitido, que este informe viera finalmente la luz, con su constancia, disciplina y conocimientos jurídicos, ha sido la Secretaria de la Comisión, Dña. Julia Marchena, magnífica funcionaria integrada en el Gabinete Técnico de la Subsecretaría. Los miembros de la Comisión conocen sobradamente la relevancia de su trabajo para el éxito final de esta iniciativa.

Todos ellos han contribuido a elaborar el informe que ahora se publica. Un informe cuya futura repercusión en la reforma sobre contratación en las Administraciones Públicas está todavía por conocer pero que, tanto por la novedad que supone este procedimiento "participativo" y "transparente" de preparación de una reforma legislativa en el ámbito de la contratación, como por el grado de consenso alcanzado en su elaboración entre distintos protagonistas de la contratación pública, como, sobre todo, por lo novedoso de sus planteamientos, puede aspirar a convertirse en punto de referencia para una nueva legislación en la materia.

Por último, una advertencia previa al lector: el presente informe no ha pretendido ni constituir una crítica a la legislación actualmente vigente, ni una reflexión global sobre los muchos aspectos comprendidos en la contratación pública, ni, sobre todo, una toma de posición frente a la nueva directiva europea.

En cuanto a la legislación actualmente vigente no hemos de ser excesivamente rigurosos con ella: como decía al comienzo, nos ha servido bien y son muchos los avances positivos que con cada reforma se han ido introduciendo.

Por su parte, la nueva Directiva europea en la materia constituye un punto de partida obligado para toda reflexión "de futuro" sobre la contratación pública en España. Así lo hemos entendido en la Comisión, que no ha dedicado un instante a cuestionar lo que en ella aparece ya definido.

Se trata, evidentemente, de una reflexión parcial: solamente se han abordado aquellos aspectos que suscitaban la preocupación o se consideraban necesitados de reforma por parte de la mayoría de los miembros de la Comisión. Sirva, pues, nuestro silencio como tácita anuencia a las soluciones aportadas por uno y otro legislador.

En definitiva, no se ha pretendido sino realizar una reflexión abierta sobre el estado de la contratación pública en España y los aspectos en que su futura reforma debería incidir, para convertirla en lo que realmente es: un instrumento de colaboración entre sector público y privado de primer orden. Esa misma idea de colaboración ha presidido los trabajos de la Comisión de Expertos.

Naturalmente, este trabajo deberá ser completado con otros de importancia no menor, como son los paralelamente desarrollados con esos otros agentes fundamentales de la contratación pública que son las Comunidades Autónomas.

Confío sinceramente que este informe y sus conclusiones puedan constituir una aportación valiosa para los trabajos de reforma de la contratación de las Administraciones Públicas que, de hecho, se han iniciado ya.

FRANCISCO URÍA FERNÁNDEZ
Subsecretario de Hacienda
Presidente de la Comisión

INFORME 2004

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

La comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública

Creación

La Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública se crea por medio de Resolución del Secretario de Estado de Hacienda y del Subsecretario de Hacienda de 10 de junio de 2003, como grupo de trabajo de los regulados en el artículo 40, apartado tercero, de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Con fecha 13 de junio se celebra la primera reunión de la Comisión y, entre otras conclusiones, se acuerda que se estudie la posibilidad de dar entrada en aquella a nuevos miembros, expertos en la materia. Así, la composición inicial de la Comisión se modifica posteriormente, en fecha 5 de septiembre de 2003, por medio de otra Resolución conjunta del Secretario de Estado y del Subsecretario, al objeto de dar entrada en aquella, en primer lugar, al Ministerio de Economía por razón de las competencias de este Departamento y, en segundo lugar, a determinadas organizaciones empresariales y profesionales que habían manifestado su interés en participar y colaborar en los trabajos de la Comisión.

Composición

La composición de la Comisión responde a la configuración clásica de un grupo de expertos cuyos miembros han sido seleccionados por razón de su competencia pro-

fesional y especialización en la materia. Al mismo tiempo, con el fin de propiciar el pluralismo en el enfoque de los problemas en el ámbito de la contratación pública los miembros de la Comisión, Vocales, provienen de diferentes ámbitos.

En primer lugar, la Administración General del Estado y, en concreto el Ministerio de Hacienda, ha tenido una presencia destacada en el seno de la Comisión por razón de las competencias que le corresponden en esta materia. La Presidencia de la Comisión ha correspondido al Subsecretario del Departamento, y la Vicepresidencia 1ª a la Directora General del Patrimonio. También se incorporaron a la Comisión como Vocales, el Secretario de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el Subdirector General de Compras, el Subdirector General Clasificación de Contratistas y Registro de Contratos, y la Subdirectora General de Organización Planificación y Gestión de Recursos del Instituto de Estudios Fiscales.

El Ministerio de Economía asumió la Vicepresidencia 2ª de la Comisión Económica a través del Director General de Política Económica y el Interventor Delegado de ese Departamento participó como Vocal.

Por último, el Ministerio de Fomento formó parte de la Comisión en la persona del Abogado del Estado-Jefe del Departamento.

Las Entidades que integran la Administración Local han estado representadas en la Comisión a través de la Federación Española de Municipios y Provincias.

Respecto de la participación de las Comunidades Autónomas el criterio que se adoptó fue abrir un marco de diálogo con ellas, paralelo a los trabajos que llevara a cabo la Comisión. La integración de representantes de las Administraciones Autonómicas en la Comisión hubiera elevado de tal forma el número de miembros, ya de por sí numeroso, de este órgano, que hubiera hecho inviables los cometidos que se le asignaban.

Así pues, la participación de las Comunidades Autónomas en los trabajos de la Comisión, ha tenido lugar por dos vías. En primer lugar, las Consejerías competentes de las respectivas Comunidades remitieron a la Comisión un informe preliminar respecto de los problemas más importantes de la contratación pública que sirvió para elaborar un primer diagnóstico de la situación. En segundo lugar, las dos reuniones de trabajo que, convocadas por el Presidente de la Comisión, han tenido lugar en el espacio de tiempo que han dura-

do los trabajos de este órgano con los responsables de las Comunidades Autónomas, han servido para abrir un diálogo entre las Administraciones Territoriales del Estado, que deberá continuar en el futuro, acerca de las líneas directrices del proceso de reforma.

La representación de sectores empresariales y profesionales recayó en las organizaciones que se relacionan en el Anexo de este informe. También han colaborado con la Comisión, aunque no integrados como Vocales de la misma, aquellas otras organizaciones y expertos que así lo deseaban, de acuerdo con la previsión que contiene el apartado quinto de la Resolución de 10 de junio.

La composición de la Comisión se completa con los Vocales provenientes del ámbito de la Universidad, expertos en derecho público, y con el miembro español del Comité Consultivo en materia de apertura de la contratación pública de la Comisión Europea.

Funciones

De acuerdo con el apartado segundo de la Resolución de 10 de junio, el cometido que se le encomienda a la Comisión es *«la elaboración, en el plazo más breve posible, de un informe sobre el estado de situación de la contratación pública en España y propuestas de reforma normativa»*.

Las directrices para la elaboración del informe se contienen en el propio texto de la Resolución pues éste debe *«contener un análisis y diagnóstico de la situación actual en materia de contratación pública que identifique aquellos aspectos que es conveniente desarrollar, adaptar o modificar para conseguir que este importante segmento de la actividad económica se desarrolle de forma fluida y eficaz –reduciendo costes para las Administraciones y los contratistas– y contribuya, a través de mecanismos ágiles y transparentes de contratación, a estimular la competitividad de la economía española»*.

Razones para su creación

Como se expone en el preámbulo de la Resolución de 10 de junio, la creación de la Comisión obedece a las siguientes razones:

En primer lugar, se indica que los procesos de contratación pública se inscriben en el marco que determinan las Directivas comunitarias. La necesaria transposición de la nueva Directiva comunitaria de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, de suministros y de servicios obligará a una nueva reforma de nuestra legislación.

La nueva Directiva responde a los siguientes objetivos de la política de la Unión Europea en materia de mercados públicos:

La creación de condiciones de concurrencia para la adjudicación no discriminatoria de los contratos, fomentado la competencia.

La asignación racional de los fondos públicos seleccionando la mejor oferta, mediante procedimientos lo más sencillos y económicos posibles.

El acceso de los suministradores a un verdadero mercado único, reforzando la concurrencia entre las empresas europeas.

En segundo lugar, se señala que el proceso de reforma del marco normativo de la contratación hay que abordarlo, también, desde la perspectiva nacional, atendiendo a los objetivos de otras políticas públicas íntimamente relacionadas con aquella, como son la necesidad de avanzar en la introducción de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y mejorar la competencia en los sectores regulados, de acuerdo con las recomendaciones emanadas de los órganos y Comisiones reguladoras.

Funcionamiento

El Presidente de la Comisión, de acuerdo con la previsión contenida en el apartado cuarto de la Resolución, debía establecer el calendario de sesiones, así como el método de trabajo.

En la sesión constitutiva de la Comisión, celebrada el 13 de junio, se estimó que el método de trabajo más eficaz sería la elaboración de ponencias respecto de aquellos temas que se seleccionasen como más relevantes. En cuanto al calendario de tra-

bajo se acordó que el plazo de tiempo para la conclusión de los trabajos de la Comisión debía ser corto.

La siguiente reunión de la Comisión tuvo lugar el 19 de septiembre, una vez que se publicó la Resolución de fecha 5 de septiembre aprobando la composición definitiva de la misma. En esta reunión, los diecinueve Vocales de la Comisión, así como el Presidente y Vicepresidentes, se dividieron en seis subgrupos de trabajo encargados de elaborar las ponencias de los siguientes temas.

- *Reforma de la contratación pública y transparencia.*
- *Contratación, competencia y sistemas de selección de contratistas. Nuevas tendencias y garantías del interés público.*
- *Contratos de consultoría y asistencia y de servicios.*
- *La contratación pública en las Entidades Locales.*
- *Eficiencia económica, costes, precios y pagos.*
- *La simplificación de la contratación pública y las nuevas tecnologías de la información.*

Simultáneamente, al objeto de imprimir celeridad a los trabajos, se acordó que cada subgrupo de trabajo debía presentar la ponencia que elaborase en el Pleno de la Comisión, de acuerdo a las previsiones de un calendario de reuniones.

Los seis subgrupos de trabajo constituidos en el seno de la Comisión han celebrado un gran número de reuniones durante el periodo de tiempo transcurrido entre los meses de octubre y enero para debatir, analizar y elaborar los temas de las respectivas ponencias.

El Pleno de la Comisión ha celebrado un total seis reuniones de trabajo en las siguientes fechas:

- *13 de junio 2003*
- *19 de septiembre 2003*
- *7 de noviembre 2003*

- 5 de diciembre 2003
- 12 de diciembre 2003
- 16 de enero 2004

Las reuniones de Plenario celebradas han servido para presentar y debatir las ponencias elaboradas por los subgrupos de trabajo. A tal efecto, después de la presentación en el Pleno, a través de la Secretaría de la Comisión, se canalizaban las observaciones que formulaban los miembros de la Comisión.

El Pleno de la Comisión ha sido convocado, por última vez, el día 2 de abril con la finalidad de realizar la presentación del informe.

Informe

Una vez presentadas y debatidas por la Comisión las seis ponencias de trabajo, se presenta este informe que representa el cumplimiento del encargo encomendado a la Comisión en las Resoluciones de fecha 10 de junio y 5 de septiembre del Secretario de Estado de Hacienda y Subsecretario.

En este informe se recogen ordenadas sistemáticamente las reflexiones más relevantes de las ponencias. Es necesario destacar que el contenido del informe refleja fielmente el análisis que, respecto de cada uno de los temas señalados como objeto de estudio, desarrollan las ponencias antes mencionadas. En el proceso de elaboración del informe se ha tenido especial cuidado en ordenar las reflexiones en torno a un esquema lógico evitando, al mismo tiempo, las duplicidades o solapamientos existentes entre las distintas ponencias. A tal efecto, la estructura del informe que se presenta es la siguiente:

El *Capítulo I* está dedicado al análisis de la significación económica del mercado de la contratación pública en España a partir del estudio de los datos disponibles.

El *Capítulo II* se centra en el estudio del marco normativo de la contratación pública y las perspectivas de su reforma. En él se estudian las novedades más significativas que incorpora la nueva Directiva comunitaria.

El *Capítulo III* lleva la rúbrica de los principios inspiradores de la reforma: la transparencia como principio transversal de la reforma; la concurrencia; la publicidad; la simplificación de los procedimientos y la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones como factor estratégico de cambio.

El *Capítulo IV*, bajo el título de las Administraciones contratantes, analiza dos temas de especial significación. El primero de ellos, es el ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de contratos a la luz de la jurisprudencia comunitaria respecto de los organismos públicos. El segundo, es el análisis de los problemas de las entidades locales, en especial las de menor tamaño, en la aplicación de la legislación de contratos.

El *Capítulo V*, cuyo título es las empresas contratistas, agrupa un pormenorizado análisis de los problemas más destacados así como de posibles líneas de reforma para su solución respecto de: la acreditación de los requisitos para contratar; la clasificación y registro de empresas; las prohibiciones para contratar; las uniones temporales de empresarios; las garantías.

El *Capítulo VI*, con el título del contrato administrativo, agrupa, por un lado, temas generales como son el objeto del contrato; sus modificaciones; la revisión de precios y los plazos de pago y, por otro, contiene, también, el análisis de los principales problemas que se observan en la tipología de los contratos de consultoría y asistencia y de servicios.

El *Capítulo VII* lleva el título de los procedimientos de contratación y sus tres apartados se centran en el estudio de las siguientes cuestiones: los procedimientos de adjudicación; las formas de adjudicación y la decisión de adjudicación. En cada uno de ellos, se realiza no solo un análisis detallado de los principales problemas que se observan sino también una propuesta de cuáles deberían ser los criterios orientadores de la reforma.

Por último, el informe de la Comisión de Expertos se cierra con un *Capítulo de conclusiones y recomendaciones* que contiene un resumen de aquellas que, a lo largo de los Capítulos precedentes, se han ido formulando y que por su especial significación se presentan agrupadas en un Capítulo único.



CAPÍTULO I

La significación económica de la contratación pública en España

Introducción

Apenas existen en la actualidad estudios capaces de proporcionar, de una manera completa y sistemática, una información y valoración suficiente sobre la significación económica de la contratación pública en España. Es posible localizar abundantes datos, generalmente de naturaleza sectorial, sobre volumen económico de determinadas licitaciones, pero no una información agregada y suficientemente rigurosa en términos estadísticos que permita determinar con la imprescindible concreción qué representa en la actualidad la contratación pública española medida, entre otros parámetros, en uno fundamental, en términos de Producto Interior Bruto.

Naturalmente interpretamos a estos efectos el concepto de contratación pública como aquella que contratan o adjudican las Entidades sujetas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su condición de poderes adjudicadores, pero también las Entidades y empresas que lo hacen, desde aquella misma calificación de Entidades contratantes, al amparo y en el marco de los requisitos y exigencias contractuales y procedimentales que se derivan de la denominada Ley de los sectores excluidos.

De conformidad con lo señalado, este primer Capítulo del informe pretende poner de relieve tres aspectos: en primer lugar, recordar en qué medida los procesos de inversión pública constituyen un factor importante en la evolución de los modelos

económicos, por razones de solidaridad pero también de eficiencia, en la búsqueda de un ordenado y equilibrado proceso de crecimiento económico; asimismo, se pretende subrayar la dificultad para obtener una información suficientemente completa de la dimensión económica de la contratación pública y regulada en España; pero, por último, no se ha querido dejar de expresar, en la medida en que esto ha resultado posible en el marco de los trabajos de la Comisión de Expertos, el estado de situación económica, fundamentalmente en el ámbito de la licitación de la obra pública, de acuerdo con las fuentes disponibles y sin perjuicio del reiterado reconocimiento de tener la convicción de que los datos aportados ofrecen en la actualidad una información estadística imprescindible pero insuficiente a los fines de nuestro trabajo.

Como es sabido, la inversión pública constituye un destacado factor del modelo de desarrollo en una nación, siendo un requisito necesario, aunque no siempre suficiente, para generar los niveles deseables de crecimiento económico. Su función es doble: por un lado puede impulsar la actividad económica a través de la demanda, y por otra parte, debe contribuir a mejorar la eficiencia del proceso productivo.

En tanto que motor de la eficiencia, la cuantía y la composición del capital público son relevantes en sí mismas, pero lo son especialmente si van acompañados, entre otros factores, de un tejido empresarial sólido y de un elevado grado de apertura al exterior que incremente el grado de uso del capital público.

El componente de solidaridad implícito de la inversión pública debe evitar que ésta tenga un efecto puntual, buscando su repercusión y beneficios en el largo plazo. Por otro lado, con el fin de evitar tensiones, se debe velar porque las zonas receptoras de capital público no excedan las dotaciones de capital público de las zonas contribuyentes.

La selección de las obras de inversión viene impuesta, en su conjunto, por los recursos disponibles y, en el orden de ejecución, por la escala de prioridades que a su vez, debe buscar un necesario equilibrio entre un doble imperativo: el de la *eficiencia*, que insta a anteponer los proyectos de mayor intensidad de uso y efecto multiplicador en la actividad económica y empleo; y el de la *solidaridad*, que contribuye a la expansión de las áreas de menor renta relativa.

Desde el punto de vista práctico las cuestiones de procedimiento son cruciales para la eficiencia en las decisiones de inversión y adquisición de suministros. Los principios de publicidad, concurrencia y transparencia sirven al propósito múltiple de respetar la igualdad de oportunidades, ampliar el abanico de las opciones asequibles, garantizar la lealtad competitiva, lo que contribuye a la reducción de costes, el aumento de la calidad, la reducción de plazos de ejecución y la mejora del conjunto de características de cada proyecto. La ponderación del coste directo y la funcionalidad pretendida, sus expectativas de duración y, cuando proceda, la modalidad de financiación, permiten optimizar el uso de recursos y obtener el resultado apropiado en cada caso.

Si se considera que entre 1970 y 2002 la media de la inversión pública respecto al gasto supuso el 15,2% del total, las consideraciones de eficiencia tienen un papel crucial que se extiende más allá de esta cifra pues todo proceso de inversión da lugar, en los ejercicios posteriores, a un flujo de gasto corriente. Los pasos previos de ejecución del proyecto deben anticipar el flujo posterior de gastos de funcionamiento y mantenimiento, aspectos que deben ser tenidos en cuenta en cada licitación.

Para obtener la mayor eficiencia el proceso de contratación pública, es necesario, pues, que se lleven a cabo correctamente los procedimientos y se respeten los principios que lo sustentan.

Análisis económico del mercado de la contratación pública

La Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea ha señalado un valor total de los contratos públicos, expresado como porcentaje del PIB, del 13,02 por ciento para España, en el año 2002, con base en las informaciones publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, en los datos proporcionados por el INE a Eurostat para las cuentas nacionales y en sondeos en el ámbito de los «sectores especiales».

De acuerdo con los datos del Ministerio de Fomento reflejados en el gráfico 1 y referidos sólo a la actividad de construcción, el importe de la licitación pública durante el ejercicio 2002 ascendió a 22.474 millones de euros para el conjunto de las Administraciones Públicas.

Como puede observarse en el gráfico 1, esta cifra ha supuesto un incremento del 31,9 por ciento respecto de la media del periodo 1998-2002 y un 17,6 por ciento más que en 2001.

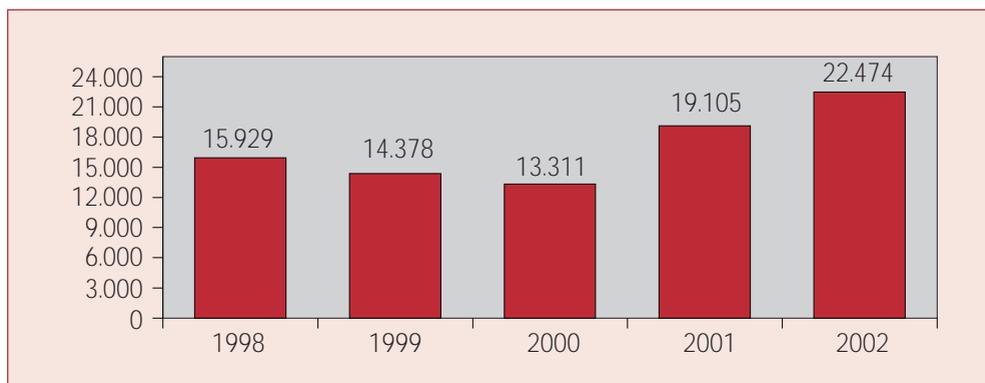


Gráfico 1. Licitación oficial 1998-2002 (millones de euros)

Fuente: M° de Fomento.

Dicha tendencia, observada en la licitación de obras públicas, se ve confirmada para el conjunto de la contratación pública por los datos de adjudicaciones de contratos comunicados al Registro Público de Contratos en el periodo 1999-2001, y que se muestran en el gráfico número 2.

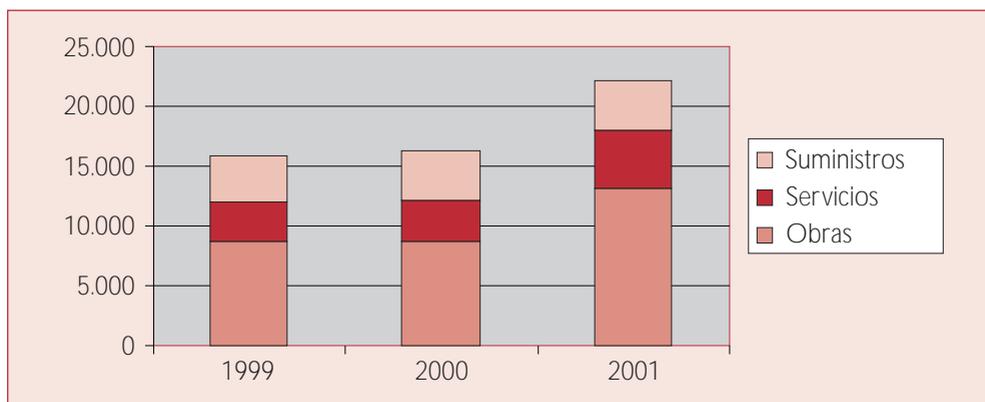


Gráfico 2. Adjudicación de contratos públicos 1999-2001 (millones de euros). Fuente: Registro Público de Contratos. Ministerio de Hacienda. Las cifras de servicios incluyen los contratos de consultoría y asistencia.

En cuanto a la evolución de la estructura de la contratación pública y su distribución por tipos de contrato, el gráfico número 3 permite apreciar una participación predominante de los contratos de obras en el importe total de la contratación pública, así como una tendencia a la acentuación de dicha situación de predominio.

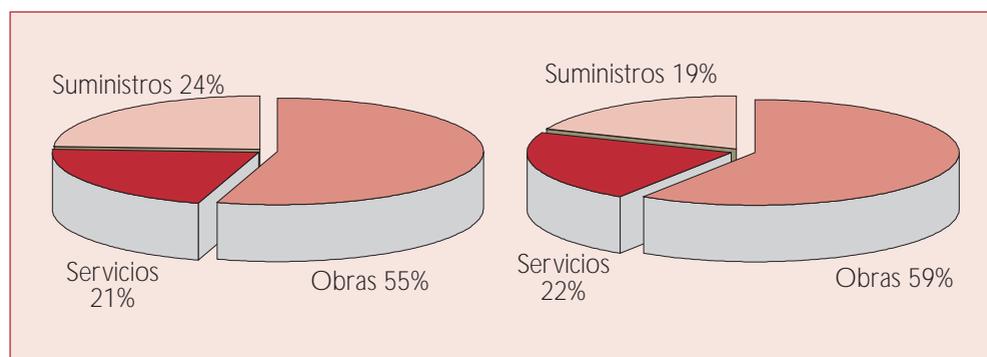


Gráfico 3. Evolución de la contratación pública por tipos de contrato. Fuente: Registro Público de Contratos. Ministerio de Hacienda. Las cifras de servicios incluyen los contratos de consultoría y asistencia.

Licitación por mercado de obra

El cuadro 1 muestra la licitación oficial por tipo de obra en el periodo 1998-2002. En el año 2002 se produjo un aumento de un 17,6%, produciéndose un fuerte incremento medio anual de la licitación de obras de Ingeniería Civil (25,3 por ciento) y un moderado aumento (3,8 por ciento) en el volumen licitado de obras de edificación.

En el gráfico 4 podemos apreciar el grado de participación en el montante total de obras en ingeniería civil, correspondiendo el mayor peso a las carreteras (con una participación del 46,4 por ciento en 2002) seguida de las obras de infraestructura ferroviaria con un 18,4 por ciento. El resto de obras representó con un 8,9 por ciento (aunque se trata de un incremento en relación al año anterior 19,1 por ciento, pierde peso relativo en relación a dicho año) En cuanto al conjunto de obras de ingeniería civil de 2002, se mantiene el porcentaje de participación con respecto a la media del periodo con un 68,5 por ciento del total licitado.

Años	Total		Edificación		Ingeniería civil	
	Millones de euros	Variación interanual	Millones de euros	Variación Interanual	Millones de euros	Variación Interanual
1998	15.929,3	46,8	4.389,5	29	11.539,8	55
1999	14.378,4	-9,7	4.335,7	-1,2	10.042,7	-13
2000	13.311,2	-7,4	4.207,5	-3,2	9.103,7	-9,4
2001	19.105,5	43,5	6.820,5	62,1	12.284,9	34,9
2002	22.474,4	17,6	7.078,8	3,8	15.359,6	25,3

Cuadro 1. Licitación oficial por tipología de la obra. 1998-2002. Fuente: M° de Fomento.

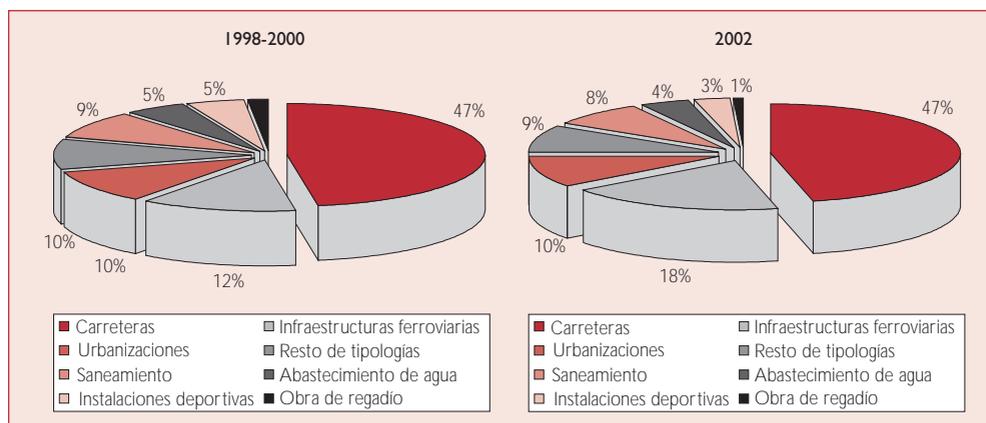


Gráfico 4. Evolución de la licitación por tipología de obra de ingeniería civil (distribución porcentual). Fuente: M° de Fomento

Las obras de infraestructura ferroviaria son las que han tenido una variación relativa más positiva en el año (su participación aumenta 5,7 puntos porcentuales respecto a la media del periodo 1998-2002)

En el cuadro 2 se recogen los presupuesto máximos y mínimos, así como los coeficientes de concentración, de los que se deduce que son las obras del resto de los

tipos las que han presentado menos fluctuaciones en los volúmenes anuales de sus licitaciones a lo largo de todo el periodo 1998-2002. En el extremo opuesto, las obras correspondientes a instalaciones deportivas, infraestructura ferroviaria y abastecimiento de agua presentan los mayores coeficientes de concentración.

	Licitación media 1998-2002	Licitación máxima	Licitación mínima	Diferencia	Coefficiente de concentración
Carreteras	5.558,7	7.150,8	4.116,2	3.034,6	0,546
Saneamientos	991,6	1.261,2	691,6	569,6	0,574
Infraestructuras Ferroviaria	1.476,7	2.828,4	472,5	2.355,9	1,595
Instalaciones deportivas	561,0	1.225,2	287,6	937,6	1,671
Abastecimiento de agua	569,7	830,6	325,6	505,0	0,886
Obras de regadío	199,6	280,8	114,4	166,4	0,834
Resto de tipologías	1.110,4	1.365,1	949,0	416,1	0,375

Cuadro 2. Licitaciones y coeficientes de concentración por tipología de obra de ingeniería civil (millones de euros). Fuente: M^o de Fomento.

Licitación por agente contratante

En cuanto al agente contratante, en cifras absolutas, en el año 2002, aumentó la proporción contratada por los Entes Territoriales respecto al total de la licitación pública. Estos datos destacan el incremento experimentado en la licitación por las Comunidades Autónomas.

En el cuadro 3 se recoge, para los años 2001 y 2002, la licitación oficial total según los organismos que, como agentes contratantes, han intervenido en la gestión de la contratación pública.

Agente Contratante	2001	2002	Variación Interanual (%)
Estado y S. Social	4.071,90	4.375,8	7,5
Mº de Fomento	2.771,30	3.643,0	31,5
Mº de Medio Ambiente	449,7	385,6	-14,2
Resto Estado y S. Social	850,9	347,2	-59,2
Entes Territoriales	14.481,40	17.341,0	19,8
Comunidades Autónomas	7.075,00	9.784,6	38,3
Ayuntamientos	6.162,30	5.901,7	-4,2
Resto de Entes	1.244,10	1.654,7	33,0
Organismos Autónomos	552,10	757,6	37,2
Mº de Fomento	0,80	2,1	162,5
Mº de Medio Ambiente	226,20	491,0	117,1
Resto Estado y S. Social	325,10	264,5	-18,6
Total	19.105,40	22474,4	17,6

Cuadro 3. Licitación por agentes contratantes (millones de euros).

Fuente: Mº de Fomento

El aumento de la contratación pública se ha debido, principalmente, al incremento del volumen de la obra licitada por los Organismos Autónomos y Entes Territoriales (en 2002 han contratado un 20,4 por ciento más que el año anterior). Destacan, también, los diferentes Ministerios, con un aumento de su participación del 31,5 por ciento respecto al año 2001, así como la Seguridad Social que lo hizo en 7,5 puntos porcentuales.

Los Entes Territoriales tuvieron un crecimiento del 19,8 por ciento, con una subida de su participación de 1,4 puntos porcentuales. La licitación de las Comunidades Autónomas aumentó en un 38,3 por ciento, incremento superior tanto al experimentado por la Administración General del Estado como por la Seguridad Social.

Se registró un ligero descenso del volumen de obra licitada por los Ayuntamientos (-4,2 por ciento) y, en cambio, el resto de los Entes Locales tuvo un aumento (33,0 por ciento). Por su parte, los Organismos Autónomos han licitado un 37,2 por ciento más que en el año 2001.

La información contenida en el gráfico 5 permite apreciar la evolución de la distribución de la licitación oficial por agentes contratantes desde 1998 hasta la actualidad.

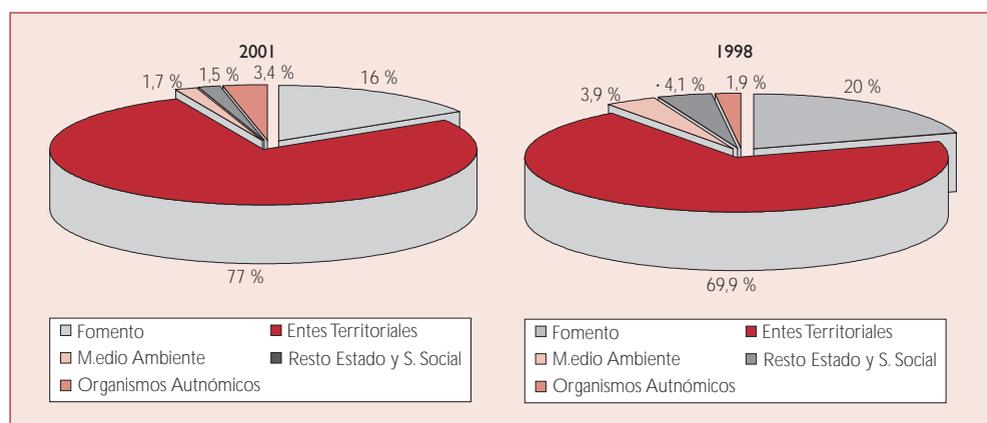


Gráfico 5. Evolución de la licitación por agente contratante (distribución porcentual).

Fuente: M° de Fomento

Las cifras contenidas en este gráfico demuestran el cambio estructural de la licitación oficial que se ha producido entre los años 1998 y 2002 como consecuencia, fundamentalmente, del crecimiento absoluto y relativo experimentado en la participación de los Entes Territoriales, (69,9 por ciento en 1998 y 77,2 por ciento en 2002), así como por la paralela pérdida sufrida por la Administración General del Estado y la Seguridad Social (en particular, por sus principales agentes inversores, Ministerios de Fomento y de Medio Ambiente, que han pasado conjuntamente del 24,1 por ciento en 1998 al 17,9 por ciento en el año 2002.)

Como podemos apreciar en el cuadro 4, se han licitado alrededor de 20.000 obras con un importe medio de 1,3 millones de euros por obra. En las obras menores a seis

millones de euros, las Entidades Locales representan el 67,1% del total. Las obras superiores a seis millones de euros, tanto las de la Administración General del Estado como las de las Comunidades Autónomas, representan el 37,9% del total. Es de destacar que este cuadro incluye las entidades públicas empresariales y los entes públicos, dependientes de la Administración General del Estado.

Obras de importe inferior a seis millones de euros				
	Nº de Obras		Importe de las Obras (millones de €)	
	Total	%	Total	%
A. General	2.116,0	10,8	1.877	18,2
CC.AA	4.338	22,1	3.378	32,8
A. Local	13.152	67,1	5.052	49
Total	19.606	100	10.307	100

Obras de importe superior a seis millones de euros				
	Nº de Obras		Importe de las Obras (millones de €)	
	Total	%	Total	%
A. General	256	37,9	7.583	47,6
CC.AA	256	37,9	6.142	38,6
A. Local	163	24,2	2.202	13,8
Total	675	100	15.927	100

Cuadro 4. Importe y número de obras licitadas
 Fuente: SEOPAN. Construcción. Informe Anual 2002.

Licitación por Comunidades Autónomas

En el cuadro 5 se recoge la información estadística disponible sobre la licitación de obras por las Comunidades Autónomas.

Comunidad Autónoma	2001		2002		Promedio	Licitación anual	Licitación promedio	Licitación promedio
	Millones de euros	Participación en el total (%)	Millones de euros	Participación en el total (%)	Variación 2002/01 (%)	1998-02 (millones de euros)	anual/ 103 km ² millones de euros)	anual/ 103 hab. (millones de euros)
Andalucía	1.710,3	9,0	2.727,3	12,1	59,5	1.786,9	20,4	238,3
Aragón	988,4	5,2	880,1	3,9	-110,0	731,1	15,3	609,3
Asturias, P. de	626,6	3,8	650,3	2,9	3,8	631,4	59,5	574,0
Baleares, Illes	521,2	2,7	4085,4	1,8	-22,2	361,4	72,4	401,6
Canarias	515,8	2,7	801,6	3,6	55,4	635,5	85,3	353,1
Cantabria	560,1	2,9	515,6	2,3	8,0	426,4	80,1	852,8
Castilla-La Mancha	388,9	2,0	1.121,3	5,0	188,3	697,7	8,8	387,6
Castilla y León	1.750,9	9,2	1.608,2	7,2	-8,2	1.397,0	14,8	558,8
Cataluña	3.866,4	20,2	4.900,1	21,8	26,7	3.124,5	97,3	480,7
C. Valenciana	1.930,8	10,1	1.922,5	8,6	-0,4	1.632,7	70,2	379,7
Extremadura	514,4	2,7	809,5	3,6	57,4	524,5	12,6	476,8
Galicia	702,1	3,7	1.161,1	5,2	65,4	704,1	23,8	260,8
Madrid, C. de	2.666,8	14,0	2.053,2	9,1	-23,0	2.189,5	272,3	398,1
Murcia, Región de	418,0	2,2	395,6	1,8	-5,4	400,1	35,4	333,4
Navarra, C. Foral de	269,0	1,4	609,7	2,7	126,7	313,5	30,2	522,5
País Vasco	1.098,4	5,8	1.367,0	6,1	24,5	1.028,4	142,2	489,7
Rioja, La	164,4	0,9	371,8	1,7	126,2	204,2	40,5	680,7
Ceuta y Melilla	146,4	0,8	39,9	0,2	-72,7	58,1	1.117,3	399,8
Total	19.105,4	100,0	22.474,4	100,0	17,6	17.039,8	33,7	407,7

Cuadro 5. Licitación por Comunidades Autónomas.

Fuente: M^o de Fomento.

Los resultados indican que cuatro Comunidades Autónomas: Cataluña (21,8 por ciento), Andalucía (12,1 por ciento), Comunidad de Madrid (9,1 por ciento) y Comunidad Valenciana (8,6 por ciento), absorben cerca del 52 por ciento del volumen total licitado, de forma similar a lo que sucedió en el año 2001 y en años anteriores. En la mayoría de las Comunidades Autónomas, se registraron variaciones positivas en el volumen de obra licitada en el año 2002.

Las Comunidades Autónomas, en cuyo territorio se licitó en el año 2002 un volumen de obra superior a los 1.000 millones de euros han sido enumeradas, en orden decreciente: Cataluña, Andalucía, Comunidad de Madrid, Comunidad Valenciana, Castilla y León, País Vasco, Galicia y Castilla La Mancha.

El análisis de cuáles son los agentes institucionales que con sus propios recursos presupuestarios intervienen en mayor grado en la creación de todo tipo de infraestructuras básicas del país, se observa en el cuadro 6 que proporciona información sobre los coeficientes de participación en la licitación total de los distintos agentes contratantes durante los años 1998 y 2002.

Se observa que en el año 2002 el Estado tiene un grado de participación elevado, por encima de la media nacional, en las siguientes Comunidades: Principado de Asturias, Cantabria, Aragón, Extremadura, Galicia, Andalucía, Castilla y León, Canarias, Castilla– La Mancha y Comunidad de Madrid. El mayor peso de los Entes Territoriales como agentes licitadores corresponde al País Vasco, Comunidad Foral de Navarra, Cataluña, La Rioja, Comunidad Valenciana, Islas Baleares y Región de Murcia.

Comunidades autónomas	1998			2002		
	Estado y S. Social	Entes Territoriales	Organismos Autónomos	Estado S. Social	Entes Territoriales	Organismos Autónomos
Andalucía	32,3	66,3	1,5	27,4	68,8	3,8
Aragón	63,1	35,6	1,4	54,3	44,2	1,5
Asturias, P. de	41,5	57,9	0,6	58,0	39,9	2,1
Baleares, Illes	14,6	85,1	0,3	10,3	89,1	0,6
Canarias	32,0	67,7	0,3	26,5	73,0	0,5
Cantabria	56,8	41,9	1,3	56,9	42,7	0,4
Castilla-La Mancha	53,6	43,1	3,3	22,3	57,6	20,1
Castilla y León	21,1	75,9	3,0	27,4	67,5	5,1
Cataluña	15,4	84,3	0,3	2,4	97,4	0,2
C. Valenciana	23,6	76,2	0,2	7,6	91,6	0,8
Extremadura	44,2	53,9	1,9	32,3	65,2	2,5
Galicia	24,5	71,2	4,3	32,0	65,8	2,2
Madrid, C. de	16,2	79,2	4,6	21,9	69,2	8,9
Murcia, Región de	21,9	75,7	2,4	9,6	87,9	2,5
Navarra, C. Foral de	0,5	99,4	0,1	0,9	98,7	0,4
País Vasco	10,9	88,9	0,2	0,9	98,9	0,2
Rioja, La	44,1	54,9	1,0	6,4	92,4	1,2
Ceuta y Melilla	28,9	66,8	4,3	19,2	72,0	8,8
Total	28,2	69,9	1,9	19,5	77,1	3,4

Cuadro 6. Distribución Licitación por comunidades Autónomas (Porcentaje).

Fuente: M^o de Fomento.



CAPÍTULO II

El marco normativo de la contratación pública

I. El ordenamiento jurídico interno

Las normas que rigen en España la contratación administrativa han sido objeto, desde el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado de 1965, de numerosas modificaciones para su adaptación al marco constitucional y, en particular, a las Directivas comunitarias.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, tuvo entre sus objetivos incorporar al Derecho interno la legislación comunitaria recogida en las Directivas de contratación pública, a salvo la concerniente a los sectores excluidos que tuvo su reflejo en la Ley 48/1998, de 30 de Diciembre.

La Ley 13/1995 y la Ley 53/1999, refundidas en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) junto con su Reglamento General, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, conforman el ordenamiento básico regulador de la contratación administrativa.

Se dispone de un cuerpo normativo completo, técnicamente correcto y, en lo esencial, bien adaptado al Derecho comunitario, que ha venido siendo capaz de satisfacer, en materia contractual, las necesidades del sector público y de las empresas. No

obstante, se estima que también existen los siguientes motivos para acometer una modificación de la normativa de contratación pública.

La necesidad de completar, dando cumplimiento a las recientes sentencias del TJCE de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003, la transposición de las Directivas comunitarias en aspectos tales como la extensión de su ámbito subjetivo a todas las empresas de Derecho privado indirectamente controladas, administrativa o financieramente, por las Administraciones Públicas, evitando lo que un sector de la doctrina científica ha dado en llamar «la huida del derecho administrativo». La Ley 62/2003, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha resuelto parcialmente esta cuestión mediante una nueva redacción al apartado 1 del artículo 2 y a la Disposición adicional sexta del TRLCAP. (en el Capítulo IV se analiza detenidamente este aspecto)

La necesaria adaptación a las nuevas Directivas de Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, de suministros y de servicios. En particular, la legislación española deberá incorporar los siguientes términos y modalidades procedimentales que se recogen en éstas:

- cálculo del valor de los contratos.
- centrales de compras.
- exclusiones específicas en el ámbito de las telecomunicaciones.
- concesiones de servicios.
- contratos reservados.
- condiciones de ejecución del contrato de tipo social o medioambiental.
- diálogo competitivo.
- casos que justifican el recurso al procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación.
- acuerdos marco.
- sistemas dinámicos de adquisición.

- redacción y modalidades de publicación de los anuncios, plazos de recepción de las solicitudes de participación y de las ofertas.
- verificación de la aptitud y selección de los participantes, adjudicación de los contratos, situación personal del candidato o del licitador, capacidad económica y financiera, capacidad técnica y profesional, normas de garantía de calidad, normas de gestión medioambiental.
- utilización de subastas electrónicas.
- exclusiones del ámbito de aplicación de determinadas concesiones, adjudicación de obras complementarias al concesionario, etc.

La necesaria adecuación de la legislación de contratos a las Entidades Locales. En el Estado se integran 8.108 municipios de los cuales 6.925 son inferiores a 5.000 habitantes. La escasez de medios que se observa en los municipios pequeños dificulta el cumplimiento de trámites y requisitos exigidos por la Ley.

La conveniencia de simplificar y flexibilizar los procedimientos de contratación que reduciría, en última instancia, el precio del contrato; así como de clarificar determinados aspectos que originan dificultades interpretativas e inseguridad jurídica.

2. El marco de la reforma. Las nuevas directivas comunitarias

Los dos objetivos centrales del proceso de reforma de la contratación pública en la Unión Europea, puestos en marcha a principios de la década de los setenta, no son otros que favorecer la apertura a la competencia en este sector y aumentar su nivel de transparencia. A ello han tratado de dar respuesta progresivamente los sucesivos paquetes legislativos de reforma, primero de la contratación de obras, suministros y servicios de las Administraciones Públicas, y más tarde la correspondiente a los denominados sectores excluidos¹.

¹ El resultado de la progresiva actuación normativa de las instituciones comunitarias en el ámbito de la contratación pública y regulada se ha traducido en la aprobación de las normas siguientes: Directiva 88/295/CEE, de 22 de marzo, sobre contratos públicos de suministro; Directiva 89/440/CEE, de 18 de

Las sucesivas reformas de las Directivas comunitarias han pretendido reforzar la aplicación a la contratación pública de principios tales como los de libre circulación de mercancías, derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, eliminación de restricciones, igualdad de trato y no discriminación, competencia efectiva y transparencia.

El ordenamiento jurídico español ha ido incorporando a nuestro Derecho las reformas comunitarias de la contratación pública, cuyo objetivo último es establecer las condiciones que favorezcan la creación de un mercado interior de la contratación pública, a fin de superar las ineficiencias económicas y la pérdida de competitividad real que supone la cautividad y compartimentación de los mercados nacionales.

El mercado único reclama una apertura real en cada Estado miembro y verdadera transparencia de las transacciones en cumplimiento de los principios de publi-

julio, sobre contratos públicos de obra; Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y obras; Directiva 90/531/CEE, de 29 de octubre, relativa a los procedimientos de formalización de los contratos de las entidades que operan en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; Directiva 92/43/CEE, de 25 de febrero, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operan en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra; Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, de los transportes y las telecomunicaciones; Directiva 2001/78/CEE, de la Comisión, de 13 de septiembre, sobre utilización de formularios para la publicación de los anuncios de contratación.

Asimismo, debe subrayarse que en la actualidad se encuentra en fase de tramitación parlamentaria la transposición de la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, cuya recepción en nuestro derecho interno se inscribe también, en buena medida, en el ámbito de reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Entendemos, sin embargo, que el examen y apreciación de esta normativa escapa del alcance de este Informe al encontrarse ya situado su examen y debate en sede parlamentaria.

cidad y concurrencia. Además, exige, un mínimo de homogeneidad contractual en cada Estado de la Unión como presupuesto para la creación de dicho mercado interior.

Las nuevas Directivas comunitarias abordan una importante reforma del cuadro legal existente que, previsiblemente, deberá ser objeto definitivo de modificación y consiguiente adaptación a los ordenamientos internos en el transcurso del próximo año.

Entre los principios, exigencias y objetivos en los que descansa la Posición Común (CE) nº 33/2003 del Consejo, con vistas a la adopción de una Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, se pueden destacar los siguientes:

- exigencias de simplificación y de modernización (Consº. 1).
- libre circulación de mercancías en materia de contratos públicos de suministros (Consº. 2).
- libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras y servicios (Consº. 2).
- eliminación de restricciones (Consº. 2).
- principios de igualdad de trato (no discriminación), de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad y de transparencia (Consº. 2).
- obtención de una competencia efectiva (Consº. 2).
- respeto, en la medida de lo posible, de los principios y prácticas vigentes en cada uno de los Estados miembros (principio de subsidiariedad) (Consº. 3).
- no distorsión de la competencia por parte de licitadores que sean organismos de derecho público respecto a licitadores privados (Consº. 4).
- exigencia de la protección al medio ambiente con objeto de fomentar un desarrollo sostenible (Consº. 5).

- obtención por parte de los poderes adjudicadores de la mejor relación calidad/precio para los contratos (Consº. 5).

Asimismo, el Capítulo VI del Título II alude a «*Normas de publicidad y de transparencia*» (artículos. 35 a 43, ambos inclusive), destacándose los siguientes aspectos:

- referencia al perfil de comprador (artículo 31.1 y letra b) del punto 2 del Anexo VIII).
- referencia a las necesidades de información a los candidatos y licitadores (artículo 41).
- necesidad de existencia de informes escritos, cuyo contenido se describe en el artículo 43.

El objetivo último es, por tanto, crear las condiciones legislativas necesarias que permitan la realización en la Unión Europea de un mercado único de la contratación pública, así como adecuar ésta a las imposiciones de los avances técnicos y a las exigencias de las nuevas prácticas de mercado.

3. Las novedades de las directivas

El diálogo competitivo

Ya en el año 1998, la Comisión Europea, en su Comunicación de 11 de marzo de 1998 titulada «*La contratación Pública en la Unión Europea*», recomendaba la necesidad de reforzar los mecanismos de diálogo técnico entre compradores y proveedores en los siguientes términos:

«Numerosas contribuciones confirmarán la constatación de la Comisión de que, en particular en los contratos especialmente complejos y en constante evolución, como por ejemplo en el ámbito de la alta tecnología, los compradores saben cuáles son sus necesidades pero no saben previamente cuál es la mejor técnica para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos resulta necesaria una discusión del contrato y un diálogo entre compradores y proveedores»; añadiendo que, hasta aquel momento, *«los procedimientos de derecho común previstos por las Directivas «clásicas» sólo dejan un mar-*

gen muy reducido para la discusión a lo largo del procedimiento de adjudicación, por lo que son considerados como demasiado rígidos para este tipo de actuaciones».

El Considerando 37 de la Directiva señala que: *«la verificación de la aptitud de los licitadores, en los procedimientos abiertos, y de los candidatos, en los procedimientos restringidos y negociados con publicación de un anuncio de licitación así como en el diálogo competitivo, y su selección debe realizarse en condiciones de transparencia».* Y la forma de interpretar este principio la adelanta, a continuación, este mismo Considerando [...] *«siguiendo dicho objetivo de transparencia, el poder adjudicador ha de estar obligado a indicar, desde el momento en que se convoque la licitación, los criterios que utilizará para la selección así como el nivel de capacidad específicos que en su caso exija de los operadores económicos para admitirlos en el procedimiento de adjudicación del contrato».*

Las principales fases de este nuevo procedimiento de diálogo competitivo son:

- Anuncio de la licitación exponiendo las necesidades del órgano de contratación (abierto o restringido).
- Diálogo entre el órgano de contratación y los candidatos seleccionados, a fin de definir los medios adecuados para satisfacer sus «concretas necesidades», respetando los principios de igualdad y confidencialidad.
- Definición de una solución, precisando el objeto final del contrato, e invitación a los participantes a que presenten su oferta final.
- Adjudicación conforme a los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación y al criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

En síntesis, el procedimiento deberá incluir:

- anuncio de licitación en el que el poder adjudicador da a conocer sus necesidades y requisitos.
- diálogo entre el órgano de contratación y los candidatos.
- definición de una solución.
- presentación, aclaración y precisión de las ofertas.
- adjudicación conforme a los criterios de adjudicación.

Es cierto, sin embargo, que la construcción práctica de esta exigencia general de conformidad de las ofertas a los principios y criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación, aún siendo cierta, debe modularse en el caso del diálogo competitivo donde *«tras haber declarado cerrado el diálogo y haber informado de ello a todos los participantes, los poderes adjudicadores les invitarán a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase del diálogo»*. Incluso se añade que *«a petición del poder adjudicador, dichas ofertas podrán aclararse y precisarse»*, si bien *«estas precisiones, aclaraciones, o elementos complementarios no podrán modificar elementos fundamentales de la oferta o de la licitación, cuya variación puede falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio»*.

Es evidente, por tanto, que el procedimiento de diálogo competitivo responde a una situación donde los poderes adjudicadores deben hacer frente a una situación especialmente singular, referida a *«proyectos excepcionalmente complejos donde puede resultarles imposible definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que puede ofrecer el contrato»* (ejemplificándose con los contratos de ejecución de infraestructuras de transporte integrado, redes informáticas de gran tamaño, o contratos complejos de financiación). Se trata, por tanto, de proyectos excepcionales, que se desarrollan en fases sucesivas, donde debe también en su articulación vía proceso de transposición nacional contemplarse las posibilidades de modulación del principio de subsidiariedad.

Desde una perspectiva conceptual el supuesto es relevante en la medida en que supone que el poder adjudicador no ostenta la mejor posición para determinar el objeto del contrato. En concretos supuestos, es una realidad que el poder adjudicador no cuenta con la suficiente información, o con la información de que disponen los operadores económicos, para valorar en plenitud la definición del objeto del contrato.

La existencia del nuevo procedimiento de diálogo competitivo nace de una doble necesidad, material e instrumental que, al mismo tiempo, constituye el presupuesto habilitante de su creación:

- Que el contrato no sea posible adjudicarlo recurriendo a los procedimientos abierto o restringido.

- Que no sea posible lo anterior por las características materiales o sustantivas del objeto del contrato, es decir, por su «particular complejidad tecnológica, técnica y metodológica, financiera o jurídica», o de la determinación por dichas razones del objeto del contrato.

En su actual redacción, el artículo 29 de la Directiva señala que:

«1. Los Estados miembros podrán establecer que el poder adjudicador, cuando considere que mediante el procedimiento abierto o restringido no es posible adjudicar el contrato, pueda recurrir al diálogo competitivo con arreglo al presente artículo:

- a) cuando el poder adjudicador no se encuentre objetivamente capacitado para determinar, con arreglo a las letras b), c) o d) del apartado 3 del artículo 23, los medios técnicos que puedan satisfacer sus necesidades y sus objetivos, o*
- b) cuando no se encuentre objetivamente capacitado para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.*

La adjudicación del contrato público se basará únicamente en el criterio de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa.

2. Los poderes adjudicadores publicarán un anuncio de licitación en el que darán a conocer sus necesidades y requisitos, que definirán en dicho anuncio o en un documento descriptivo».

Por tanto, en el anuncio se dan a conocer las necesidades y requisitos que precisa el poder adjudicador, pero aquellas «necesidades» y estos «requisitos» no le habilitan, sin embargo, a «determinar» y «definir» los medios para llevar a cargo la prestación y ello es precisamente lo que da sentido al diálogo con los licitadores seleccionados. Este diálogo se irá desarrollando en fases sucesivas hasta que «se esté en condiciones de determinar, después de compararlas si es preciso, las soluciones que pueden responder a sus necesidades». A partir de ese momento se declara cerrado el diálogo y los licitadores deben presentar su oferta final.

Una vez abierto el procedimiento de selección de los licitadores, éstos podrán presentar información en torno a cual sería la mejor técnica para satisfacer las necesidades de la Administración, permitiendo que, tras dicho diálogo, los poderes adjudica-

dores inviten a presentar una oferta final basada en la solución presentada durante la dicha fase de diálogo, las cuales podrán aclararse o precisarse.

Resulta, pues, necesario incorporar a nuestro ordenamiento este nuevo procedimiento de contratación, valorando previamente su relación con otros elementos sustantivos de la contratación y su adecuado encaje con nuestra práctica contractual. No se trata, pues, de obviar o modificar el objeto del contrato, sino de ayudar a su «determinación».

Por otro lado, es necesario compadecer los términos del anuncio con las posibilidades reales de llevar a cabo el citado diálogo sin vaciar de contenido el propio mecanismo –anuncio de licitación– que motiva la concurrencia de licitadores en el mismo.

Es necesario, asimismo, evitar que una vez finalizado el diálogo competitivo, la aclaración o precisión de ofertas pudiera constituir una puerta abierta para alterar el resultado de la adjudicación.

La utilización de nuevos medios electrónicos

En materia de aplicación de las tecnologías de información, o en el lenguaje de la Directiva «*nuevas técnicas electrónicas de compra*», aparece una invocación expresa a su conexión con el principio de transparencia: *«los poderes adjudicadores pueden utilizar técnicas electrónicas de compra, siempre que su utilización se realice dentro del respeto de las normas establecidas en la presente Directiva y de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. En la medida en que así ocurra, la presentación de una oferta por un licitador, en particular en caso de una nueva licitación para la aplicación de un acuerdo marco o para poner en práctica un sistema dinámico de adquisición, podrá adoptar la forma de catálogo electrónico de dicho licitador»*. Los Estados también pueden extender el uso de estas técnicas al campo de las subastas en los procedimientos abierto y restringido, en algún caso [artículo 30.1.a)].

La inserción de estas nuevas técnicas electrónicas constituyen, en opinión del legislador comunitario, una aplicación del principio de transparencia, en lo que significa

publicidad de las convocatorias, flexibilidad y simplificación de los procedimientos (con el consiguiente ahorro de tiempo y reducción de los plazos mínimos en el envío y publicación de los distintos anuncios de ofertas y procedimientos), igualdad de trato y también eficacia en la gestión del «sistema público de pedidos». En el Capítulo III, se exponen y analizan detalladamente las oportunidades que brindan las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones para simplificar los procesos de contratación pública y reducir sus costes de gestión.

A esta cuestión se dedican cuatro Considerandos de la Directiva con idéntica redacción. Dos de ellos se refieren a la inserción en el ámbito de la contratación de los catálogos de productos mediante venta electrónica, también llamados «sistemas de adquisición dinámicos» para las compras corrientes y otros dos dedicados, respectivamente, a las «subastas electrónicas» y a los «sistemas centralizados de adquisiciones».

Así, los Considerandos 11 (20 en la Propuesta de sectores excluidos) y 12 (21 en la Propuesta de sectores excluidos) señalan que:

«(20) Se están desarrollando constantemente nuevas técnicas electrónicas de compra. Dichas técnicas permiten ampliar la competencia y mejorar la eficacia del sistema público de pedidos, en particular mediante el ahorro de tiempo y dinero que entraña su utilización. Las entidades adjudicadoras pueden utilizar técnicas electrónicas de compra, siempre que su utilización se realice respetando las normas establecidas por la presente Directiva y los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. A tal efecto, una licitación presentada por un licitador, en particular con arreglo a un acuerdo marco o en los casos en que se recurra a un sistema dinámico de adquisición, podrá realizarse en forma de un catálogo electrónico de dicho licitador si éste utiliza los medios de comunicación seleccionados por la entidad adjudicadora con arreglo al artículo 48.

(21) En ese sentido, conviene definir un sistema dinámico de adquisición totalmente electrónico para las compras corrientes, y establecer normas específicas para llevar a la práctica y regular el funcionamiento de dicho sistema, a fin de garantizar que todo operador económico que desee participar en el mismo reciba un trato equitativo».

Para la puesta en práctica de un sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores seguirán las normas del procedimiento abierto en todas sus fases hasta la adjudicación del contrato en el marco de este sistema. Se admitirá en el sistema a todos los licitadores que cumplan los criterios de selección y que hayan presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones y a los posibles documentos complementarios. Las ofertas indicativas podrán mejorarse en cualquier momento, siempre que sigan siendo conformes al pliego de condiciones.

A efectos de la aplicación del sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores:

- publicarán un anuncio de licitación en el que se precisará que se trata de un sistema dinámico de adquisición;
- en el pliego de condiciones precisarán, entre otros aspectos del contrato, la naturaleza de las adquisiciones previstas que formen parte del sistema, así como toda la información necesaria relativa al sistema de adquisición, el equipo electrónico utilizado y los arreglos y especificaciones técnicas de conexión.
- desde la publicación del anuncio hasta la expiración del sistema, ofrecerán por medios electrónicos el acceso sin restricción, directo y completo al pliego de condiciones y a todo documento complementario e indicarán en el anuncio la dirección de Internet en la que estos documentos pueden consultarse.

El Considerando 13 de la Directiva clásica y 22 en la de sectores excluidos determina el concepto y alcance de las «subastas electrónicas» en los siguientes términos:

«(22) Dado que las subastas electrónicas constituyen una técnica llamada a extenderse, conviene dar una definición comunitaria de estas subastas y delimitarlas mediante normas específicas a fin de garantizar que se desarrollan dentro del pleno respeto de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia; a tal fin es conveniente prever que dichas subastas electrónicas sólo afecten a contratos de obras, de suministros o de servicios para los que las especificaciones puedan establecerse de manera precisa. A dicho efecto, conviene prever también que la clasificación respectiva de los licitadores pueda establecerse en cada momento de la subasta electrónica. El recur-

so a las subastas electrónicas permite a las entidades adjudicadoras pedir a los licitadores que presenten nuevos precios, revisados a la baja, y cuando el contrato se haya adjudicado a la oferta económicamente más ventajosa, mejorar asimismo elementos de la oferta distintos del precio. No obstante, para garantizar el respeto del principio de transparencia, sólo podrán mejorarse los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención por parte de la entidad adjudicadora. A tal fin, dichos elementos deben ser cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes».

Es necesario subrayar que esta modalidad de contratación sólo es posible articularla «cuando las especificaciones pueden establecerse de manera precisa» y, por lo tanto, sea posible la uniformidad en la formulación de las ofertas.

La posibilidad de permitir en las subastas electrónicas que el poder adjudicador solicite nuevos precios, revisados a la baja, o mejorar elementos distintos al precio cuando éste no sea el único elemento determinante de la adjudicación, permitiría alterar el resultado con la consiguiente inseguridad jurídica.

El Considerando 14 (23 en la Directiva sectores excluidos) se refiere a los sistemas centralizados de adquisiciones:

«(23) Se han desarrollado en los Estados miembros determinadas técnicas de centralización de adquisiciones. Varios poderes adjudicadores se encargan de efectuar adquisiciones o adjudicar contratos y acuerdos marco destinados a entidades adjudicadoras. Estas técnicas contribuyen, debido a la importancia de las cantidades adquiridas, a ampliar la competencia y racionalizar el sistema público de compras. Por consiguiente, conviene prever una definición comunitaria de las centrales de compras al servicio de las entidades adjudicadoras. Conviene asimismo definir las condiciones en que, dentro del respeto de los principios de no discriminación e igualdad de trato, puede considerarse que las entidades adjudicadoras que adquieran obras, suministros o servicios por medio de una central de compras han respetado las disposiciones de la presente Directiva».

Asimismo, debe subrayarse la afirmación siguiente:

«La Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior deben aplicarse a las transmisiones de información por medios electrónicos en el marco de la presente Directiva».

Las especificaciones técnicas

En la regulación de las especificaciones técnicas es imprescindible partir del reconocimiento no sólo formal sino material del principio de transparencia, ya que sin el adecuado cumplimiento de este requisito la verdadera apertura a la competencia de las compras públicas se encontraría inevitablemente limitada, restringida o falseada. En el ámbito, por ejemplo, de las subastas electrónicas la Directiva subraya, como antes señalábamos, que *«es conveniente prever que las subastas electrónicas sólo afecten a contratos de obras, de suministro o de servicios para los que las especificaciones puedan establecerse de manera precisa»*.

En cuestión de selección de licitadores o determinación de la aptitud de los mismos para concurrir a una oferta el principio de transparencia se traduce en la obligación para el poder adjudicador de indicar *«desde el momento en que se convoque la licitación, los criterios que utilizará para la selección así como el nivel de capacidades específicas que en su caso exija de los operadores económicos para admitirlos en el procedimiento de adjudicación del contrato»*.

Las especificaciones técnicas deberán, pues, formularse:

- En primer lugar con relación a las normas nacionales que incorporan las normas europeas, a los documentos de idoneidad técnica europeos, a las especificaciones técnicas comunes, a las normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a las normas nacionales, a los documentos de idoneidad técnica nacionales o a las especificaciones técnicas nacionales en mate-

ria de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos. Cada referencia deberá ir acompañada de la mención «o equivalente».

- En términos de rendimiento o de exigencias funcionales que «podrán incluir características medioambientales». Estas deberán, no obstante, ser suficientemente precisas para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a los poderes adjudicadores adjudicar el contrato.

La información y la transparencia

Las propuestas comunitarias inciden de nuevo o profundizan en las exigencias informativas de los poderes adjudicadores. Así, se establece que:

- Los poderes adjudicadores informarán cuanto antes a los candidatos y licitadores sobre las decisiones tomadas en relación con la celebración de un contrato marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido renunciar a celebrar un acuerdo marco, a adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación y volver a iniciar el procedimiento, o a aplicar un sistema dinámico de adquisición; esta información se facilitará por escrito en caso de que así se solicite a los poderes adjudicadores.
- El poder adjudicador comunicará cuanto antes a todos los candidatos o licitadores descartados que lo soliciten las razones por las que se haya desestimado su candidatura o su oferta y, a todo licitador que haya hecho una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco, estableciendo, a tales efectos, un plazo tasado de quince días a partir de la recepción de la solicitud escrita.

También se regulan los denominados informes escritos en los siguientes términos:

Respecto de cualquier contrato, acuerdo marco o establecimiento de un sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores elaborarán un informe escrito, en el que se incluirá, como mínimo, la siguiente información:

- nombre y dirección del poder adjudicador, objeto e importe del contrato, del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición.
- nombres de los candidatos o licitadores seleccionados y motivos que justifiquen su selección.
- nombres de los candidatos o licitadores excluidos y motivos que justifiquen su exclusión.
- motivos por los que se hayan rechazado ofertas que se consideren anormalmente bajas.
- nombre del adjudicatario y motivos por los que se ha elegido su oferta, así como, si se conoce, la parte del contrato o del acuerdo marco que el adjudicatario tenga previsto subcontratar con terceros.
- por lo que respecta a los procedimientos negociados, las circunstancias contempladas en los artículos 30 y 31 que justifiquen el recurso a dichos procedimientos.
- por lo que respecta al diálogo competitivo, las circunstancias contempladas en el artículo 29 que justifiquen el recurso a dicho procedimiento.
- en su caso, los motivos por los que el poder adjudicador haya renunciado a adjudicar un contrato, un acuerdo marco o a establecer un sistema dinámico de adquisición.

Los poderes adjudicadores tomarán las medidas adecuadas para documentar el desarrollo de los procedimientos de adjudicación realizados por medios electrónicos. El informe escrito, o sus principales puntos, se comunicará a la Comisión cuando ésta así lo solicite.

En conclusión, el núcleo principal de la reforma que ahora acometen las instituciones comunitarias en contratación pública pretende lograr una mayor transparencia

en la regulación de este sector. Y todo ello, como antes apuntábamos, sin perjuicio del principio de subsidiariedad que se expresa, así, en el Considerando 10:

«Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compra, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva»

En cualquier caso, aparece el problema de concretar a quién corresponde determinar la excepcionalidad de las subastas electrónicas y de diálogo competitivo, así como bajo qué criterios o parámetros habrá de atenderse para ello.



CAPÍTULO III

Los principios que deben inspirar la reforma

I. La transparencia y su relación con el principio de concurrencia

La transparencia, entendida como claridad o falta de ambigüedad en el ámbito de la contratación pública, ha de ser puesta en íntima relación con los principios de igualdad, participación, no discriminación y prohibición de la arbitrariedad de la Administración contratante, a fin de que el interés público implícito en la misma sea debidamente conseguido, fomentando tanto la mayor concurrencia de licitadores, como la mejora de sus ofertas. En el Capítulo precedente se han expuesto las novedades de las Directivas comunitarias que vienen a representar una aplicación de este principio.

La transparencia es un principio esencial en la regulación de la contratación pública. Principio transversal que alcanza y debe manifestarse en todas las fases –preparatoria y de ejecución contractual–.

A su vez, el principio de concurrencia aspira a promover la competencia en los contratos públicos y obtener así una oferta adecuada al mercado y, por tanto, óptima para la Administración Pública contratante.

En nuestra legislación de contratos, el artículo 11.1 del TRLCAP, establece:

«Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación».

Esto supone que la contratación debe estar abierta tanto al mercado nacional como al europeo, evitando la tentación localista en la que no deben incurrir las Administraciones (adjudicar los contratos a empresas locales o incluir en los pliegos, como criterios de selección, el número de empleados o de suministros locales que el licitador esté dispuesto a utilizar, obras análogas realizadas en la zona, etc.).

2. El principio de publicidad y el principio de concurrencia

La concurrencia se basa en una adecuada publicidad de la convocatoria.

El principio de publicidad se concreta en una serie de requisitos y formalidades establecidas con carácter general en el artículo 78 del TRLCAP, que obliga a la inclusión de anuncios en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Entre las reformas que favorecerían el principio de publicidad debe mencionarse la utilización de medios electrónicos en el procedimiento de contratación (que se analiza más adelante en este Capítulo) a fin de permitir un seguimiento puntual de los expedientes por las empresas interesadas.

Esta mayor publicidad podría extenderse, a título de ejemplo, a los planes de inversión de los órganos de contratación, los informes técnicos que sirven de base al expediente de contratación, los proyectos y su supervisión; el replanteo del proyecto, los criterios de valoración de ofertas y las demás actuaciones preparatorias, o las calificaciones hechas por la Mesa de Contratación, así como a los principales elementos de la vida del contrato. En cualquier caso, en la reforma legal deberían establecerse las cauteles necesarias para salvaguardar otros principios presentes en la contratación (confidencialidad, igualdad de trato de los operadores económicos para la realización del mercado interior, etc.)

La razón o fundamento de los principios de publicidad y concurrencia en la contratación de las Administraciones Públicas

En primer lugar, la implantación de estos principios responde a razones de eficiencia, ya que la defensa y promoción del interés público que todo contrato de la Administración persigue, se obtendrá en grado óptimo, si el contrato se celebra con el particular que ofrezca las mejores condiciones (mejor precio, mejor resultado). Es la regla del «*best value for money*»: obtener el mejor rendimiento de los fondos públicos invertidos.

La segunda razón básica que los inspira es el respeto al principio de igualdad de oportunidades, que es una manifestación del principio de igualdad ante la Ley (artículo 14 CE)².

En tercer lugar, estos principios reclaman la mayor transparencia en las decisiones de contratación, para lograr la mayor objetividad e imparcialidad de éstas según impone el artículo 103.1 de la CE: «*La Administración sirve con objetividad a los intereses generales... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*».

El Consejo de Estado³ cuando informó el Anteproyecto de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas de 1995, manifestó en relación a los procedimientos de selección de contratistas:

«Los procedimientos capaces de suscitar la concurrencia, presupuesta la publicidad, constituyen una máxima garantía para los intereses públicos, pues mediante tales prescripciones todos cuantos reúnan los requisitos de capacidad y solvencia pueden acudir al concurso, a la subasta o formas híbridas de licitación, y la Administración deberá, con criterios de objetividad, adjudicar la obra (o el servicio) a la proposición más ventajosa para los intereses públicos, sirviéndose así a los principios de objetividad e igualdad.»

² Son innumerables las sentencias del Tribunal Supremo en que esto se afirma.

³ Dictamen 1270/93, de 2 de diciembre.

El Consejo de Estado postula la introducción de elementos que faciliten la concurrencia y la competitividad, no sólo en aquellos supuestos en los que, como la subasta o el concurso abiertos, son inherentes a los mismos, sino también en los restringidos y en los negociados. Señalaba el Consejo de Estado que recurrir a la contratación directa *«no significa que la Administración contrate directamente con una firma, sino que puede fijar unas bases sobre las que algunas empresas realicen ofertas, aceptándose finalmente aquella que la Administración considere más interesante»*.

Las consecuencias de los principios de igualdad y concurrencia en la contratación administrativa

Estos principios conllevan múltiples consecuencias, entre las que podemos destacar las siguientes:

- Prohibición de cualesquiera cláusulas o condiciones discriminatorias, que pudieran incluirse en los pliegos de bases de la contratación, de las que pudiera derivarse, *de iure o de facto*, situaciones discriminatorias o prácticas restrictivas según el domicilio, la lengua, la experiencia regional, la ubicación de instalaciones, depósitos o talleres en el territorio de cada circunscripción, tipologías o marcas, especificaciones técnicas, etc., que no respondieran a necesidades concretas del contrato. Queda, pues, prohibida toda práctica de la cual pueda derivarse un trato de ventaja o privilegio para unas empresas respecto de otras⁴.
- Prohibición legal de derechos de tanteo en las licitaciones. Como puso de manifiesto, ya desde fecha temprana, la Junta Consultiva de Contratación⁵, el derecho de tanteo en las licitaciones (que a veces se ha concedido a favor de determinadas entidades), está en contradicción con los principios y normas de la contratación administrativa, en especial las que declaran las libertades de concurrencia y la adjudicación al mejor postor.

⁴ Cfr. en este sentido, STS de 12 de enero de 2001 (Az. 1996).

⁵ Informe 4/1967, de 9 de febrero.

- Prohibición de presentar varias ofertas por un mismo oferente. Es necesario que se mantenga la prohibición de que un licitador presente diferentes proposiciones. Ello ha de extenderse al supuesto en que esta presentación se efectúe mediante empresas participadas o dominadas, en la medida que pueda constituir una restricción de la competencia, ya que pueden representar un único centro de imputación final.
- Prohibición de introducir en el contrato alteraciones sustanciales después de la adjudicación. Los principios de publicidad y concurrencia en la celebración de los contratos administrativos, quedarían falseados si con posterioridad a la adjudicación se realizan modificaciones que entrañen una alteración sustancial de las prestaciones que constituyen su objeto.
- Prohibición de contratos con artificial amplitud de objeto o con artificial división en lotes de un mismo objeto. La acumulación innecesaria de objetos en un mismo contrato supone un atentado contra los principios de concurrencia y libre competencia en la contratación pública. Los contratos tienen que ser planteados de modo que cada una de las prestaciones objeto de los mismos sea adquirida por la Administración Pública en las mejores condiciones de precio, calidad y seguridad. Tan artificial y, por tanto, ilegal, es el fraccionamiento del contrato cuando la naturaleza de su objeto no lo aconseje; como la acumulación en un único contrato, con altísimos presupuestos, de objetos que podrían ser adjudicados individualmente o contratos de objeto más reducido.
- Para que exista una efectiva concurrencia en la contratación pública, los criterios objetivos de valoración que han de servir de base a la adjudicación del concurso deben ser claros y precisos. Deben evitarse tanto los criterios excesivamente genéricos –que no vinculan en nada a la Administración–, como los excesivamente específicos, que pueden predeterminar al adjudicatario.
- El concurso de proyecto y obra debería ser utilizado con carácter excepcional ya que su generalización podría conllevar un riesgo de reducción de la concurrencia.

- Particularmente graves son aquellas cláusulas que impiden o dificultan el acceso a la contratación pública, bien porque establezcan criterios de territorialidad o vecindad para participar en procedimientos de adjudicación⁶; bien porque exijan la clasificación de los licitadores cuando la ley no la exige⁷; bien porque se exija la inscripción obligatoria de los licitadores en un registro con carácter previo a la licitación⁸; bien porque se exige la clasificación en un número mayor de grupos y subgrupos del permitido legalmente; o bien porque se exija a los licitadores una determinada forma jurídica para concurrir a los procedimientos de adjudicación⁹.

3. Eficiencia económica, simplificación administrativa y nuevas tecnologías

La complejidad de los procedimientos por los que transcurre la contratación administrativa es fruto de la propia complejidad, amplitud y diversidad de la actividad pública y de los bienes y servicios que las Administraciones Públicas han de procurarse en los mercados, así como de la necesidad de establecer mecanismos que garanticen de modo efectivo tanto el respeto a los principios que deben presidir la actuación económica de los poderes públicos como el cumplimiento de los contratos. Por ello, la simplificación de la contratación pública debe abordarse sin sacrificar las garantías proporcionadas por los procedimientos, tratando de alcanzar un equilibrio entre los costes, tanto materiales como intangibles, asociados a dichos procedimientos y los beneficios y garantías que proporcionan.

La excesiva complejidad de la tramitación de los expedientes de contratación, además de los considerables «costes de transacción» que supone para las empresas,

⁶ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 7/98, de 11 de junio.

⁷ Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.739/96, de 6 de febrero de 1997.

⁸ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 51/96, de 22 de julio.

⁹ Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 17/84, de 13 de junio y 6/97, de 20 de marzo.

puede llegar a ocasionar, a veces, retrasos considerables en la efectiva disponibilidad de los bienes y servicios que las Administraciones Públicas necesitan, así como distorsiones en la gestión de los créditos presupuestarios anuales.

El actual sistema de contratación administrativa puede ser analizado como un conjunto de procedimientos interrelacionados, que incluyen tanto los de tramitación del contrato propiamente dicho (preparación del contrato, licitación, adjudicación, formalización, etc.) como los de gestión del gasto asociado, los de clasificación y registro de empresas, los de información, publicidad y registro de licitadores y de adjudicaciones, y los derivados de la resolución de las distintas incidencias surgidas y recursos que se planteen. Todos estos procedimientos influyen directamente en la eficiencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su función de compradores de bienes y servicios.

A su vez, el auge experimentado por las modernas tecnologías de la información y las comunicaciones, junto con la generalización del uso de los ordenadores y de las redes de telecomunicaciones en la sociedad actual, ofrecen oportunidades sin precedentes para simplificar el proceso de contratación y reducir los costes que tanto para los operadores económicos como para las Administraciones Públicas representa su gestión.

Tales oportunidades están siendo ya explotadas por muchos países, por lo que su aplicación a la contratación pública debe ser objeto de atención prioritaria, no sólo por su carácter de instrumento estratégico para la modernización de la gestión y por los importantes ahorros que puede proporcionar¹⁰, sino también por la necesidad de no crear desventajas competitivas para la empresa española en una economía crecientemente globalizada.

En el ámbito de la Unión Europea, el *Informe Bangemann*¹¹ es considerado como punto de partida de la preocupación por incorporar a los mercados europeos en gene-

¹⁰ Por ejemplo, la agencia federal de administración de servicios generales de los Estados Unidos de América (GSA) ha estimado en diez millones de dólares anuales el ahorro derivado sólo de consolidar en un único sistema informático, denominado *Federal Procurement Data System - Next Generation* (FPDS-NG) la información de contratos de las distintas agencias federales.

¹¹ Europa y la Sociedad Global de la Información. Recomendaciones al Consejo de Europa. High Level Group on the Information Society (Comisión Bangemann). Mayo de 1994.

ral, y a las Administraciones Públicas nacionales y comunitaria en particular, las ventajas del progreso tecnológico experimentado por la electrónica, la informática y las telecomunicaciones.

En esta misma línea, en el *Libro Verde* de 1996 sobre la contratación pública en la Unión Europea se afirmaba¹²

«En el futuro, podemos esperar que el desarrollo de procedimientos electrónicos desempeñe una función clave para acrecentar la transparencia y mejorar el acceso a los contratos públicos»

«La introducción de la electrónica en el sector de la contratación pública es un fenómeno mundial. Nuestros principales interlocutores comerciales han iniciado ya ambiciosos programas al objeto de, por un lado, crear accesos electrónicos integrados a la información sobre sus contratos públicos y, por otro, generalizar el recurso a los procedimientos electrónicos de licitación para sus adquisiciones».

Más recientemente, el *Plan de Acción eEuropa 2005*¹³ prevé la tramitación por los Estados miembros de una gran parte de la contratación pública por medios electrónicos antes de finalizar el año 2005¹⁴.

Las oportunidades que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones brindan para la mejora de los procedimientos de la contratación pública han surgido de la confluencia de los siguientes factores:

- *La universalización de Internet.*

Internet constituye hoy en día una red de redes de comunicación de alcance universal, y su uso se ha extendido a las empresas y organizaciones de todo tipo.

¹² Libro Verde «La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro». Comisión Europea. Noviembre de 1996.

¹³ Aprobado por el Consejo Europeo de Sevilla en junio de 2002.

¹⁴ Comunicación de la Comisión COM (2002)263, de 28 de mayo de 2002.

- *El desarrollo acelerado de las tecnologías electrónicas y de telecomunicaciones.*
El fenómeno cultural y social que la universalización de Internet ha significado no hubiera sido posible sin los progresos experimentados por las tecnologías electrónicas y de telecomunicaciones, que han permitido el despliegue de las infraestructuras de computación, comunicaciones, conmutación y gestión de redes que posibilitan el funcionamiento permanente de Internet y la gestión de los ingentes caudales de información que de modo ininterrumpido circulan por la Red, así como la producción masiva y económica de ordenadores.
- *La normalización de protocolos, formatos y lenguajes informáticos.*
La universalización de Internet ha sido posible gracias al establecimiento de un conjunto de protocolos de comunicaciones y de normas de codificación, intercambio y presentación de la información universalmente adoptados.
- *La existencia y despliegue de una infraestructura de seguridad de la información y de las comunicaciones.*
Los beneficios que para la contratación pública pueden proporcionar las nuevas tecnologías electrónicas depende del uso generalizado de los elementos que garanticen la seguridad y disponibilidad de los sistemas informáticos y telemáticos, la integridad de la información, la identidad de los participantes, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos y su imputabilidad a sus autores, así como la seguridad y confidencialidad de las transacciones electrónicas.
- *Las demandas y expectativas de ciudadanos y empresas.*
La generalización de esta «cultura Internet» entre ciudadanos y empresas ha elevado su nivel de aspiraciones sobre la calidad y rapidez de los servicios que demandan a las Administraciones Públicas. Ello supondrá una creciente exigencia para acelerar la implantación de servicios electrónicos y hará cada vez menos tolerables los retrasos asociados a la tramitación de procedimientos por medios tradicionales.

El retraso respecto de otras grandes organizaciones en la incorporación de las nuevas tecnologías a los procedimientos de adquisiciones públicas puede afectar nega-

tivamente a la percepción que las empresas tienen de las Administraciones Públicas como clientes; haciéndolas menos atractivas para potenciales proveedores por los elevados costes de gestión asociados a la participación en licitaciones públicas. De este modo, puede disminuir su capacidad de atraer las mejores ofertas y de beneficiarse de las ventajas y economías de escala que la dimensión de las compras públicas debería suponer para las Administraciones Públicas.

La creación de un «portal único de contratación», es decir, un punto único de acceso en Internet para las licitaciones de las Administraciones Públicas, desde el que se ofreciera a las empresas una visión completa de los procesos en curso de adquisición pública de los bienes y servicios, así como el acceso a los documentos y formularios para la presentación de ofertas y la obtención en formato electrónico de los mismos, sería muy recomendable.

En la legislación de contratos existen pocas referencias a la contratación electrónica. Entre éstas se encuentra la Disposición adicional décima del Reglamento General de la Ley de Contratos que atribuye al Ministro de Hacienda la competencia para que *«por Orden ministerial establezca las normas que regulen los procedimientos para hacer efectiva la contratación mediante el empleo de medios electrónicos»*.

Si bien es cierto que existen preceptos de ámbito general en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común sobre la utilización de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos administrativos, se estima que resulta necesaria una regulación específica para la materia de contratación pública. El momento actual resulta especialmente adecuado pues la nueva Directiva contempla en su articulado aspectos relativos a las *«nuevas técnicas electrónicas de compras»* que han sido analizadas en el Capítulo II.

CAPÍTULO IV

Las administraciones públicas contratantes

I. Ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratos de las administraciones públicas. alcance de la definición de organismos públicos

Normativa y jurisprudencia comunitaria

La Directiva 93/36 estableció un único criterio común a todas las restantes Directivas en materia de contratación pública que, imponiendo una noción funcional del concepto de poder adjudicador, y confirmando la interpretación de la jurisprudencia comunitaria, pues el Tribunal de Justicia de Luxemburgo había declarado reiteradamente que, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y transparencia que persiguen las Directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, el concepto de «organismo público» debía recibir una interpretación funcional (Sentencias de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, y de 12 de diciembre de 2002, Universale.Ban y otros, C-470/99, y más recientemente STJCEE, de 15 de mayo de 2003 y Conclusiones del Abogado General G. Alber en el Asunto C-283/00, Comisión c. España). El problema se centra en precisar la delimitación interpretativa de la actividad o el carácter de los organismos públicos «*que no tengan carácter mercantil o comercial*» pero satisfagan necesidades de interés general.

En este sentido, la jurisprudencia comunitaria, en concreto el caso Mannesmann (Asunto C-44/96, STJCE de 15 de enero de 1998), incide de manera especialmente penetrante sobre este tema, primero al encajar las actividades de interés general en el ámbito de las «obligaciones o misiones de servicio público» o de interés económico general (entendiendo en consecuencia que los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público se encuentran sometidos al régimen de las Directivas comunitarias). La Sentencia añade que el desarrollo de las actividades de interés general o la satisfacción de las mencionadas obligaciones de servicio público no tienen por qué ser únicas o constituir incluso el núcleo principal de las que desarrolle el Ente u órgano en cuestión. Es, pues, indiferente que, además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, una Entidad pueda desempeñar otras distintas; no dependiendo pues la condición de organismo público de la significación o importancia relativa en la actividad de que se trate.

A su vez, el Tribunal de Justicia Europeo ha ratificado recientemente con nuevos pronunciamientos su doctrina sobre este tema con ocasión del Asunto Comisión Europea c. Reino de España, STJCE de 15 de mayo de 2003, al apreciar que para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas Entidades de Derecho privado (sociedades mercantiles), al limitarse únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas Entidades cumplían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, considerando que la forma de constitución de la Entidad era indiferente a este respecto (en este sentido, véanse en especial las Sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apdos. 6 y 29; de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360, Rec. p. I-6821, apdos. 61 y 62, y Comisión/Francia, antes citada, apartados 50 y 60).

De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el estatuto de Derecho privado de una Entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como poder adjudicador.

Es necesario señalar, además, que el efecto útil tanto de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 como de la Directiva 89/665, no quedaría plenamente preservado si pudiera excluirse la aplicación de dichas Directivas a una Entidad que cumpla los tres requisitos

antes citados por el mero hecho de que, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeta, su forma y su régimen jurídico correspondan al Derecho privado.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, no cabe interpretar el concepto de «organismo de Derecho público» utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665.

Por otra parte, no cabe sostener que esta conclusión suponga hacer caso omiso del carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que dichas sociedades persiguen satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si la Entidad afectada cumple o no el requisito contenido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

En el mismo sentido deben enmarcarse las Conclusiones del Abogado General Sr. Alber presentadas el 7 de noviembre de 2002 en el Asunto C-283/00, Comisión c. España, señalando que si fuese decisivo a qué rama del Derecho está sujeto el organismo según las disposiciones nacionales, las autoridades de un Estado miembro podrían eludir fácilmente la aplicación de las Directivas sobre contratos públicos.

«Bastaría con crear una sociedad, por ejemplo, una sociedad anónima de suministros, sujeta únicamente al Derecho privado, y prever como objeto social el suministro de mobiliario de oficina, papel, etc., a las autoridades estatales. Aunque el Estado sería accionista único y podría influir en todas las decisiones de la sociedad anónima de suministros, no estaría obligado a publicar anuncios de licitación, porque la sociedad anónima de suministros no estaría sujeta al Derecho público, sino al privado. Es evidente que lo anterior no es conforme con el espíritu y la finalidad de las Directivas sobre contratos públicos.

En consecuencia, la determinación del ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/37 no puede depender de si, con arreglo al Derecho nacional, el organismo está sujeto al Derecho público o al privado».

En el mismo sentido apreciado por el Abogado General, ha sido dictada con fecha 16 de octubre Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en

este Asunto, en relación con la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. El contenido de la Sentencia, en sí mismo, es reiteración de los fundamentos expresados respecto del concepto poder adjudicador en la anterior Sentencia del mismo Tribunal de fecha 15 de mayo del corriente año.

Es cierto que el tenor de la Directiva 93/37 no menciona expresamente si se aplica a las «*empresas públicas*». Sin embargo, este tipo de empresas puede subsumirse en la definición legal de «*poderes adjudicadores*».

Por lo tanto hay que señalar que el concepto de «*poderes adjudicadores*» existía ya mucho antes de que se adoptara la Directiva 93/38. Si el legislador no continuó utilizando la terminología habitual en materia de contratos públicos cuando adoptó la Directiva sectorial, no es posible deducir de dicha normativa especial conclusiones que afecten a la interpretación de los conceptos utilizados de manera homogénea en las otras Directivas. La adopción simultánea de las Directivas de 1993 no prueba que el legislador hubiera mencionado expresamente en las Directivas 93/36 y 93/37 a las «*empresas públicas*» de haber pretendido incluirlas en su ámbito de aplicación personal.

En consecuencia, el ámbito subjetivo de la normativa comunitaria sobre contratación pública público se extiende hoy más allá de los «*sujetos públicos*». Además, tales principios informadores de la contratación pública como el de publicidad, igualdad y concurrencia tienen carácter vinculante (*ius cogens*), de tal manera que su violación conlleva la nulidad del acto de adjudicación y por tanto del contrato. O dicho en otros términos, lo que se pretende con la interpretación funcional del concepto de poder público es aplicar la norma en aquellos casos en que no sea inequívoca la calificación formal del Ente como Administración Pública.

Normativa nacional

Como hemos indicado en el apartado anterior, uno de los principales problemas que afectan al fenómeno de la contratación pública es el relativo a la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación. De tal manera que su reconsideración en términos más acordes con parámetros de certeza y transparencia se traduciría en un mayor grado de

seguridad jurídica que sin duda redundará en beneficio de los contratistas, pero también de la propia Administración.

Indicado lo cual, procede brevemente analizar cuál es la situación actual de la normativa nacional vigente.

En este sentido, el artículo 1 del TRLCAP al perfilar el ámbito subjetivo de aplicación, declara comprendido dentro del mismo a las Administraciones Públicas (entendiendo por tales a la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, y a las Entidades que integran la Administración Local), así como a los organismos autónomos y Entidades de derecho público dependientes de las mismas.

En su apartado 3, el propio artículo 1 de la Ley, aclara cuando los entes públicos están sujetos a sus preceptos, al señalar *«Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los organismos autónomos en todo caso, y las restantes Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:*

- a) *Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.*
- b) *Que se trate de Entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras Entidades de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras Entidades de Derecho público.»*

Lo que se completaba hasta el 1 de enero de 2004, con dos preceptos complementarios:

En primer lugar con la previsión recogida en el apartado 1 del artículo 2, según la cual las Entidades de derecho público no comprendidas en el artículo anterior quedaban sujetas a las prescripciones de la Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, respecto a los contratos en los que concurrieran los siguientes requisitos:

- que se tratara de contratos de obras, consultoría y asistencia o de servicios, que superasen determinados límites cuantitativos (los fijados en la normativa comunitaria).
- que la principal fuente de financiación de los contratos procediera de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas.

En segundo lugar con la inclusión de una Disposición Adicional Sexta que hacía referencia expresa a estas Entidades privadas de titularidad pública, indicando que *«las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos o Entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios»*.

La reiterada jurisprudencia comunitaria que incluye dentro del concepto de poder adjudicador a determinados entes privados, ha obligado a modificar la mencionada regulación, lo que se ha llevado a cabo por la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social para el año 2004, que en su artículo 67 ha dado una nueva redacción al apartado 1 del artículo 2, incluyendo dentro de las prescripciones del mismo no sólo a las Entidades de derecho público no incluidas en el artículo 1, sino también a las Sociedades de derecho privado cuando se den los siguientes requisitos:

- que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- que se trate de Entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras Entidades de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras Entidades de Derecho público.

La modificación normativa ha sido criticada por algún sector doctrinal al considerar que en su nueva redacción no se cubre todo el posible ámbito subjetivo de apli-

cación de la normativa comunitaria sobre contratación pública, al excluir, por ejemplo, a otros Entes privados que no tienen forma societaria, como sucede en el caso de las Fundaciones estatales.

En este sentido, cabe resaltar que alguna Comunidad Autónoma, como la andaluza, también ha intentado incorporar el criterio comunitario relativo al ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre contratación pública, si bien en este caso la fórmula utilizada puede considerarse tal vez algo imprecisa. Así, el artículo 122 de la Ley 18/2003, de 19 de diciembre, señala:

«Las Entidades privadas vinculadas o dependientes de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que tengan la condición de poder adjudicador de conformidad con las disposiciones comunitarias, se someterán a la legislación administrativa de contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y de servicios, siempre que la cuantía de los mismos supere las cifras fijadas en los artículos 135.1, 177.2, 203.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.»

En consecuencia, si bien se aprecian intentos normativos para adecuar la legislación interna a las previsiones comunitarias sobre contratación pública, esta finalidad exigiría una apuesta decidida por, de una parte, clarificar los criterios legales que determinan la sujeción (total o parcial) o, en su caso, la exclusión de las Administraciones y Entidades públicas a la legislación reguladora de la contratación pública, y, de otra, regular con determinación la definitiva inclusión de una importante proporción de Entidades públicas y privadas de carácter instrumental de la Administración (Entidades de Derecho Público, Entidades Público Empresariales, Sociedades mercantiles de capital público, etc...).

2. La contratación pública en las entidades locales

Consideraciones generales

El Estado está constituido por 8.108 municipios de los cuales 6.925 son inferiores a 5.000 habitantes. Las capacidades y necesidades de los pequeños municipios son, a su vez, muy diferentes en ese heterogéneo conjunto poblacional.

El número de municipios, por tramos de población, es el siguiente:

Tramos de población	Nº municipios	Habitantes
Menos de 101 habitantes	935	57.107
De 101 a 250	1.614	266.726
De 251 a 1.000	2.390	1.249.029
De 1.001 a 2.000	980	1.402.978
De 2.001 a 5.000	1.007	3.138.752
De 5.001 a 10.000	517	3.532.517
De 10.001 a 20.000	337	4.704.465
De 20.001 a 50.000	205	6.070.295
De 50.001 a 100.000	66	4.458.891
De 100.001 a 500.000	51	9.791.066
Más de 500.000	6	7.166.068
Total	8.108	41.837.894

Fuente: FEMP-INE. Revisión Censo I.I.2002

Es una evidencia que la Administración Local, difiere en gran medida del resto de Administraciones Públicas. Sólo hay que pensar en la diferencia que separa, por poner un ejemplo, al Ministerio de Fomento o a una Consejería de cualquier Comunidad Autónoma con cualquiera de los pequeños municipios que inundan la geografía española. Diferencias de tipo estructural, organizativas, económico-financieras, de personal, etc., avaladas por un régimen jurídico específico que, en ocasiones, como es precisamente en el ámbito de la contratación pública, genera disfunciones. Y ello posiblemente porque dicha normativa, concebida desde la óptica de la Administración General del Estado, tiene que aplicarse a destinatarios con intereses y realidades diferentes.

La legislación de contratación pública trata de manera uniforme a todas las Administraciones Públicas, desconociendo la problemática singular de los Municipios, especialmente la que afecta a los de menor tamaño.

Podría reflexionarse acerca de la conveniencia de introducir una cierta especialidad en la legislación de contratación pública respecto de las entidades locales de menor dimensión, que fuera sensible a sus deficiencias de organización y medios. Naturalmente, cualquier actuación de esta índole debe venir marcada por la prudencia, ya que no puede dejar de garantizarse un nivel común de exigencia en cuanto a publicidad, transparencia, concurrencia etc.

A su vez, los Ayuntamientos de reducida dimensión tienen una estructura de ingresos en donde el 54 por 100¹⁵ corresponde a transferencias de Diputaciones, Cabildos o Consejos Insulares –en adelante Diputaciones– así como de otras Administraciones Públicas por lo que cualquier modificación de su marco de financiación, o cualquier retraso o alteración en la secuencia de ingreso de dichas transferencias, tendrá efectos negativos sobre el cumplimiento de los compromisos adquiridos para con terceros. En el Gráfico 1 puede observarse la heterogeneidad local en lo que se refiere a la distribución porcentual de los ingresos.

Reflexiones críticas

Uno de los principales problemas de los Ayuntamientos denominados pequeños es la insuficiencia de personal¹⁶ cualificado para afrontar las exigencias jurídico-formales de la aplicación y gestión de la normativa de contratación pública.

La necesidad latente de asesoramiento y apoyo se deduce del hecho de que la mayoría de los informes que se solicitan a la Junta Consultiva de Contratación Admi-

¹⁵ El 47 por 100 en el caso de Ayuntamientos de población inferior a 5001 habitantes y el 70 por 100 en el caso de los Ayuntamientos de ese tramo poblacional pero de la provincia de Lugo.

¹⁶ Según la Comisión de expertos para la reforma de la Administración constituida por el Ministerio de Administraciones Públicas, si bien en el año 2000, Dinamarca y Suecia contaban con 120 funcionarios Locales por cada 1000 habitantes, en España solamente hay 13.

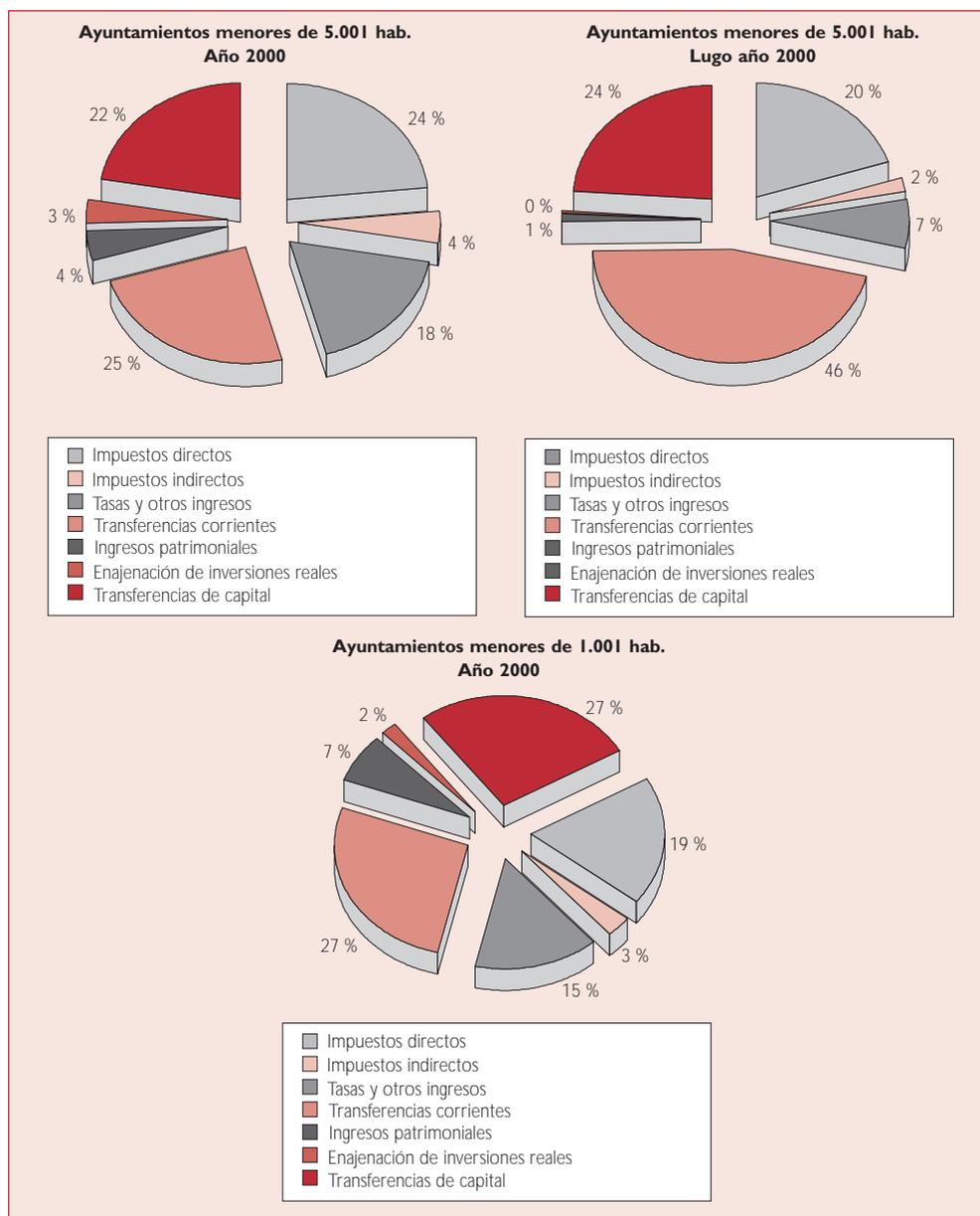


Gráfico 1: Ingresos no Financieros de los Ayuntamientos. Derechos Liquidados. (distribución porcentual).
 Fuente: Elaboración propia y M° de Hacienda

nistrativa lo son por parte de Presidentes de Entidades Locales (el 90% de los informes que emite la Junta Consultiva son a petición de Ayuntamientos que carecen de un Servicio Jurídico asesor, no siendo este el caso de las Diputaciones Provinciales y grandes Ayuntamientos).

Colaboración de las Diputaciones Provinciales

La situación descrita podría resolverse reforzando la colaboración con otras Administraciones por medio de los diversos instrumentos y fórmulas existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Las Diputaciones Provinciales, en virtud de la competencia que les corresponde de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, de acuerdo con lo dispuesto Ley de Bases de Régimen Local, pueden prestar apoyo y asesoramiento en la gestión de la contratación pública.

Pliego de cláusulas administrativas

El documento esencial del expediente de contratación es el pliego de cláusulas administrativas particulares y, debido a la insuficiencia de personal cualificado (apuntada ya en el epígrafe anterior) para llevar a cabo el cumplimiento de las exigencias jurídico formales del proceso de contratación, se observa que, en ocasiones, contiene imprecisiones y lagunas, que dan origen a litigios entre las Entidades Locales y el contratista, perturbando el normal desarrollo del proceso de contratación. El mismo juicio cabe formular respecto de los pliegos de prescripciones técnicas.

Al objeto de evitar posibles litigios entre las partes contratantes y, al mismo tiempo agilizar el procedimiento de contratación, sería estima aconsejable que las Diputaciones asumieran actuaciones de asistencia acerca de:

Elaboración y difusión de los modelos-tipo de pliegos de cláusulas administrativas generales adecuados a las modificaciones normativas, configurados como formularios tipo susceptibles de ser utilizados por los Ayuntamientos y otras entidades locales, para los diferentes tipos de contratos.

Elaboración y difusión de los modelos-tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares para los diferentes tipos de contratos.

Encomienda de gestión

La encomienda de gestión en las Diputaciones para la formalización del expediente de contratación e, incluso, para la ejecución y dirección de las obras puede ser una fórmula de cooperación administrativa idónea. Esta encomienda¹⁷ ayudaría a resolver los problemas apuntados e indirectamente, comportaría un ahorro económico.

Oficina de supervisión de proyectos

La supervisión de proyectos se exige para los siguientes supuestos:

Artículo 128 TRLCAP: Supervisión de proyectos

«Antes de la aprobación del proyecto, cuando su cuantía sea igual o superior a 300.506,05 euros, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica, que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto. La responsabilidad por la aplicación incorrecta de las mismas en los diferentes estudios y cálculos se exigirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124.5. En los proyectos de cuantía inferior a la señalada, el informe tendrá carácter facultativo, salvo que se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, en cuyos supuestos el informe de supervisión será igualmente preceptivo.»

Disposición adicional novena TRLCAP apartado 3:

«La supervisión de los proyectos de los Ayuntamientos y demás Entidades locales de ámbito inferior a la provincia, cuando no dispusieran de oficinas de super-

¹⁷ Regulada en el artículo 15 de la Ley 30/1992 (LRJ y PAC), es instrumento que puede ser utilizado libremente y en cualquier momento por cualquier Administración para realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios.

visión de proyectos, se llevará a cabo a petición del Ayuntamiento o Entidad, por las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de proyectos de las respectivas Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares o Comunidades Autónomas, en su caso.»

La ausencia de Oficinas de supervisión de proyectos (tanto en pequeños municipios como en la mayoría de los denominados «mayores», así como en algunas Diputaciones) produce, con frecuencia, el efecto de que se aprueben proyectos y se adjudiquen obras que difícilmente ejecutarse.

Así pues, la creación de la Oficina de Supervisión de Proyectos en las Diputaciones Provinciales y el enfoque de sus competencias hacia una función informadora, preventiva y cercana a los servicios técnicos municipales (con independencia de la cuantía a partir de la cual es obligatoria) resultaría ser un eficaz instrumento para las Corporaciones Locales.

Mancomunación de servicios técnicos

Las Mancomunidades de Municipios constituyen agrupaciones voluntarias de municipios para la ejecución en común de obras y servicios municipales¹⁸, rigiéndose en cuanto a organización y competencias por sus propios estatutos.

La «Comisión para el Estudio y Propuesta de Medidas para la Reforma de la Financiación de las Haciendas Locales» consideraba respecto de estas entidades supramunicipales que, «teniendo en cuenta que constituyen una forma adecuada para la prestación de ciertos servicios en ciertas partes de nuestro territorio en las que la dispersión municipal impide o encarece su desarrollo sería conveniente la regulación de aquellas medidas que puedan fomentar tanto su constitución como facilitar su funcionamiento».

¹⁸ Según el Censo de Entes del Sector Público Local de 2001, existen 40 tipos de servicios municipales gestionados por Mancomunidades. Entre ellos destacan por el número de municipios asociados a cada tipología, los servicios de «recogida, eliminación, tratamiento de basuras y limpieza viaria (4.533 municipios asociados), Saneamiento, abastecimiento y distribución de agua (2.692 municipios asociados), Acción social (2.324 municipios asociados), Protección Civil (2.101 municipios asociados), etc.

El instrumento idóneo para mancomunar servicios técnicos de los pequeños municipios, sería la suscripción de «convenios especiales». Estos convenios, permitirían que los Ayuntamientos dispusieran de unos servicios que, de forma individual, estarían fuera de su alcance.

Al objeto de fomentar la firma de estos convenios entre municipios limítrofes, sería oportuno realizar un análisis sobre los servicios técnicos susceptibles de mancomunación, así como sobre los ahorros que podrían obtenerse

Problemas específicos

Ámbito subjetivo

Un dato destacable de la realidad de la contratación de las Administraciones Locales viene dado por el hecho de que un porcentaje muy significativo de esa contratación se produce a través de personificaciones jurídicas de distinta naturaleza, con una sujeción de grado variable a la legislación de contratos.

Así como las organizaciones administrativas de los grandes municipios no tienen dificultad alguna en el cumplimiento de la normativa vigente, la falta de una organización administrativa adecuada en los Municipios de menor tamaño dificulta extraordinariamente la contratación, haciendo más atractiva la creación de otro tipo de personificaciones jurídicas instrumentales.

En el cuadro de la siguiente página se recoge el Censo de Entes correspondiente al Sector público Local¹⁹.

Mesa de Contratación

Este órgano colegiado que en el TRLCAP se configura con un claro carácter técnico, queda difuminado en las Corporaciones Locales por integrarse en él como vocales a los distintos concejales. Además, el número exigido de miembros (Presidente, Secre-

¹⁹ Último censo publicado el correspondiente a 1 de enero de 2001.

Entidades Locales	Nº	Entes Dependientes	Nº
Diputaciones ²⁰ , Consejos y Cabildos Insulares	53	Organismos Autónomos Administrativos. Organismos Autónomos Comerciales. Sociedades Mercantiles.	142 11 79
Ayuntamientos	8.105	Organismos Autónomos Administrativos. Organismos Autónomos Comerciales. Sociedades Mercantiles.	1.583 41 899
Mancomunidades	924	Organismos Autónomos Administrativos. Organismos Autónomos Comerciales. Sociedades Mercantiles.	16 1 16
Comarcas	50	Organismos Autónomos Administrativos. Organismos Autónomos Comerciales. Sociedades Mercantiles.	32 1 10
Áreas Metropolitanas	2	Organismos Autónomos Administrativos Sociedades Mercantiles.	1. 5
Agrupación de Municipios	71	Sociedades Mercantiles.	1
Entidades Locales Menores	3.708	Organismos Autónomos Administrativos.	2
Total de Entes Dependientes	2.840	Organismos Autónomos Administrativos. Organismos Autónomos Comerciales. Sociedades Mercantiles	1.776 54 1010
Ayuntamientos con Entidades Locales menores en su término municipal.	761		

Fuente: *Censo de Entes 2001 – Sector Público Local. Mº de Hacienda.*

tario-Interventor y, al menos, dos vocales más, además del Secretario) es difícil de conseguir en pequeños Ayuntamientos debido a las carencias de personal ya apuntadas.

La previsión de contenida en el apartado tercero de la disposición adicional novena del TRLCAP, que establece textualmente que « *la Mesa de contratación estará presidida por el Presidente de la Corporación o miembro de ésta en quien delegue...* », por un lado,

²⁰ Incluidas las Diputaciones Forales (Álava, Guipúzcoa y Vizcaya).

resulta de difícil cumplimiento en las Corporaciones locales de menor dimensión debido a que sus miembros no suelen tener un régimen de dedicación total y, por otro, puede obstaculizar el desempeño de éstos en otras funciones.

Sería recomendable, teniendo en cuenta que la Mesa de Contratación es un órgano de asistencia técnica y no de control político, que la Presidencia de ésta pudiera recaer no necesariamente en un miembro electo de la Corporación.

Procedimiento negociado

Para la utilización del procedimiento negociado la normativa de Régimen Local fija el límite en el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto de la entidad (artículo 88.3 LRBRL), sin que en ningún caso se puedan superar los establecidos en los artículos 141, letra g); 182, letras i) y k) y 210, letra h) del TRLCAP (disposición adicional novena, primer párrafo del TRLCAP).

Respecto de las Entidades Locales de mayor capacidad económica, el límite vendrá determinado por lo que disponen los citados artículos del TRLCAP, pero en cuanto a los Ayuntamientos más pequeños, el límite vendrá marcado por el 10% del presupuesto que, en algunos casos, puede comportar la imposibilidad práctica de aplicación del procedimiento negociado²¹, propiciando la forma de adjudicación mediante subasta o concurso público en contratos cuyas cuantías son ligeramente superiores a las del contrato menor²².

Este límite dificulta la actividad administrativa de los Ayuntamientos pequeños que vienen obligados a prescindir de un procedimiento ágil para la contratación, debiendo proceder a convocar una subasta o un concurso, con la consecuente publicidad en boletines oficiales y en los plazos establecidos, y repitiendo, en ocasiones, el proceso de un

²¹ Por ejemplo en la provincia de Teruel, 121 Ayuntamientos tienen presupuestados menos de 150.253,03 € de ingresos corrientes. La aplicación del porcentaje del 10 por 100, propicia la adjudicación mediante subasta o concurso público para importes próximos a 15.025,30 €. Fuente: Datos facilitados por el Servicio de Asesoramiento a Municipios de la Diputación de Teruel.

²² El artículo 176 del TRLCAP fija la cuantía de los contratos menores en 12.020,24 €

nuevo procedimiento de adjudicación mediante el recurso al procedimiento negociado por la ausencia de ofertas. También obliga al Secretario-Interventor (a veces, único funcionario del Ayuntamiento) a una compleja tramitación administrativa.

Contratación de obras

Las dificultades vuelven a darse en municipios pequeños o medianos donde se observan dos elementos característicos en la gestión de este tipo de contratos:

El primero de ellos, referido al contenido del contrato, es el difícil cumplimiento de lo exigido en el Reglamento General de la Ley (artículo 125.1), por el que los proyectos, para ser aprobados, deben ser necesariamente obras completas (entendiéndose por tal las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de ulteriores ampliaciones).

En la realidad de las Corporaciones Locales de menor tamaño se observa que, con cierta frecuencia, los contratos de obras se licitan y adjudican por fases. La situación se produce principalmente en la contratación de obras de los Planes Provinciales si bien puede extenderse a la contratación de obra propia. Debido a la necesidad de adecuarse a la financiación existente en cada momento, se contrata parcialmente en cada ejercicio económico una parte distinta de obra y, al tratarse de licitaciones independientes las adjudicaciones pueden recaer en diferentes contratistas. Consecuentemente, la misma obra puede ser ejecutada por contratistas distintos con las dificultades técnicas que para la gestión de un Ayuntamiento de escasa dimensión comporta, más aún si se produce la resolución de uno de los contratos. Adviértase que, si bien en las grandes Administraciones Públicas tal situación no se plantea por la concertación plurianual del gasto, tal figura es de difícil aplicación en pequeños municipios que desconocen la posible financiación de las obras en ejercicios futuros.

El segundo elemento se encuentra en la ausencia de personal especializado (ya señalada antes) que dificulta la supervisión de los proyectos e, incluso, la adecuada emisión de certificaciones de obras. Todo ello conlleva que, en ocasiones, sean empresas privadas las que asumen funciones que deberían permanecer en sede

administrativa. La posibilidad de que, también en este ámbito, se aborden soluciones de cooperación administrativa, parece indiscutible.

Financiación de los contratos y pago de las obligaciones

La secuencia de aprobación del gasto, su disposición y reconocimiento de la obligación no van unidas a la efectividad del pago en el plazo establecido (dos meses como máximo conforme al artículo 99.4 del TRLCAP).

La secuencia de financiación del presupuesto en los pequeños Ayuntamientos es muy diferente a la de las otras Administraciones Públicas. Ello conduce a situaciones en las que, si bien en las dotaciones presupuestarias aprobadas existe crédito adecuado y suficiente, tal previsión no se corresponde con una existencia real de efectivo para formalizar su pago, originando un serio perjuicio tanto a la Corporación local como a los contratistas.

No hay que olvidar que el Artículo 14.3 del TRLCAP establece que:

«la financiación de los contratos por la Administración se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de la prestación, debiendo adoptarse a este fin por el órgano de contratación las medidas que sean necesarias al tiempo de programación de las anualidades y durante el período de ejecución».

Existen serias dificultades en los Ayuntamientos para dar cumplimiento al referido precepto en determinados casos (directrices emanadas por los órganos de la Unión Europea respecto de la percepción de los Fondos Comunitarios²³), o la obligación de las Corporaciones Locales de presentar aval bancario ante el órgano de la Comunidad Autónoma, para recibir los anticipos de fondos que dicha Administración le transferirá con posteriori-

²³ El pago de los Fondos Europeos de la cartera 2000 – 2006 adquiere el carácter de reembolso, de forma que la autoridad pagadora del programa procederá al pago de la participación comunitaria en los gastos efectivamente realizados y pagados por el Ayuntamiento, no respecto de los compromisos como ocurría en la anterior cartera (Reglamento (CE) nº 1265/1999). Existe un procedimiento acordado en el seno de la Administración General del Estado, del que se excluye a las Comunidades Autónomas, por el que se elimina la posibilidad de un sistema de envío automático de anticipos.

dad. El aval es condición básica para el otorgamiento y el Ayuntamiento debe realizar una operación de crédito que le permita disponer de la dotación presupuestaria exigida.

Por otro lado, en la ejecución de planes provinciales de inversiones, algunas Comunidades Autónomas comunican a los Ayuntamientos la concesión de una subvención para la ejecución de obras singulares (por ejemplo centros escolares) fijando un plazo para la redacción del proyecto y la ejecución de las obras de un año y, en cambio, el ritmo de financiación, es decir, de entrega de la subvención, puede dilatarse hasta un plazo de cuatro años.

Resulta aconsejable que se proceda a una revisión del sistema al objeto de garantizar el pago de las obligaciones contraídas en los plazos establecidos. Por otro lado, la concesión de subvenciones para financiar proyectos de inversión debe ser coincidente con los plazos de ejecución sin que el órgano de contratación se vea obligado a recurrir al fraccionamiento del contrato o a la aplicación del procedimiento negociado por motivos de urgencia.

Resolución de los contratos

La resolución de los contratos cuando existe oposición por parte del contratista, constituye un problema de especial relevancia para las Corporaciones Locales. La Ley Orgánica del Consejo de Estado y el TRLCAP exigen que, cuando se formule oposición a la resolución por parte del contratista en el trámite de audiencia, se someta la cuestión a informe del Consejo de Estado u del órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas.

En situaciones resolutorias por causas objetivas (falta de constitución de la garantía definitiva y no formalización del contrato, siempre y cuando se adecue a lo dispuesto en el artículo 71.3. del RLCAP²⁴), el informe del órgano consultivo resulta de escaso valor a la decisión del órgano de contratación. A ello se añade el problema derivado

²⁴ El documento de formalización, en los contratos de obras, además de las menciones de generales a todos los contratos, deberá recoger: definición de la obra y mención expresa de los documentos del mismo que obligarán al contratista, plazo para la comprobación del replanteo y conformidad del contratista con el proyecto.

del tiempo que transcurre entre la solicitud del informe (los Alcaldes y Presidentes de la Diputaciones carecen de competencia para dirigirse al Presidente del Consejo de Estado en solicitud del informe y deben efectuarlo por conducto del Presidente de la Comunidad Autónoma a la que pertenecen) y la emisión de éste.

Competencias

En la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, el reparto de atribuciones entre el Pleno y el Alcalde, contenido en los artículos 21 y 22, y entre el Presidente de la Diputación y el Pleno (artículos 33 y 34) atribuye al Alcalde o al Presidente de la Diputación), la competencia para *«las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su importe no supere el 10% de los recursos ordinarios del Presupuesto ni, en cualquier caso, los 6 millones de euros»*.

Sin embargo, para la adquisición de bienes y derechos los límites son diferentes:

Que no supere el 10% de los recursos ordinarios del Presupuesto (límite igual que para contratos).

Que no supere los 3 millones de euros (500 millones de Pts).

No tiene mucho sentido que los límites en % sean iguales (10% recursos ordinarios) y sin embargo, el tope en cifras sea distintos para contrataciones y concesiones (6 millones de euros) que para adquisición de bienes y derechos (3 millones de euros).

El problema surge porque el límite de 6 millones se refiere a *«las contrataciones y concesiones de toda clase»*. Esto incluye tanto los contratos administrativos, como los privados.

Hay que tener en cuenta que la mayor parte de las «adquisiciones de bienes», se hace por contrato. Si se trata de compra de bienes inmuebles será un contrato privado (artículo 5 TRLCAP) y si son bienes muebles (salvo propiedades incorpóreas y valores negociables) se tratará de un contrato de suministro. En estos casos se trata simultáneamente de un contrato y de la adquisición de unos bienes, y se plantea el problema de qué límite aplicar: si el de seis millones de euros o el tres millones de euros, con el límite, en todo caso, del 10% (común a ambos apartados de los artículos cita-

dos). Es decir, que en un contrato de suministro por importe de cinco millones de euros, se plantea la duda de quien será el órgano competente para contratar: el Alcalde, porque se trata de un contrato de presupuesto inferior a seis millones de euros; o el Pleno, por tratarse de una adquisición de bienes superior a tres.

Sería aconsejable unificar las cantidades (ya están igualados los porcentajes) así como modificar los apartados correspondientes a la adquisición de bienes de los artículos 21-22, y 33-34, igualándolos a la cifra de los seis millones de euros que figura como límite de las contrataciones y concesiones.

Publicidad de los procedimientos de licitación de las Corporaciones Locales.

La disposición adicional novena, apartado segundo, del Reglamento General de la Ley establece:

«La publicidad de los procedimientos de licitación de las Corporaciones locales, cuando no tenga que realizarse en el “Boletín oficial del Estado” conforme al artículo 78 de la Ley, habrá de efectuarse conforme a lo dispuesto en el artículo 123.1 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto-legislativa 781/1986, de 18 de abril.»

A su vez, este último precepto establece:

«Tanto las subastas como los concursos se anunciarán en el Boletín Oficial de la Provincia, en el Boletín de la Comunidad Autónoma y, además, en el Boletín Oficial del Estado, ...»

Cuando el propio TRLCAP, en su artículo 78.1, indica que:

«No obstante, las Comunidades Autónomas, entidades locales y sus organismos autónomos y entidades de derecho público, cuando se trate de contratos que por su cuantía no hayan de publicarse en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas”, podrán sustituir la publicidad en el “Boletín Oficial del Estado” por la que realicen en los respectivos diarios o boletines oficiales.»

De acuerdo con este precepto, cabe la interpretación de que cuando los anuncios de licitación no tengan que publicarse en el BOE, en el Boletín de la Provincia o en el de la Comunidad Autónoma, tengan que hacerlo en el de la Provincia o en el de la Comunidad Autónoma. Es dudoso que con la remisión a dicho artículo 123.1 del Texto Refundido Local la publicación tenga que efectuarse en los dos Boletines (Provincia y Comunidad Autónoma) o sólo en el de la Provincia y en el caso de Comunidad Autónoma uniprovincial en el de la Comunidad Autónoma.

Se estima innecesaria la reiteración de la publicidad en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma, cuando ya se publica en el correspondiente Boletín Oficial de la Provincia. Esta medida comporta dilación del expediente y un incremento del coste de tramitación que acaba asumiendo el contratista (artículo 75 Reglamento General de la Ley).

Se estima aconsejable que la publicidad se efectúe a través de un único medio en aquellos anuncios que no deban ser objeto de publicación en el BOE.

CAPÍTULO V

Las empresas contratistas

I. La clasificación y registro de empresas

El Título II del Libro Primero del TRLCAP regula los requisitos que deben reunir las empresas para poder contratar con las Administraciones Públicas, así como los procedimientos y medios para su acreditación.

El artículo 15.1 establece al respecto:

«Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible».

La regulación de la clasificación y registro de las empresas en materia de contratación pública tiene por objeto simplificar las relaciones entre los órganos de contratación y los operadores económicos. En un marco adecuado, la clasificación y registro de empresas debería tender a reducir los costes de transacción en cada una de las licitaciones en que un operador económico puede participar.

Desde la óptica de la competencia, es determinante asegurar que la regulación de la clasificación no sea una barrera de entrada para potenciales operadores econó-

micos. La clasificación no puede constituir, así, un obstáculo que impida una efectiva competencia en el mercado.

Además, la concentración de la evaluación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de las empresas en un órgano colegiado como es la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, con participación de las organizaciones empresariales representativas de los sectores afectados, garantiza la aplicación uniforme de los criterios de evaluación y, por otro lado, simplifica el trabajo de los órganos de contratación, a los que releva de la tarea de evaluar en cada licitación la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de los licitadores en los casos en que es exigible la clasificación, constituyendo por sí mismo un elemento de simplificación del proceso de contratación administrativa.

Contratos sujetos a la exigencia de clasificación

El artículo 25 del TRLCAP establece la clasificación como requisito previo para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras o de contratos de servicios a los que se refiere el artículo 196.3 de la Ley (con determinadas excepciones), en ambos casos por importe igual o superior a 120.202,42 euros.

Así pues, la Ley acota con carácter general el ámbito de clasificación con un doble criterio. Por una parte, en virtud de un criterio puramente cuantitativo, el requisito de clasificación afecta únicamente a contratos de cuantía superior a un determinado importe en términos de presupuesto de licitación. Por otra, su campo de aplicación se limita a dos tipos de contratos: los contratos de obras y los de servicios.

Desde el punto de vista de los tipos de contratos sujetos al sistema de clasificación, (y sin perjuicio de las excepciones que puedan existir respecto de contratos concretos) cabe cuestionar la procedencia de un distinto procedimiento de verificación de la solvencia de una empresa en función de que concurra a la licitación de uno u otro tipo de contratos.

Este sistema dual puede dar lugar a decisiones inconsistentes, particularmente en los casos nada infrecuentes de empresas que ejecutan tanto contratos de servicios como de consultoría y asistencia, así como contratos mixtos.

La supresión de la exigencia de clasificación para los contratos de consultoría y asistencia (efectuado por el artículo 77 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) puede ocasionar perjuicios a estas empresas que se ven obligadas a acreditar su solvencia técnica y económica en cada licitación.

En conclusión, se estima aconsejable reflexionar acerca de la conveniencia de extender la aplicabilidad del sistema de clasificación a otros tipos de contratos administrativos, y de restablecer la exigencia de clasificación para los contratos de consultoría y asistencia.

Límites cuantitativos de aplicación de la clasificación

El artículo 25 del TRLCAP habilita al Ministro de Hacienda para elevar o disminuir el umbral económico de exigencia de clasificación para cada tipo de contrato por exigencias de la coyuntura económica, previa audiencia de las Comunidades Autónomas

En relación con el límite cuantitativo establecido como umbral para la exigencia de clasificación, razones de eficiencia y racionalidad económica aconsejan seguir un criterio de proporcionalidad entre los costes asociados al propio proceso de clasificación y el importe de los contratos sujetos a dicho requisito.

Dados los costes de gestión en que una empresa ha de incurrir para obtener y renovar periódicamente la clasificación, la exigencia de éste requisito para contratos de pequeña cuantía podría hacer antieconómico para determinadas empresas contratar con las Administraciones Públicas.

Esta situación puede producirse especialmente para pequeñas empresas, empresas de ámbito local o empresas que no contratan de modo habitual con las Administraciones Públicas. En tales casos, la exigencia de clasificación podría suponer una barrera de entrada al mercado de la contratación pública, con la consiguiente reducción de la concurrencia efectiva en dichos contratos. Por el contrario, un umbral presupuestario excesivamente elevado privaría a los órganos de contratación y a los operadores económicos de los beneficios que aporta el sistema de clasificación.

Una posible medida para conseguir un adecuado equilibrio entre los costes y los beneficios derivados de la obtención de clasificación y de su exigencia podría consistir en la revisión de los límites cuantitativos de exigencia de clasificación. En todo caso, la clasificación en vigor sería condición suficiente para que una empresa acreditase su solvencia económica, financiera y técnica en los contratos de presupuesto inferior a dicho límite. De este modo, el requisito de clasificación no constituiría una barrera de entrada al mercado de la contratación pública en contratos de pequeña o mediana cuantía, sin perder por ello los beneficios que el sistema de clasificación aporta.

Por otra parte, es conveniente acomodar el importe del umbral de exigencia de clasificación establecido en la legislación de contratos a cifras redondeadas en euros.

Duración de las clasificaciones

Las empresas deben solicitar cada dos años ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la renovación de su clasificación de acuerdo con el artículo 29 del TRLCAP que establece en dos años la duración de las clasificaciones para los casos en que dicho requisito resulta aplicable. Dicha carga dimana de la necesidad de acreditar periódicamente el mantenimiento de las circunstancias de solvencia económico-financiera y de solvencia técnica o profesional.

La actual normativa no hace distinción a la hora de verificar la acreditación periódica de ambos tipos de solvencia en la renovación de la clasificación. Sin embargo, los factores determinantes de la solvencia técnica o profesional (medios materiales y personales, experiencia acumulada, títulos académicos y profesionales del empresario y cuadros directivos, etc.) tienen carácter estructural y, por ello, suelen ser mucho más estables que la situación financiera de las empresas, sujeta siempre a las circunstancias cambiantes del entorno económico y de la coyuntura de cada sector de actividad, así como al riesgo inherente a toda actividad empresarial. Resulta infrecuente que una empresa ya clasificada y manteniendo su solvencia económico-financiera, pierda su clasificación por problemas de solvencia técnica o profesional. Son, por el contrario, los problemas financieros la causa más frecuente de pérdida de la clasificación o de disminución de la categoría otorgada a una empresa.

Esta asimetría entre los factores determinantes de la solvencia económico financiera y de la solvencia técnica o profesional (y sus respectivos costes de acreditación) aconseja simplificar y agilizar el proceso de renovación periódica de la clasificación.

Un esquema de clasificación que separara, por un lado, la acreditación y verificación de la solvencia económico-financiera y, por otro, la solvencia técnica o profesional (exigiendo una acreditación más frecuente de la primera y más espaciada de la segunda) puede resultar más simple y eficiente, al reducir los costes de gestión de la renovación de las clasificaciones sin merma, no obstante, de las garantías de solvencia de las empresas clasificadas.

Definición y revisión de los trabajos incluidos en cada subgrupo de clasificación

El Anexo II del Reglamento General de la Ley recoge los trabajos incluidos, a efectos de clasificación, en cada uno de los subgrupos de clasificación de contratos de servicios. Sin embargo, no existe un repertorio semejante para los trabajos incluidos en los contratos de obras. Parece, pues, conveniente dar un tratamiento homogéneo a los distintos tipos de contratos, incorporando al Reglamento la definición de los trabajos incluidos en cada uno de los subgrupos de clasificación de contratos de obras.

La experiencia acumulada desde la entrada en vigor del Reglamento General de la Ley aconseja efectuar reajustes en la definición de los trabajos incluidos en cada subgrupo de clasificación, especialmente en aquellos subgrupos de carácter residual inicialmente diseñados para acoger servicios de difícil clasificación (como el subgrupo U-7, «*otros servicios no determinados*»), así como en aquellos otros afectados por cambios normativos, tecnológicos o de procesos de producción.

Asignación de categorías en casos especiales

Los criterios de clasificación establecidos por el Reglamento General de la Ley y, en particular, la asignación de categoría en los distintos grupos de clasificación, pivotan alrededor de la experiencia acreditada en la ejecución de obras o de servicios inclui-

dos en cada subgrupo. Ello se materializa en un sistema de reglas y fórmulas que resultan inaplicables cuando una empresa carece de experiencia acreditada en los últimos años en las obras o servicios correspondientes, aún cuando ésta dispusiera de medios materiales, personales y financieros adecuados.

Aunque esta circunstancia no priva a una empresa de la posibilidad de obtener clasificación en el grupo o subgrupo, las reglas y criterios para la asignación de categoría, en dichos casos, está definida en términos poco operativos. Ello dificulta su aplicación y puede crear cierta inseguridad jurídica o abrir márgenes de discrecionalidad excesivamente amplios, en contraste con el carácter reglado de la clasificación en el resto de los casos.

Esta situación puede presentarse en diversas circunstancias (empresas de nueva creación, nuevos servicios tales como certificación y firma electrónica, servicios de telecomunicaciones avanzadas, evaluación tecnológica de nuevos productos, etc.) así como los de subgrupos de obras o servicios que, por sus características o dimensiones (grandes obras hidráulicas, obras especiales, etc.) vienen siendo ejecutadas por un reducido número de empresas. En dichos casos, la clasificación y la obtención de una categoría adecuada puede constituir de hecho una barrera de entrada al mercado público.

Parece conveniente, en aras de la seguridad jurídica y la transparencia, dar una mayor precisión y detalle a las reglas de determinación de la categoría en tales supuestos, habilitando, en su caso, al Ministro de Hacienda para el desarrollo de los criterios establecidos en el Reglamento.

Determinación de la solvencia económica y financiera

Las reglas de determinación de los parámetros financieros y valores para establecer la solvencia económica y financiera de las empresas a efectos de clasificación están definidas para las empresas contratistas de obras en el artículo 35 del Reglamento General de la Ley, en el que se especifican los requisitos mínimos de fondos propios necesarios para alcanzar cada una de las categorías establecidas. Sin embargo, para las empresas de servicios se carece de un precepto análogo.

Por otra parte, el hecho de que, de entre los distintos medios que el artículo 16 de la Ley permite para justificar la solvencia económica y financiera, el Reglamento sólo admita, a efectos de clasificación, el balance del último ejercicio de las cuentas anuales aprobadas y presentadas en el Registro Mercantil, puede obstaculizar la clasificación de empresas que, habiendo superado problemas transitorios de solvencia financiera en el momento de solicitar la clasificación, han de esperar al cierre de un nuevo ejercicio económico y ulterior aprobación y presentación de cuentas anuales para obtener la clasificación pretendida.

Inclusión del IVA en el cómputo de la experiencia empresarial

El artículo 17 del TRLCAP establece que la solvencia técnica en los contratos de obra podrá acreditarse mediante la relación de las obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años acompañada de certificados de buena ejecución para las más importantes. Asimismo, en el artículo 47.7.A) del Reglamento General de la Ley, se establece que para acreditar la experiencia deberá aportarse una relación de las obras correspondientes a la actividades de cada subgrupo realizadas durante los últimos cinco años.

La relación se acompañará de los certificados de buena ejecución de las más importantes debiendo cumplir éstos, entre varias condiciones, la de describir sucintamente los trabajos realizados, con información relevante sobre las cantidades y valores de aplicación así como con expresión de las características que los definen y de los materiales empleados. Asimismo, se señala que los certificados serán redactados de manera que contengan los datos que se exponen en los modelos tipo de tramitación de la clasificación de la empresa.

Los modelos tipo elaborados por el Ministerio de Hacienda para la clasificación de empresas, incluidos en el Anexo VI, del expediente de solicitud de clasificación, incluyen que deberá reflejarse *«el importe total, sin IVA, de las obras que comprende el proyecto completo...»*. Igualmente, el punto cuarto de la certificación establece que deberá reflejarse *«el importe total, sin IVA de las ...»*, debiéndose señalar la tipología de obra correspondiente.

En cambio, el artículo 26 del Reglamento General de la Ley, cuando trata las categorías de clasificación en los contratos de obra, señala que éstas vendrán determinadas por la anualidad media de cada contrato, ajustándose la clasificación de las empresas según la tabla que determina las categorías para cada tramo de anualidad media de contratos, sin hacer distinción sobre si se entiende incluido o excluido el IVA. Una regulación igual contienen ambos cuerpos normativos respecto del contrato de servicios.

A su vez, el artículo 25 del TRLCAP establece que para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras o de contratos de servicios a lo que se refiere el artículo 196.3, en ambos casos por presupuesto igual o superior a 120.202,42 euros, será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación, sin especificar nada acerca del IVA.

Sin embargo, el artículo 135 del Reglamento General de la Ley establece que el presupuesto base de licitación se debe obtener incrementando el de ejecución material con los gastos generales de estructura y con el Impuesto sobre el Valor Añadido. Por ello, los anuncios de licitación se entienden con el IVA incluido, ya que reflejan el presupuesto base de licitación.

Sería conveniente unificar estos dos criterios actualmente dispares, de manera que la acreditación de la experiencia ante la Junta Consultiva pueda realizarse con inclusión, en todos los casos, del IVA o impuesto indirecto correspondiente.

La exigencia legal de disposición de medios materiales de la empresa a los efectos de la acreditación de la solvencia técnica de las empresas

Las empresas licitadoras a los efectos de acreditar ante la Administración Pública contratante su solvencia técnica o profesional en los contratos de obras, deben emitir una declaración indicando «*la maquinaria, material y equipo técnico del que dispondrá para la ejecución de las obras*» (artículo 17.c) TRLCAP).

Por su parte, el artículo 32 del Reglamento General de Ley, a la hora de establecer las reglas sobre clasificación de empresas contratistas de obras toma como referencia, entre otros parámetros, el «*índice de mecanización*», que se define como «*el valor*

actual de su parque de maquinaria, del importe pagado en concepto de alquiler de maquinaria, y del importe de obra ejecutado». A los efectos de cuantificar dicho valor, parece deducirse del tenor del citado precepto reglamentario que la maquinaria sólo podrá disponerse en régimen de propiedad o de arrendamiento financiero, y que, además debe disponerse de tales medios materiales en el momento de pretender obtener la clasificación.

Debiera ponderarse la conveniencia de establecer expresamente que los medios materiales con los que deba contar el licitador de obras (maquinaria, material y equipo técnico) puedan serlo por cualquier título jurídico, ya sea propiedad, arrendamiento común, arrendamiento o cualquier otro título admitido en derecho, que garantice en definitiva el disponer «efectivamente» de aquellos.

La facultad del órgano de contratación de exigir al licitador un compromiso de adscripción de medios personales y materiales

El artículo 15.1 TRLCAP establece en su párrafo tercero que «además de la clasificación que resulte procedente para la ejecución del contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que completen en la fase de selección y a efectos de la misma, la acreditación de su solvencia mediante el compromiso de adscribir a la ejecución los medios personales o materiales suficientes para ello, que deberán concretar en su candidatura u oferta».

En relación con esta previsión²⁵ se entiende que, sin perjuicio de su utilidad y virtualidad, debiera sopesarse la oportunidad de establecer alguna suerte de precisión que afirme su excepcionalidad –dado que la solvencia se acredita de ordinario mediante la clasificación cuando ésta resulta exigible– a fin de limitar la discrecionalidad que subyace en el ejercicio de esta facultad; todo ello para que no se convierta en una facultad

²⁵ Introducida, como es sabido, por el artículo 61 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

de cuyo ejercicio libre e indiscriminado puedan seguirse efectos no deseados (convertirse, por ejemplo, en un criterio de adjudicación con incidencia negativa en la competencia entre operadores económicos).

Tal observación se justifica, por una parte, en razones de seguridad jurídica, dado que si bien el vigente Reglamento General de la Ley resulta ciertamente ambiguo en este punto, el artículo 15.1 TRLCAP parece acoger implícitamente esta posibilidad. No parece, pues, razonable ni equitativo negar a las empresas individuales aquello que se les reconoce a las que por razones de dimensión o estructura empresarial forman o se integran en grupos de sociedades. Del mismo modo, el párrafo tercero de ese mismo precepto legal, que faculta al órgano de contratación para exigir a los aspirantes o licitadores que completen en la fase de selección y a efectos de la misma la acreditación de su solvencia técnica mediante el compromiso de adscribir a la ejecución los medios personales o materiales suficientes para ello y que deberán concretar en su propuesta, no parece prejuzgar el título jurídico en virtud del cual debe disponerse de tales medios.

Por otra parte, la aceptación de una propuesta como la sugerida representaría un importante apoyo a la pequeña y mediana empresa y permitiría el acceso al mercado de la contratación pública de numerosas empresas que por su dimensión no podrían acceder, facilitando, en definitiva, un mayor grado de concurrencia en el sector que redundaría en beneficio del interés público.

Acreditación de la solvencia técnica en algunos contratos de obras

El artículo 17 TRLCAP, dedicado a la solvencia técnica en los contratos de obras, establece que ésta deberá justificarse, entre otros medios, por una «*relación de las obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años acompañada de certificados de buena ejecución para las más importantes*» (letra g) del artículo). Por su parte, los artículos 26 y siguientes del Reglamento General de la Ley ponderan, a los efectos de la clasificación de empresas contratistas de obras, las obras específicas ejecutadas en el curso de los últimos cinco años.

Se ha tenido ocasión de percibir las dificultades que la exigencia de este requisito puede entrañar para algunas empresas, sobre todo en caso de obras públicas que

por su especial significación, relevancia o complejidad (como los túneles, las presas, entre otras) son adjudicadas generalmente a las mismas empresas con el consiguiente menos-cabo de la competencia en esas licitaciones.

2. El procedimiento para acreditar los requisitos para contratar con la administración

La acreditación por parte de los licitadores de los requisitos exigidos para contratar y la posterior verificación de los mismos por las Mesas de Contratación supone una importante carga formal. Esta situación, que se repite ante distintos órganos de contratación e, incluso, en distintos procedimientos ante un mismo órgano, está en clara colisión con el artículo 35 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establece el derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración.

Se analizan, a continuación las siguientes alternativas para simplificar este proceso.

Trasladar la carga de verificación de la documentación sólo a los adjudicatarios

Desde el punto de vista de la eficiencia es importante distinguir entre el cumplimiento de los requisitos para contratar y la forma y momento de su acreditación. Limitar la exigencia de su acreditación al adjudicatario del contrato supondría una indudable simplificación en el sistema de contratación, una reducción de sus costes de gestión y un incremento de la eficiencia del proceso.

Sin embargo, la supresión incondicional de la exigencia de requisitos formales a los no adjudicatarios podría abrir posibilidades de adulteración del proceso de licitación, mediante la presentación de ofertas que, efectuadas con mínimos costes de transacción y ningún riesgo de sanción, incluso por licitadores que no reunieran los requisitos para contratar, no pretendieran obtener la adjudicación del contrato sino desviar la decisión

o retrasar artificialmente la adjudicación, manipulando con tal fin la determinación de los importes que definen los límites de la presunción de temeridad de las ofertas, o la valoración de méritos del resto de ofertas.

El primer caso puede darse como consecuencia de las reglas para determinar el importe por debajo del cual una oferta puede considerarse incurso en presunción de temeridad, establecidas por el artículo 85 del Reglamento General de la Ley. Dado que dicho límite depende de los importes de las ofertas presentadas, la ausencia de controles previos podría incentivar la presentación de ofertas destinadas únicamente a manipular el umbral de presunción de temeridad, al objeto de eliminar o disuadir a los competidores que presentan ofertas más económicas, haciendo dichas ofertas más gravosas por los requerimientos de garantías adicionales, y en definitiva restringiendo la competencia.

El segundo caso se presenta en las licitaciones en las que las reglas de valoración de las ofertas hacen depender la puntuación de cada oferta de las características de alguna otra o del conjunto de las presentadas. Es el caso, muy frecuente, de los sistemas de valoración de ofertas de tipo «relativo», en virtud de las cuales la máxima puntuación teóricamente alcanzable en un determinado criterio de valoración es asignada a la mejor oferta bajo dicho criterio, asignándose cero puntos a la peor, y modulándose la puntuación del resto de las ofertas en función (usualmente lineal) de su proximidad relativa a la mejor o a la peor oferta. En estos casos, la presentación de ofertas espurias particularmente ventajosas respecto de un criterio dado afecta la puntuación de todas las ofertas en dicho criterio.

A esta objeción cabe responder desde diversos planos:

En primer lugar, ha de señalarse que la actual regulación no evita dichas posibilidades de manipulación: simplemente las hace más costosas en términos de cargas formales, al precio de hacer igualmente costosa la presentación de ofertas de buena fe.

En segundo lugar, parecería desproporcionado e ineficiente imponer a todos los licitadores la carga de acreditar documentalmente el cumplimiento de unos requisitos que sólo al adjudicatario es preciso exigir, con el único fin de hacer más costosos –que no evitar– los intentos de manipulación de la adjudicación. Parece preferible evitar una

medida tan indiscriminada (que afecta a todos los licitadores en todas las contrataciones) e implantar, en su lugar, las siguientes:

Atribución a los órganos de contratación de la potestad de eximir a los licitadores de la carga de aportar los documentos acreditativos de los requisitos para contratar, sustituyéndola por una declaración responsable de su cumplimiento, y limitando su exigencia al adjudicatario, reservándose, igualmente, la potestad de requerir a cualquier licitador su acreditación cuando se considerase necesario. De esta forma, en las adjudicaciones en las que, a la vista de las ofertas económicas presentadas, alguna de ellas quedara incurso en presunción de temeridad como consecuencia de otras ofertas, o bien se apreciaran indicios o se suscitaran dudas sobre la veracidad de las declaraciones presentadas, el órgano de contratación tendría la potestad de exigir la acreditación documental del cumplimiento de los requisitos para contratar a los correspondientes licitadores, eliminando de los cálculos los datos de las ofertas que no acreditaran el cumplimiento de los requisitos.

Establecimiento de sanciones a los licitadores que, requeridos a tal efecto, no pudieran justificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para contratar que habían declarado. Las sanciones (incautación de la garantía provisional, prohibición para contratar con las Administraciones públicas, etc.) tendrían un efecto disuasorio frente a posibles intentos de manipular las licitaciones.

Crear registros de licitadores o un Registro único para todas las Administraciones Públicas

Se han creado algunos registros de licitadores en la Administración General del Estado así como en otras Administraciones Públicas pero su utilidad se ve limitada por las siguientes circunstancias:

La primera limitación surge del hecho de que las inscripciones solamente surten sus efectos ante el órgano de contratación creador de cada registro (en el caso de la Administración General del Estado) o en el ámbito de la respectiva Administración autonómica o local (en los creados por las Comunidades Autónomas o Entes Locales). Como

consecuencia de esta situación, una sociedad que participe habitualmente en licitaciones convocadas por diversos órganos se ve obligada a aportar sus documentos a los distintos registros de licitadores existentes.

Además, la existencia de registros de licitadores, autónomos y aislados entre sí, podría crear problemas, no sólo desde el punto de vista de la certificación cruzada o de la redundancia y consistencia de los datos inscritos en los distintos registros, sino de la necesaria compatibilidad técnica entre registros.

Otra limitación de los registros de licitadores en su actual configuración consiste en que sólo pueden acreditarse los aspectos relativos a la personalidad, la capacidad de obrar y la representación, lo que aunque es un importante avance, deja sin resolver el problema de la solvencia. Esta situación obliga a seguir aportando gran número de documentos de forma repetitiva ante diferentes órganos de contratación. Además, en el caso de empresas clasificadas, muchos de los documentos exigidos en una licitación para acreditar la personalidad, capacidad y solvencia de una empresa ya fueron aportados por ésta en el expediente de clasificación.

Por último, este diseño plantea dificultades a la hora de abordar la implantación de tecnologías de la información en los procesos de licitación, no sólo por los riesgos de incompatibilidad o no de los diferentes registros, sino por la imposibilidad de mantener simultáneamente flujos electrónicos para una parte de la documentación y flujos en soporte papel para otra.

Una vía de simplificación y superación de las dificultades señaladas consistiría en la habilitación y potenciación de los mecanismos de coordinación entre registros de licitadores, ya previstos en la Ley. Otra alternativa sería la creación de un Registro único de licitadores, cuyos certificados tengan efecto liberatorio ante todos los órganos de contratación de la Administración General del Estado y sus entes dependientes. Esta segunda alternativa, que es la opción elegida por numerosas Administraciones Públicas, tanto de Comunidades Autónomas como de la Administración Local, desde el punto de vista de la eficiencia y la simplificación parece más ventajosa, tanto para los licitadores (a quienes bastaría presentar la documentación en un único Registro) como para las distintas Administraciones.

En todo caso, sería necesario realizar modificaciones normativas para permitir la sustitución total de la documentación exigida en el artículo 15.1 del TRLCAP por los certificados expedidos por los correspondientes registros de licitadores o, en su caso, por las declaraciones responsables realizadas por los representantes legales de las empresas, habilitando a las Mesas de contratación para la comprobación de lo certificado o declarado mediante el acceso telemático a dichos registros.

Establecer un esquema general de clasificación y registro de empresas

Un modelo homogéneo (con las peculiaridades pertinentes a cada tipo de contrato) y centralizado, tanto de evaluación de la solvencia de las empresas como de registro de documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos para contratar, podría constituir una alternativa simple y eficiente a los diferentes problemas que se han señalado respecto a la acreditación de requisitos, al eliminar, en todos los casos, las actuales redundancias en la aportación de documentos acreditativos.

Como conclusión, cabe señalar que las tres líneas de acción examinadas no son excluyentes, sino que pueden ser complementarias o sucesivas. De hecho, la solución que se perfila como más ventajosa sería una síntesis de todas ellas, cuyo esquema se basa en las líneas siguientes:

Crear un Registro único de licitadores para la Administración del Estado y sus entes dependientes (eventualmente consolidado con el Registro de Empresas Clasificadas) que pudiera tanto emitir certificados como ser consultado «en línea» por los distintos órganos de contratación, y que abarcara toda la información de carácter general exigida en el artículo 15.1 del TRLCAP.

Sustituir, con carácter general, la acreditación documental del cumplimiento de los requisitos para contratar por declaraciones responsables y garantías adecuadas.

Limitar la exigencia de acreditación o verificación a los adjudicatarios del contrato, así como a determinados licitadores en casos excepcionales, a criterio del órgano de contratación.

3. Las prohibiciones de contratar con la administración

La naturaleza jurídica de las causas determinantes de la prohibición de contratar con la Administración

El artículo 20 TRLCAP, bajo la rúbrica «*prohibiciones de contratar*» y, con el carácter básico que al efecto establece para todas las Administraciones Públicas su Disposición final primera, señala una serie de supuestos que impiden al candidato o aspirante a contratista llegar a serlo en razón de circunstancias ligadas a su honorabilidad profesional.

En efecto, a pesar de la rúbrica del precepto legal en cuestión, debe distinguirse en rigor entre supuestos de prohibición de contratar y causas de incapacidad para contratar. La diferencia entre ambos es clara. La prohibición significa la selección normativa de unos valores o intereses jurídicos cuya protección se hace efectiva mediante la privación de efectos jurídicos al actuar contrariamente a los mismos. La incapacidad exige la definición de supuestos de inhabilidad para actuar jurídicamente mediante la realización de concretos negocios o actos jurídicos en razón de la falta de concurrencia de los requisitos mínimos que permitan discernir la existencia de un consentimiento libre y no viciado de quien tiene reconocida su capacidad jurídica general por el ordenamiento jurídico.

Desde este punto de vista, puede parecer que la diferenciación tiene un alcance puramente teórico o académico. No es, sin embargo, así. La norma que, por ejemplo, impide acceder a la contratación pública a quienes no se encuentren al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones legales vigentes, se acomoda más a la configuración de las prohibiciones.

El legislador estima que la protección del interés público, derivado de la recaudación debida a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social, y el reproche legal que su incumplimiento comporta jurídicamente, deba completarse con una mayor represión de las conductas elusivas o defraudatorias. Por ello, se prohíbe a quien se encuentre en esa situación deudora acceder a la contratación pública.

Asimismo, se estima conveniente precisar el alcance de la remisión normativa de la letra d), cuando establece infracción grave en materia de disciplina de mercado. En concreto, debe ser precisado si alcanza a los expedientes sancionadores que deriven de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989.

Algunas de las circunstancias configuradas legalmente como prohibiciones de contratar tiene como presupuesto la adopción de una resolución administrativa. Es el caso, por ejemplo, de las circunstancias contempladas en la letra c)²⁶, letra d)²⁷, o letra j)²⁸ del artículo 20 TRLCAP.

En los dos primeros supuestos legales, la Ley hace expresa mención a la firmeza de la resolución que acuerde la resolución del contrato (letra c) del artículo 20) o de la sanción administrativa impuesta por la comisión de cualquiera de las infracciones enunciadas (letra d) del artículo 20); en el tercer supuesto, que también requiere la adopción previa de una resolución administrativa (de carácter sancionador), no contiene, sin embargo, referencia alguna a su eventual firmeza.

En la normativa no se establece que se trate de firmeza en vía administrativa. No obstante, la Junta Consultiva ha interpretado que la firmeza ha de producirse en vía jurisdiccional. Así, la Junta Consultiva²⁹ viene requiriendo a los órganos administrativos que remiten documentación para la declaración de prohibición de contratar con la Administración Pública que acrediten el carácter firme de su resolución, por no haberse recu-

²⁶ Dispone:

«haber dado lugar, por causa de la que hubieran sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración»

²⁷ Dispone:

«haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral de minusválidos o muy grave en materia social (...) o en materia de seguridad y salud en el trabajo (...)»

²⁸ Dispone

«haber sido sancionado como consecuencia del correspondiente expediente administrativo en los términos previstos en el artículo 82 de la Ley General Presupuestaria y en el artículo 80 de la Ley General Tributaria»

²⁹ Informes...

rrido o por haber sido resuelto en sentido desestimatorio el oportuno recurso jurisdiccional.

Tal interpretación encuentra perfecto encaje en la letra y el espíritu del TRLCAP cuyas prescripciones no prejuzgan (por lo menos no se dice expresamente) que la firmeza deba entenderse en sentido puramente administrativo, pero además es coherente con los criterios sentados por un relevante cuerpo de doctrina jurisprudencial, tanto por el Tribunal Constitucional, como por el Tribunal Supremo, en cuya virtud cuando las resoluciones administrativas (particularmente, las de carácter sancionador) comportan efectos jurídicos consistentes en la privación de derechos (la prohibición de contratar con la Administración Pública lo es sin lugar a dudas) la ejecutividad de los actos de la Administración debe deferirse al momento del enjuiciamiento judicial del acto controvertido.

En esta línea, se sugiere, con ánimo de clarificar la cuestión, que el artículo 20 o, en su caso, el artículo 21 TRLCAP establezca el carácter de firmeza en vía jurisdiccional en caso de recurso contra la resolución administrativa.

El carácter y naturaleza jurídica de la potestad administrativa en cuya virtud se declara la prohibición de contratar con la Administración y sus consecuencias legales

La cuestión subsiguiente a examinar es la relativa al carácter y naturaleza jurídica de la potestad administrativa en cuya virtud se declara la prohibición de contratar con la Administración Pública, así como las consecuencias legales que de ello se siguen.

Las prohibiciones de contratar, a excepción de aquellas que se aprecian de forma automática por los órganos de contratación y que subsistirán mientras concurren (letras a), b), e), f), i), j) y k)), «*requerirá su previa declaración mediante procedimiento, cuya resolución fijara expresamente la Administración a la que afecte y su duración*» (artículo 21.1 TRLCAP, en relación al artículo 17 del Reglamento General de la Ley), siendo así que dicha resolución que declara la prohibición para contratar con la Administración despliega sobre la esfera jurídica del contratista dos efectos desfavorables, como son:

la suspensión de las clasificaciones que hubieran sido concedidas a las empresas durante el plazo de duración de la prohibición (artículo 21),

la nulidad de pleno derecho de las adjudicaciones acordadas con posterioridad en favor de quien se halle incurso en declaración de prohibición para contratar (artículo 22).

Precisamente el alcance y trascendencia derivados del ejercicio de esta potestad es lo que exige extremar las garantías jurídicas. Teniendo presente que la resolución administrativa que declara la prohibición de contratar no pretende sino atribuir consecuencias desfavorables, (esto es, de carga o gravamen) a la verificación de un incumplimiento de las obligaciones impuestas «ex lege» a los contratistas, es imprescindible que su declaración derive de la previa formación de un expediente administrativo con audiencia del interesado en el que se verifique la concurrencia del hecho mismo de la infracción y la determinación del sujeto supuestamente responsable. Parece fundado, en definitiva, afirmar que el ejercicio de esta potestad administrativa participe de los principios y reglas que informan y disciplinan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración³⁰.

³⁰ La Audiencia Nacional viene considerando que dicha potestad no es sancionadora. En este sentido, por ejemplo, sentencia de 16 de diciembre de 1999:

«TERCERO. Esta Sala en sus precedentes sentencias sobre supuestos parecidos al actual, como son las de 28 Abr. y 30 Jun. 1997 (Recs-1770 y 1386/1993) ha considerado que «no nos encontramos ante el ejercicio de potestades sancionadoras por parte de la Administración, no existiendo un comportamiento infractor de un tipo sancionador administrativo, porque se trata de la pérdida de la confianza de la Administración en el adjudicatario de un contrato administrativo, que determina la consecuencia descrita en la parte dispositiva de la resolución recurrida, cuya eficacia temporal, no constituye sanción alguna.

En la demanda se parte por la recurrente de la premisa equivocada de que el artículo 20 de la Ley 13/1995 es una sanción administrativa y por lo tanto las alegaciones que versan sobre dicho presupuesto erróneo deben ser desestimadas. No obstante, según la doctrina, entre otras de la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 28 May. 1999 (R.J. 4.227); se puede dilucidar el presente caso considerando que la presunción de inocencia del recurrente ha sido desvirtuada por la Administración correctamente mediante el conjunto probatorio obrante en el expediente administrativo apareciendo suficientemente acreditado en el mismo las circunstancias previstas en el artículo 20 apdo. c) de la Ley 13/1995, en que incurrió el recurrente, habiéndose demostrado la culpabilidad del mismo, sin que se haya vulnerado por la Administración la aludida presunción de inocencia, con pleno respecto de la aplicación de los principios y de las garantías del artículo 24 de la Constitución.

4. Las uniones temporales de empresarios

Tradicionalmente se ha admitido que las Administraciones Públicas puedan celebrar contratos con uniones de empresarios que se constituyen de manera circunstancial para acometer la ejecución de un específico contrato o de varios contratos de similar naturaleza.

Pues bien, la primera observación que ha de hacerse en lo que concierne a las uniones de empresas se refiere específicamente al bloque normativo en el que se contiene su regulación. Las uniones temporales de empresas fueron inicialmente objeto de regulación por la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, derogada posteriormente en virtud de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas, que reguló tales formas de agrupación empresarial, posteriormente modificada por la Ley 12/1991, de 29 de abril, que si bien se dedicó a la regulación de la figura de las Agrupaciones de Interés Económico, modificó el régimen de la figura tradicional de las uniones temporales de empresas, todo ello sin perjuicio de la regulación que el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento de desarrollo han hecho de esta figura y que es en algunos aspectos divergente o incompatible con la vigente normativa fiscal de las mismas.

Esa relevancia multidisciplinar de las uniones temporales de empresas, unido a la dispersión normativa de su regulación, son circunstancias que indudablemente aconsejan el que desde la Administración General del Estado se pondere la conveniencia de impulsar una iniciativa legislativa que tuviese por finalidad vertebrar una regulación unitaria, cohesionada y sistemática de su régimen jurídico, administrativo y tributario, derogando la legislación anterior, sin perjuicio de mantener por razones sistemáticas el artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus concordantes en el Reglamento General.

Hecha esta observación previa no quisiera dejarse de aludir a dos cuestiones relacionados con las uniones de empresas en la contratación pública. Por un lado, insistir en que la posibilidad de adoptar la forma de unión de empresas como modalidad de colaboración entre empresas por tiempo cierto para contratar con la Administración no constituye una facultad o prerrogativa de la Administración contratante, sino

que constituye un derecho reconocido legalmente a las empresas que aspiran a ser contratistas y que, bien por razones de dimensión o de especialidad, bien por razones de acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional (a los efectos de su comunicación y acumulación entre las empresas), les permite acceder a determinados segmentos del mercado de la contratación pública a los que de lo contrario no podrían acceder o también emprender la posible ejecución de un contrato en mejores condiciones. Del mismo modo, tampoco resulta viable jurídicamente que los pliegos de cláusulas administrativas particulares puedan introducir cláusulas que impongan la forma de unión temporal de empresas para concurrir a una concreta licitación.

Finalmente, cabe señalar que obviamente la creación de las uniones temporales de empresarios no puede constituir un marco para la realización de prácticas restrictivas de la competencia. La colaboración entre empresas, que constituye la razón principal de ser de la figura y que, en principio lógicamente no es objeto de prohibición absoluta por el derecho de la competencia, no debe suponer que éstas incurran en las prohibiciones de este derecho. Las uniones temporales de empresarios no pueden ser limitativas de la competencia.

En este sentido, puede ser útil recordar las indicaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 20 de enero de 2003³¹:

«En primer lugar, el artículo 1 de la Ley 18/82 establece que la vigilancia de las actividades y repercusiones económicas de las UTE's se realizará por la Inspección Financiera y Tributaria «sin perjuicio y con independencia de la aplicación por los organismos o tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia». Precisamente porque «la exclusión de competidores durante el plazo de adjudicación es inherente al sistema concursal», como afirma el Servicio de Defensa de la Competencia en el acuerdo de archivo, la única competencia posible en los mercados que funcionan en tal sistema se establece en la fase del concurso, durante la cual cualquier pacto entre competidores puede tener un efec-

³¹ Resolución de Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2003 (Expte. r 504/01, Terapias Respiratorias Domiciliarias).

to restrictivo de larga duración. Este efecto será tanto mayor cuanto más reducido sea el número de posibles oferentes y cuanto mayor poder de mercado tengan los partícipes en el acuerdo.

Tales efectos restrictivos del acuerdo entre competidores pueden producirse con independencia de la forma que revista el pacto y del objeto que se persiga. En el caso presente las empresas pueden haber adoptado la forma de Unión Temporal con el legítimo objeto de acogerse al régimen tributario que la Ley 18/82 establece, pero ello no impide que esta Unión Temporal pueda tener efectos anticompetitivos si las empresas que se unen temporalmente tienen suficiente poder de mercado y si el número de competidores potenciales es reducido, sin que parezca que pueda atribuirse el efecto positivo señalado por el Servicio de Defensa de la Competencia que:

«gracias a dicha Unión el INSALUD puede ofrecer los servicios incorporados al concurso de forma generalizada a todas las áreas a unos precios muy ventajosos», si todos los concursantes ofrecieron la máxima reducción de precios compatible con las bases del concurso.»

5. Las garantías exigidas para contratar con la administración

El régimen de las garantías exigidas legalmente para contratar con la Administración, bien para concurrir a los procedimientos de adjudicación –garantías provisionales–, bien para proceder a la formalización del contrato adjudicado –garantía definitiva–, no parece que constituya un obstáculo a la existencia de una competencia en el mercado.

No obstante, debemos llamar la atención sobre la existencia de algunas prácticas por los órganos de contratación que producen un trato discriminatorio y contravienen el principio de libre competencia. Se exigen garantías complementarias o adicionales sin que ello tenga justificación suficiente en el expediente; también la demora en la devolución y cancelación de las garantías definitivas que se prolongan durante largos períodos de tiempo posteriores a la liquidación final del contrato, provocando una disfunción en la economía de las empresas y dificultando, especialmente a las pequeñas y medianas, su perfecto desenvolvimiento en el tráfico jurídico mercantil, ya que al estar

vivas dichas garantías las reticencias de las entidades financieras para renovar o establecer otras nuevas es mayor; exigencia de otras garantías tales como un seguro «*todo riesgo construcción*», seguro de «*responsabilidad civil*» por un determinado importe que no vienen establecidos en la Ley y que tratan de cubrir aspectos que ya lo hacen las garantías que aquí se recogen.

A mayor abundamiento a veces se presentan exigencias de garantías que, en la práctica incluso no se dan, como puede ser un «*seguro de responsabilidad medioambiental sin franquicia a primer requerimiento por un importe de ... euros*», que exclusivamente podrían obtenerlo, caso de así aceptarlo las entidades aseguradoras, un determinado número de empresas; o por último, la práctica afectar o destinar el importe de las garantías para cubrir o solucionar problemas ajenos por completo a la ejecución del contrato.

Sistema de garantías provisionales y definitivas

Se estima recomendable valorar la conveniencia de aplicar las garantías provisionales a la garantía definitiva. En la regulación vigente, esta posibilidad se limita a las garantías constituidas en metálico o valores (artículo 64.2 del Reglamento General de la Ley). Con objeto de reducir los gastos asociados a la cancelación de las garantías provisionales y establecimiento de las definitivas, esta opción debería extenderse a las garantías prestadas mediante aval o seguro de caución.

Para ello, en el texto de la garantía provisional debería figurar que dicha garantía tendrá los efectos de definitiva (en el caso de que el licitador resulte adjudicatario del contrato) siempre que se incremente en el porcentaje necesario para alcanzar el importe legalmente establecido. Además del ahorro de costes para el adjudicatario, esta opción tendría la ventaja de aportar una seguridad adicional durante el proceso de licitación. Así, al comprometerse a elevar la garantía a definitiva en caso de que la oferta resulte seleccionada, la entidad prestataria del aval o seguro de caución estaría, acreditando en mayor medida la solvencia del licitante.

También debe valorarse la aplicación de procesos electrónicos en la presentación de garantías provisionales o definitivas al objeto de simplificar el proceso y reducir

costes. Podría considerarse la opción de que las entidades financieras actúen como colaboradoras de la Caja General de Depósitos: comunicarían diariamente a la Caja General de Depósitos, por medios electrónicos, la relación de las garantías que concedan, con indicación de si son provisionales o definitivas y de la Administración y el contrato a que se refieren así como del Registro de Licitadores al que deben incorporarse. A su vez, la Caja General de Depósitos transmitiría electrónicamente la información pertinente al Registro.

Por último sería conveniente reforzar la obligación de devolución de las garantías provisionales de las empresas no adjudicatarias. En este sentido debemos llamar la atención sobre las dificultades financieras, cara principalmente a nuevas licitaciones, por las que pueden atravesar empresas no adjudicatarias por soportar las consecuencias que acarrearán garantías provisionales vivas ante entidades financieras.

Por ello sería conveniente articular alguna vía de liberación automática de estas garantías provisionales tras la adjudicación del contrato a los licitadores no adjudicatarios o la posibilidad de establecer garantías provisionales con una vida condicionada hasta el momento de la adjudicación.



CAPÍTULO VI

El contrato administrativo

I. El objeto del contrato

El artículo 13 del TRLCAP fija las características que ha de tener el objeto de los contratos administrativos sobre la base de establecer algunos requisitos fundamentales:

El objeto debe ser cierto y determinado, esto es, debe quedar perfectamente definido. La determinación del objeto en los contratos es una vieja regla del Código Civil, el cual establece:

«El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación de la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes». (artículo 1.273 C.c.).

De la misma manera, el precio debe ser un precio cierto (artículo 1445 C.c.) aunque su cuantía final quede pendiente de determinación.

La distinción entre naturaleza (especie) del objeto y cantidad contratada, que contiene el precepto, es de suma utilidad en el contrato administrativo, ya que en éstos, sean obras, servicios, suministros u otros resulta necesaria la definición precisa y específica del objeto del contrato, pero el aspecto cuantitativo del mismo queda supeditado, en ocasiones, a las condiciones de ejecución, a las necesidades posteriores del ser-

vicio y a otras circunstancias que pueden hacer variar la cuantía y modalidades de la prestación, sin que ello entrañe riesgo alguno para las partes en cuanto al precio. De manera expresa lo recuerda el artículo 172 TRLCAP al definir el contrato de suministro como aquél en que:

«El empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración».

Ahora bien, resulta absolutamente decisiva la correcta definición del objeto, pues en función de cómo éste se configure, se clasificarán y determinarán los licitadores posibles –esto es, se fijan los términos de la concurrencia– así como otros acontecimientos de la vida del contrato. Por ejemplo, los problemas que pueden surgir en relación con las modificaciones «sustanciales» estarán directamente dependientes del grado de certeza y determinación con que se hubiese precisado el objeto.

No puede extrañar, entonces, que la legislación administrativa se ocupe detenidamente de regular mediante pliegos de condiciones las características técnico-económicas que deben cumplir los terrenos a adquirir, los proyectos de obras a realizar, las características de los servicios públicos a gestionar o las especificaciones de los suministros que desea obtener. Todo ello debe ser precisado por la Administración y debe figurar como antecedentes en el procedimiento de gestación del contrato.

En segundo lugar, debe justificarse en el expediente administrativo, la necesidad del objeto para los fines del servicio público. La intención de la norma en este aspecto es conseguir una perfecta adecuación entre las necesidades públicas que se quieren satisfacer y las características de la prestación que se pide. Servicio público y contrato administrativo se hallan en una íntima y jurídica vinculación –todo contrato administrativo es un contrato a favor de terceros– que justifica el ejercicio de las prerrogativas administrativas. Por ello la Ley, en su artículo 13, quiere que en el expediente se justifique, por el órgano de contratación, esa relación entre necesidad pública y contrato, evitándose de este modo la celebración de contratos inútiles, excesivos o desviados del interés público.

Finalmente, digamos que en derecho administrativo rige el principio de unidad –y totalidad– de objeto. Ya nos hemos referido a ello, pero reiteremos que como regla

general, por un principio de buena administración, el objeto no debe ser artificialmente fraccionado o ampliado, si no existe para ello una debida justificación, que deberá acreditarse también en el expediente. Resulta necesario recordar aquí el artículo 68 de la Ley, que reza así:

«Fraccionamiento del objeto del contrato:

- 1. El expediente deberá abarcar la totalidad del objeto del contrato y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para ello.*
- 2. No podrá fraccionarse un contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda.*
- 3. Cuando el objeto admita fraccionamiento, justificándolo debidamente en el expediente, podrá preverse en el mismo la realización independiente de cada una de sus partes, mediante su división en lotes, siempre que éstas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado o así lo exija la naturaleza del objeto».*

En la contratación por lotes existe el riesgo de que se saquen a concurso una serie de proyectos similares, que pudieran constituir objetos distintos y que individualmente considerados no son de gran entidad, ni en complejidad de proyecto, ni en presupuesto; proyectos que podrían hacerse perfectamente por separado y que están en lugares distintos (y a veces distantes) del territorio nacional. Pues bien, en lugar de contratarlas separadamente por el procedimiento de subasta o concurso, se agrupan en lotes para poder convocarlas a concurso en unidad de contrato y bajo un solo presupuesto, que alcanza así un volumen muy superior al razonable y normal para este tipo de construcción.

El resultado de tal planteamiento es la eliminación del mercado –esto es, de la concurrencia– de una serie de pequeñas y medianas empresas que no son capaces de actuar simultáneamente, con presupuestos elevados y cortos plazos, en muchos lugares distintos del territorio nacional. Exactamente a este supuesto alude la Junta Consultiva de Contratación³² en los siguientes términos:

³² Informe 33/1972, de 30 de junio.

«Tampoco, en principio, estima oportuna esta Junta que se saquen simultáneamente a licitación en un mismo concurso los seis lotes que engloban, a su vez, cuarenta y seis edificios diferentes. Un mejor planteamiento de estos contratos aconseja que los seis lotes se saquen a licitación sucesivamente, pues ello favorecería un mejor estudio de las ofertas, una mayor concurrencia, y una gradual colocación de las obras en el mercado de la construcción».

Y con mayor extensión y detalle, en el Informe 37/1972, de 20 de septiembre, en los siguientes términos:

«Nada se opone, en principio, a la contratación conjunta de varios proyectos de obras en nuestro derecho vigente. Ciertamente es que el mecanismo que describe la legislación en vigor parece estar pensado en el sentido, que es el más frecuente, de que cada proyecto de obras debe constituir el objeto único de un contrato y de un solo pliego de cláusulas. Sin embargo, el artículo 26 del R.G.C. (hoy, artículo. 2) en su párrafo segundo, abre el camino para las operaciones conjuntas tal como la que se estudia al establecer que «podrán celebrarse contratos con pluralidad de objeto, pero cada una de las prestaciones deberá ser definida con independencia de las demás». Esto es, a través de un solo contrato de obras, he aquí el matiz jurídico singular, pueden acometerse una pluralidad de ellas siempre que cada unidad cuente con un proyecto independiente debidamente aprobado.

Partiendo esta Junta pues de la calificación del supuesto como contrato único con objeto plural o múltiple corresponde ahora indagar, con respecto a la legalidad vigente, la práctica administrativa más adecuada para el mejor planteamiento de estas figuras contractuales. En este sentido, recogiendo las sugerencias que incluye en su consulta la Intervención General y, previo contraste de los antecedentes que sobre este tipo de operaciones existen en nuestra Administración contratante y previo informe de la Sección Facultativa, entiende esta Junta que el modo de proceder aconsejable en estas ocasiones sería el que se deduce de las siguientes reglas:

- a) *Que las obras a adjudicar conjuntamente tengan un carácter homogéneo, es decir, que los proyectos tengan una naturaleza semejante y no exista gran diferencia en las características de unos y de otros, requisito que favorecerá el índice y calidad de la concurrencia, al uniformar los tipos de obra.*

- b) *Que su agrupación se realice por zonas de modo que su proximidad relativa facilite su ejecución a la empresa adjudicataria.*
- c) *Sobre la base del cumplimiento de las anteriores condiciones se estima que el procedimiento de adjudicación de las obras agrupadas deberá revestir los siguientes requisitos:*

Se anunciará la licitación pública para el lote completo con expresión individualizada de los distintos proyectos que lo integran y de su presupuesto.

El pliego de cláusulas administrativas particulares será único y en él se expresarán el plazo total de ejecución para el conjunto de las obras que comprenda el contrato, y los plazos y condiciones singulares de ejecución de cada proyecto, la cláusula de revisión de precios, en su caso, aplicable al presupuesto global y la clasificación que deberán ostentar las empresas interesadas».

En definitiva, se trata de que el contrato quede desde el primer momento bien definido en cuanto a su objeto y finalidad, de modo que se cumplan los requisitos esenciales para la validez de cualquier contrato (consentimiento, objeto y causa artículo 1261 C.c.) y se respete en todo momento la inalterabilidad de la oferta, en garantía del principio de concurrencia (de nada valdría la pública licitación si después pueden alterarse los términos de lo pactado).

En resumen, la definición del objeto del contrato se tiene que hacer en función de sus características técnicas y económicas sin tener en cuenta ninguna otra consideración. El objeto del contrato debe determinarse de forma que preste el mejor servicio y defienda mejor el interés público, al menor precio.

2. Las modificaciones del contrato

Objeto determinado y precio cierto no deben impedir la adaptación del contrato, en cada momento –especialmente aquellos de larga duración– a las exigencias del interés público, que puede exigir la modificación de aquél. Por ello, el artículo 163 TRL-CAP recuerda que:

«La Administración podrá modificar, por razones, de interés público, las características del servicio contratado...»

E incluso más: viene obligada a ello como consecuencia de la «cláusula del progreso de la ciencia» (que hoy podríamos reformular como cláusula de innovación tecnológica) que la jurisprudencia considera implícita en toda concesión de servicio, tal y como comentaremos mas adelante. Y otro tanto ocurre en los contratos de obra, en los términos de los artículos 59.3 y 146 TRLCAP y artículo 161 del Reglamento General de la Ley. Este equilibrio entre objeto determinado, inalterabilidad de la oferta y *ius variandi* constituye una de las peculiaridades del contrato administrativo.

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. Además, la posibilidad de introducir modificaciones genera problemas de riesgo moral, dado que, en ocasiones, mediante estas modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja. Este tipo de riesgos es evitable por la Administración a través de una dirección facultativa rigurosa, aspecto que, por lo tanto, parece preciso reforzar.

En línea con la idea de reforzar la transparencia del proceso, también puede resultar oportuno incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato. La misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de éste.

Aunque legalmente es posible adjudicar mediante procesos competitivos las nuevas unidades de obra no previstas en el proyecto primitivo, en la práctica, la imposibilidad de determinar responsabilidades individualizadas en la ejecución de proyectos en los que intervienen varios contratistas, tiene como consecuencia que sean adjudicadas al contratista encargado del proyecto original.

La legislación prevé que la ejecución de las modificaciones en el contrato sea obligatoria para el contratista siempre que su importe, aislada o conjuntamente con otras modificaciones anteriores, no supere el 20% del precio del contrato primitivo o supon-

ga una alteración sustancial. Sin embargo, si la modificación introduce unidades de obra que no estén contempladas en el proyecto primitivo o en un modificado previamente aprobado, el contratista está exonerado de ejecutarla, siempre que no preste su conformidad con el precio fijado por la Administración.

En estas condiciones, la fijación del precio de las unidades de obra no previstas debe realizarse por acuerdo entre las partes. Teóricamente, el precio de las unidades nuevas es fijado sobre la base de los costes elementales fijados en la descomposición de los precios unitarios integrados en el contrato. Si el contratista acepta el precio, se le abonan las unidades de obra conforme al mismo y si lo rechaza, la Administración puede contratar estas unidades con un tercero, pero no puede resolver el contrato. Sin embargo, como se ha señalado, la posibilidad de contratar con un tercero es más teórica que real, dado que el contratista asume la responsabilidad sobre la entrega al uso o servicio público de la obra completa.

En esta situación, aumentan las posibilidades de que los precios pactados sean superiores a los que se alcanzarían en condiciones competitivas. Todo ello, por otra parte, erosiona el carácter competitivo de la adjudicación inicial dado que los participantes son conscientes de la posibilidad de mejorar las condiciones que ofertan a través de modificaciones durante el proceso de ejecución del contrato.

Sería recomendable someter la fijación de los precios contradictorios a una Comisión de Arbitraje. Este órgano debería tener un carácter técnico e independiente y sus decisiones serían de obligada aceptación para las partes. Sus funciones no se limitarían a la fijación de precios contradictorios y podrían extenderse, también, a la resolución de cualquier discrepancia de carácter técnico entre la dirección facultativa y el contratista. Es importante, asimismo, que se establezcan plazos cortos para la resolución de los conflictos, con objeto de evitar los costes ligados a la dilación de los procesos. Para agilizar la toma de decisiones, el número de miembros debería ser reducido (3 o 5 personas) e incluir la participación de un especialista jurídico que velara por la adecuación procedimental de la toma de decisiones. El resto de los miembros deberían ser técnicos (tanto de la Administración, como propuestos por el sector privado) con experiencia directa en ejecución o dirección facultativa de obras.

Por otro lado, adicionalmente, podría incluirse en los pliegos de licitación la obligatoriedad de indicar bases de datos de general aceptación o de general conocimiento que puedan servir de referencia para la fijación de precios de nuevas unidades de obra por la Comisión de Arbitraje.

3. La revisión de precios

La revisión de precios de los contratos públicos constituye un instrumento de atenuación del principio de riesgo y ventura del contratista que, con carácter general, rige en la contratación pública. Mediante las cláusulas de revisión de precios, la Administración Pública contratante asume, total o parcialmente, el riesgo financiero del contrato derivado de las fluctuaciones de los precios, liberando de este modo al contratista de la carga de soportar aquellos.

Los operadores económicos valoran los beneficios esperados del proyecto o contrato de modo diferente en función del grado de incertidumbre de sus resultados, mostrando preferencia por los resultados ciertos sobre los inciertos, y exigiendo una compensación o «prima de riesgo» tanto mayor cuanto mayor es el riesgo que han de soportar. En el caso del riesgo derivado de las fluctuaciones de precios de ciertos elementos de coste de los contratos, los mercados financieros han desarrollado instrumentos para gestionarlos eficientemente (los futuros y las opciones sobre materias primas, índices o productos energéticos) que, pueden ser usados por los empresarios como mecanismos de cobertura del riesgo de subida de precios.

Las partes de un contrato no se encuentran en idéntica situación para soportar las distintas fuentes de riesgo del proyecto. Esta desigualdad hace aconsejable establecer una adecuada redistribución de riesgos, asignando a cada parte la porción de riesgo que mejor pueda controlar o soportar.

Uno de los más importantes factores de riesgo de los contratos, especialmente de los de larga duración, proviene de la incertidumbre sobre la evolución de los precios de los principales elementos de coste del contrato a lo largo de su periodo de ejecución. Si el contratista es obligado a asumir tales riesgos, estará, también, obligado a

contratar instrumentos de cobertura de los mismos (trasladando su coste a la oferta), o bien exigirá una compensación económica acorde con la valoración que los mercados financieros otorgan al mismo o, en último término, desistirá de la licitación.

Existen argumentos que sugieren que la Administración, como representante del interés público, puede estar en mejor posición para asumir y soportar los distintos tipos de riesgo derivados de las fluctuaciones de precio de los factores que intervienen en los contratos públicos, no sólo por la diversificación que supone la amplitud y diversidad de las compras de bienes y servicios de la Administración Pública, sino también por el hecho de que siendo ésta la representante del interés general, el riesgo financiero soportado es, en realidad, distribuido entre todos los ciudadanos. Existen argumentos de signo contrario que apuntan a la necesidad de compartir el riesgo entre el sector público y el privado.

En resumen, el peso relativo de cada uno de estos argumentos aplicado a la volatilidad de los precios y, por lo tanto, el grado óptimo de distribución del riesgo entre el sector público y el privado, es una cuestión práctica que debe atender a las circunstancias específicas de cada caso. En algunos casos, la introducción de mecanismos de revisión de precios en la contratación pública puede contribuir positivamente a la eficiencia de los contratos, en la medida en que la Administración Pública puede asumir el riesgo derivado de las fluctuaciones de precios que sí suponen un coste significativo para los contratistas.

Mediante la incorporación de cláusulas de revisión de precios, la Administración Pública puede reducir el coste efectivo que supone para el contratista la ejecución del contrato, al no tener éste que asumir los riesgos derivados de las fluctuaciones de los precios y tampoco los costes de los instrumentos financieros necesarios para su cobertura. La Administración se beneficia, así, de mejores precios en la licitación. En ausencia de dichas cláusulas, los licitadores incrementarían sus ofertas con una prima adicional que les compensase por el riesgo asumido, o bien trasladarían a la oferta los costes de los instrumentos de cobertura del riesgo. El resultado, por una u otra vía, sería el encarecimiento del precio de los contratos.

La revisión de precios de los contratos públicos no constituye únicamente un mecanismo de reasignación eficiente de riesgos entre operadores económicos, sino que res-

ponde, también, a un principio de equilibrio o equivalencia de prestaciones que ha de regir la relación contractual. El equilibrio de las prestaciones alcanzado en el momento de la adjudicación del contrato puede verse alterado como consecuencia de variaciones de los precios de sus elementos básicos, sobrevenidas con posterioridad a la adjudicación del contrato, y que no pudieron por ello ser tenidas en cuenta por los licitadores en el momento de elaborar sus ofertas.

La contribución de los mecanismos de revisión de precios a la eficiencia de la contratación administrativa depende de diversos factores:

En primer lugar, las cláusulas de revisión de precios parten de la premisa de que la Administración Pública está siempre en mejor situación que el empresario para asumir los riesgos derivados de las fluctuaciones de precios.

En segundo lugar, la dimensión del riesgo financiero derivado de las fluctuaciones de precios, y por ello el valor económico que puede obtenerse con su asignación eficiente entre las partes del contrato, depende de diversos factores, tales como el grado de estabilidad del escenario macroeconómico, la variabilidad y previsibilidad de evolución de los precios de los elementos básicos del contrato, y la propia duración de éste. Por ello, en el caso de contratos de corta duración, escenarios macroeconómicos estables, bajos niveles de inflación y factores de coste cuyos precios no experimentan grandes fluctuaciones, las ganancias de eficiencia que los mecanismos de revisión de precios pueden proporcionar podrían no compensar sus costes administrativos.

En tercer lugar, una cobertura plena de los riesgos de los contratistas podría reducir sus incentivos para introducir mejoras que redundaran en reducciones de costes o de plazos, así como plantear problemas de «riesgo moral» en los supuestos en que los contratistas disfruten de mejor información que la Administración sobre los precios relevantes para la revisión, así como cuando dispongan de algún margen de actuación o influencia sobre la determinación de aquellos o de sus índices. En tales supuestos, las ganancias en eficiencia que pudieran derivarse de la traslación a la Administración del riesgo derivado de las fluctuaciones de precios quedarían minoradas o contrarrestadas por dichos efectos, pudiendo ser más

eficiente en tales circunstancias la introducción de mecanismos que permitan compartir el riesgo entre la Administración y el contratista.

Por último, la gestión del sistema de revisión de precios supone una carga administrativa para la Administración y para los contratistas, cuyos costes han de ser deducidos de cualquier ganancia de eficiencia. En el modelo de revisión de precios de los contratos de obras y de suministros de fabricación, los costes se ven incrementados por la complejidad de las fórmulas de revisión y de los procedimientos para determinar los índices de revisión de los precios. Estos factores ocasionan no sólo mayores costes de gestión sino también importantes retrasos en la aplicación y liquidación de las revisiones de precios.

En conclusión, la complejidad y coste de gestión del modelo de revisión de precios de los contratos de obras y de suministro de fabricación, así como la antigüedad y obsolescencia de las fórmulas empleadas, hacen necesaria su revisión o su sustitución. En todo caso, el nuevo modelo debería utilizar índices oficiales. Los procesos de aprobación y publicación de éstos, así como la tramitación y liquidación de la revisión deberían, a su vez, simplificarse y agilizarse. Además, deberían existir mecanismos que facilitasen la actualización periódica y adecuación a la estructura de costes de los contratos públicos. Igualmente, deberían evaluarse, en cada caso, las ventajas e inconvenientes que presenta la revisión de precios, dado que dependen de factores variables (características de la Administración Pública que contrata o del propio contrato).

4. Plazos de pago y financiación

Los plazos para el abono del precio del contrato

El problema que se detecta con relación a los plazos de abono del precio del contrato es cierta falta de coordinación entre los preceptos que regulan el cómputo de los plazos y las medidas de corrección financiera (devengo de intereses de demora) que establece la Ley en el caso de incumplimiento de plazos. Además, se observa una reducida aplicación de estas medidas de corrección financiera.

El cumplimiento de los plazos de pago establecidos y la aplicación de los mecanismos correctores previstos supondría menores costes financieros y transaccionales (por ejemplo, los asociados a reclamaciones o a renegociaciones de créditos ante retrasos en los pagos) y menores riesgos para los contratistas. Esto, por sí mismo, supone una ganancia de eficiencia que, además, se reflejaría en una competencia más efectiva en el momento de la licitación que daría lugar, a su vez, a precios más reducidos y ahorro de coste para la Administración.

El sistema actual de intereses de demora adolece de una falta de coordinación, fundamentalmente en relación al contrato de obras. La Ley contiene una regulación uniforme al respecto estableciendo un único plazo de dos meses para abonar el precio de contrato. Sin embargo, el momento inicial del cómputo del plazo se fija de forma diversa, según se trate o no de abonos a cuenta, con especialidades, aunque no explícitas, en el contrato de obras.

Parece lógico que el momento inicial de cómputo del plazo de los intereses de demora sea diferente para el caso de los abonos a buena cuenta del de los pagos contra la recepción o conformidad del contrato. Esta diferencia queda justificada en la medida en que los abonos a buena cuenta están sujetos a las rectificaciones que se produzcan en la recepción y liquidación del contrato, y los pagos contra recepción tienen un carácter definitivo. En este sentido, también parece correcto fijar en el momento de la liquidación el cómputo del plazo para los abonos contra recepción o conformidad.

En cambio, no parece tener sentido que el momento inicial del cómputo de plazos varíe para los distintos contratos. Este momento debería establecerse con criterios homogéneos, sin perjuicio de fijar periodos de liquidación diversos para cada tipo de contrato o de realizar una remisión a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en función de la complejidad que esta operación conlleve en algunos contratos.

Se considera conveniente aclarar el sistema actual de acuerdo con los siguientes criterios:

Mantenimiento del plazo de dos meses para el abono del precio.

Para los abonos a buena cuenta se fijaría la fecha de expedición de las certificaciones de obras o documentos que acrediten la realización parcial del contrato.

Para el pago del saldo final o único, por no haber existido abonos a buena cuenta, en la fecha de la liquidación del contrato se fijaría que, como regla general, se aprobase en el plazo de un mes desde la recepción del contrato. Habría dos excepciones a esta última regla: la de aquellos contratos cuya liquidación sea especialmente compleja, en cuyo caso será el pliego de cláusulas administrativas el que fije el plazo de liquidación, y el contrato de obras para el que se fijaría un plazo especial para la aprobación de la certificación final. La certificación se denominaría, para evitar confusiones, liquidación provisional, pues no es un abono a buena cuenta, ni encaja en el concepto que figura en el artículo 145 del TRLCAP.

Introducción de incentivos para que las Administraciones cumplan los plazos de pago. Podría considerarse la obligación de publicar los plazos medios de pago de los distintos organismos o, aplicar los intereses de demora de oficio, sin necesidad de reclamación por parte de los contratistas.

Los anticipos por operaciones preparatorias

El rasgo característico de los anticipos por operaciones preparatorias es que, al no haberse realizado la prestación por el contratista, éste tiene que garantizar el importe de dichos abonos por aplicación del principio de servicio hecho. Los problemas que pueden plantear los anticipos son de dos tipos:

Determinación de los contratos que tienen derecho a anticipo. El contratista tiene derecho a anticipos en todos los contratos (siempre que cumpla las condiciones establecidas en los artículos 155, 156 y 201 del Reglamento General de la Ley)

Financiación de los anticipos. La financiación de los contratos por la Administración debe ajustarse al ritmo requerido en la ejecución de la prestación. En los contratos más complejos, este ritmo viene determinado por el programa de trabajo, documento que establece el momento en que se van a ejecutar las partes fundamentales de la prestación y que permite determinar la financiación necesaria con cargo a cada ejercicio presupuestario. El programa de trabajo se refiere siempre a obra o prestación efectivamente realizadas y no incluye, por lo tanto, las actuaciones preparatorias. Dado que el programa de trabajo no contempla

estas actuaciones preparatorias, tampoco se establece una financiación específica para las mismas.

En consecuencia, puede surgir un problema presupuestario que dificulte la concesión de anticipos. Si el contratista solicita y la Administración autoriza un anticipo, debería poder realizarse un reajuste de las anualidades previstas para la financiación del contrato. En caso contrario, no podrá abonarse el anticipo, salvo que su cancelación se produzca en el mismo ejercicio presupuestario en el que tiene lugar su concesión. En la actualidad, sin embargo, el derecho del contratista a percibir el anticipo se condiciona a que se produzca en la anualidad del ejercicio económico (artículo 155.5 del Reglamento General de la Ley).

Sería aconsejable considerar una definición más restringida del tipo de contratos con derecho a la percepción de anticipos. Desde la perspectiva del control presupuestario, no parece conveniente habilitar a la Administración a llevar a cabo reajustes de las anualidades que permitiesen, en su caso, el abono de anticipos independientemente de que su cancelación tenga lugar o no en el mismo ejercicio presupuestario.

El abono del exceso de mediciones en el contrato de obras y su financiación

El contrato de obra se configura como un contrato de resultado, pero por unidad de obra. Si como consecuencia de la ejecución de un proyecto resulta un número mayor de unidades ejecutadas que el previsto, la diferencia debe abonarse al contratista al precio previamente pactado para cada unidad de ejecución. Como cautela, la regulación prevé que el exceso de mediciones de obras no pueda superar el 10% del precio primitivo del contrato, en caso contrario debería tratarse como una modificación del proyecto.

Esta regulación (recogida en el artículo 160 del Reglamento General de la Ley) constituye una excepción al principio general de que no pueden introducirse modificaciones a un proyecto de obra sin la aprobación del proyecto modificado de que se trate. El establecimiento de esta excepción (no considerar modificación al exceso de mediciones) deriva de la propia naturaleza del contrato de obra, como un contrato de resultados por unidad de obra. Por otro lado, reduce la carga administrativa (para Adminis-

tración y contratista) que supondría la necesidad de adecuar el proyecto a las mediciones de obra que realmente deben ejecutarse.

Para el abono del exceso de mediciones, la legislación actual establece dos vías:

Abono con las certificaciones mensuales, a medida que se produzca el exceso de mediciones. Esta opción plantea el problema (para obras plurianuales) de que puede agotarse el crédito disponible para el pago de las certificaciones, de manera que al final de cada ejercicio quedaría sin abonar el importe de aquellas equivalentes al exceso de mediciones pagado (lo que, a su vez, plantearía problemas de abonos de intereses de demora).

Abono con la certificación final, una vez recibida la obra, con cargo a un crédito adicional del 10% (establecido por la Disposición adicional decimocuarta del TRLCAP).

De acuerdo con las anteriores consideraciones, se estima que sería aconsejable:

Aclarar que la regla cuantitativa del 10% para los excesos de medición de obra se refiere al precio establecido para el último proyecto modificado, y no al proyecto original, facilitando de ese modo que las comparaciones sean homogéneas.

Establecer que se abonen los excesos de medición junto al pago de la certificación final, de forma que se prevengan posibles problemas de cobertura financiera.

5. Los contratos de consultoría y asistencia y de los servicios

Reflexiones acerca de cuáles son las modalidades de contratos que deben agruparse bajo el artículo 196 del TRLCAP

Del actual contenido del artículo 196 del TRLCAP se colige que el legislador, por razones históricas, pero también lógicas, distinguió, a través de dos apartados diferentes, entre los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios, en base a que en los primeros predomina el componente intelectual, en tanto que en los

segundos prima el contenido material. Según esta diferenciación, serían contratos de servicios aquellos cuyas prestaciones no tendrían un contenido predominante intelectual. Parece evidente que ello no debe impedir una denominación única.

No obstante lo anterior, existen dos supuestos contemplados en el artículo 196.3, del TRLCAP dentro de los contratos de servicios que, independientemente de tener una gran importancia económica, tienen, en el primer supuesto, un absoluto contenido intelectual, siendo este contenido en el segundo, muy importante. Se trata de los contratos cuyo objeto es:

«Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración» (artículo 196.3.d), y los contratos cuyo objeto es: «la gestión de los sistemas de información que comprenda el mantenimiento, la conservación, reparación y actualización de los equipos físicos y lógicos de tratamiento de la información, así como la actualización de los programas informáticos y el desarrollo de nuevos programas» (artículo 196.3.f).

Sin perjuicio de esta diferenciación entre contratos con un predominante contenido intelectual o material, la legislación de contratación pública debería dar cabida a una nueva categoría de contratos: la de los *«contratos de gestión de la información y las comunicaciones»*.

Entre las razones que justifican la tipificación de una nueva categoría de contratos para el área de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, las llamadas TICs, se encontrarían las siguientes:

La contratación administrativa en el área de las TICs se caracteriza por su complejidad. Dicha complejidad es, a su vez, fruto de una creciente sofisticación de los propios servicios y sistemas de tratamiento de la información y de las telecomunicaciones. Ante este panorama se hace necesario paliar la incertidumbre que, tanto para la Administración contratante como para los contratistas, pueda generar la citada complejidad, a través de un reconocimiento específico en la Ley a este tipo de contratos.

Los contratos en el área de las TICs tienden a ser contratos de naturaleza mixta con un difícil encaje en las modalidades tradicionales de contratos con la Administración. Si bien es cierto que el contrato mixto está específicamente previsto

en la Ley, podemos afirmar que en el caso de las TICs este carácter mixto se vislumbra «a priori» para muchos de ellos, justificándose, de este modo, el dotarles de cierta autonomía en el marco de la Ley.

Los diversos tipos de servicios en el campo de las TICs presentan ciertos elementos y peculiaridades comunes, siendo éstas las que, precisamente, dotan a los mismos de una cierta fisonomía y sustantividad propias.

Independientemente de que la legislación de contratos acoja en su momento este nuevo tipo de contratos estableciendo las normas, términos, condiciones y principios comunes a los mismos y dejando a los pliegos de condiciones la configuración concreta de cada contrato, se estima que sería recomendable modificar el actual encabezamiento del Título IV del TRLCAP, artículo 196, con la siguiente redacción: «*De los contratos de servicios a las Administraciones Públicas*».

Asimismo, debería incluirse un nuevo apartado dentro del artículo 196 del TRLCAP que haga referencia a los contratos cuyo objeto fuera la gestión de la información y las comunicaciones. Ello conllevaría, para evitar duplicaciones, la eliminación de los epígrafes d) y f) del nº 3 del artículo 196.

La duración de los contratos de consultoría, asistencia y de servicios

El artículo 198 del TRLCAP limita a dos años el plazo inicial de vigencia de los contratos de consultoría, asistencia y servicios, y a cuatro años su duración total máxima, incluidas las posibles prórrogas.

Si bien razones evidentes hacen aconsejable limitar la duración máxima de este tipo de contratos, no es menos cierto que una limitación tan estricta de su duración inicial puede introducir obstáculos para la contratación de aquellos servicios que exigen una fuerte inversión inicial por parte del adjudicatario, cuyo coste no puede ser recuperado en el plazo de duración inicial del contrato, así como para los contratos de consultoría o asistencia técnica vinculados a obras o servicios de larga duración (contratos de dirección de obras, de consultoría y asistencia independiente en materia de servicios de telecomunicaciones, etc.).

En atención a estas circunstancias, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, amplió a cuatro y seis años respectivamente dichos plazos para los contratos de servicios para la gestión de los sistemas de información y de determinados servicios de telecomunicaciones. No obstante, se observa que no son sólo estos servicios los que requieren fuertes inversiones iniciales de largo periodo de recuperación y tampoco dichos plazos son suficientes para recuperar la inversión inicial en determinados contratos.

Además, el establecimiento de límites temporales tan ajustados puede producir resultados contraproducentes en el plano de la competencia y de la transparencia, dando ventajas desproporcionadas al operador ya establecido, que tiene su inversión ya amortizada, o a quien tiene ventajas de información acerca de la posible prórroga del contrato, constituyendo en tales casos una barrera frente a la entrada de nuevos competidores.

Parece por todo ello conveniente considerar los criterios de determinación de los plazos máximos de los contratos, flexibilizando su duración máxima con las garantías y cautelas necesarias, de orden presupuestario o de otros órdenes, y otorgando un mayor margen de discrecionalidad al órgano de contratación en atención a las circunstancias y peculiaridades de cada contrato.

Tratamiento de la información confidencial

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de consultoría y asistencia técnica y de servicios suelen regular el tratamiento de la Información confidencial con la obligación del adjudicatario de garantizar la absoluta confidencialidad respecto de la totalidad de los documentos que le sean confiados o que sean elaborados en el desarrollo del proyecto, así como respecto de cualquier otro dato que pudiera conocer con ocasión del cumplimiento del contrato.

Estos compromisos extensivos a toda clase de información y documentos que se manejen, o sean elaborados con ocasión del cumplimiento del contrato, resultan excesivos y poco lógicos al otorgar a toda la información y documentación el mismo nivel de protección.

La situación descrita no responde a necesidades reales y, además, puede estar influyendo negativamente en el coste de los contratos. La información confidencial revelada por las empresas adjudicatarias a la Administración puede tener, en ocasiones, un valor incalculable para aquellas al representar su mayor activo (fruto de la inversión en investigación y del conocimiento adquirido con la experiencia) y tener un valor estratégico por la ventaja competitiva que les pueda significar frente a otros licitadores.

Convendría, pues, que el tratamiento de la confidencialidad de la información se plantee de modo equilibrado para ambas partes. Sería aconsejable delimitar y acotar qué información debe tener la consideración de confidencial, así como el tiempo que debe de durar dicho compromiso.

La propiedad intelectual

El resultado de toda obra de contenido intelectual así como sus fases de desarrollo están protegidos por la vigente Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por las Directivas comunitarias y por los Tratados internacionales. Así pues, la génesis de la obra, los proyectos, croquis, desarrollos de software, etc., estarían protegidos por dicha legislación en todas las fases de la licitación pública.

La legislación de contratación pública no contiene regulación alguna al respecto y son los pliegos de cláusulas administrativas particulares los que regulan esta cuestión en los contratos cuyo objeto es la entrega o la creación de cualquier tipo de obra susceptible de protección.

Generalmente, la regulación de los pliegos incluye cláusulas que transfieren la propiedad intelectual a la Administración en su totalidad con independencia del esquema de distribución que pudiera resultar, de acuerdo a la autoría que correspondiera a cada uno de los actores, según lo dispuesto en la legislación de la propiedad intelectual. Al mismo tiempo, se observa que la adquisición no se refleja de forma independiente al proyecto que se contrata, a efectos de su posible valoración de forma diferenciada.

La exigencia de los pliegos de que el órgano de contratación adquiriera todos los derechos de propiedad intelectual, puede estar ocasionando un coste adicional para el contratista, con su consecuente reflejo en el precio del contrato, además de poder ser un obstáculo a la capacidad de innovación del contratista que se basa en conocimientos adquiridos previamente.

Así pues, se considera recomendable establecer como criterio general que, en aquellos contratos de los que dimanen derechos de propiedad intelectual, el esquema de asignación de aquella sea el establecido en la legislación de la propiedad intelectual. Las alteraciones a dicho principio, derivadas de las posibles necesidades de los órganos de contratación de adquirir dichos derechos, es conveniente que se establezcan de forma diferenciada en los pliegos de cláusulas particulares al objeto de su valoración independiente.

La gestión integrada de proyectos

La gestión integrada de proyectos puede definirse como el conjunto de técnicas que concentran las actividades de planificación, organización, dirección y control que se desarrollan en una actuación inversora.

El ascenso del uso de esta técnica es, en gran parte, debido a la creciente necesidad de optimizar los recursos disponibles así como de conseguir los objetivos prefijados. Son estas circunstancias las que han propiciado la implantación del contrato de gestión integrada de proyectos en los proyectos de construcción.

Los servicios de gestión integrada de proyectos pudieran ser especialmente aconsejables en procesos inversores que llevan aparejados proyectos complejos (multidisciplinares, con dificultades de control, gestión y coordinación entre diferentes contratistas, así como con exigencias estrictas de cumplimiento de plazos en los que resulta fundamental evitar los riesgos de desviaciones presupuestarias).

Las Administraciones Públicas empiezan a reconocer la actividad del *project management* como un sistema eficaz en los procesos de inversión pública. Resultaría, pues, conveniente que se analizaran las ventajas que representaría la incorporación y regulación de la modalidad de la contratación de servicios de gestión integrada de proyectos.

CAPITULO VII

Los procedimientos de contratación

I. Los procedimientos de adjudicación

De acuerdo con el artículo 73 TRLCAP, la adjudicación de los contratos podrá llevarse a cabo por procedimiento abierto, restringido o negociado.

Sin duda, ello es coherente con el hecho de que el Derecho europeo, tanto el actualmente vigente como la Posición común CE nº 33/2003 aprobada por el Consejo el 20 de marzo de 2003 con vistas a la adopción de una nueva Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, configura como procedimientos de adjudicación el procedimiento abierto, el restringido o el negociado. Evidentemente, una actuación unilateral del sistema normativo interno español en este sentido, además de resultar probablemente contraria a las directivas, carecería de toda lógica.

No obstante, es conveniente profundizar en tres reflexiones:

- la valoración acerca de la intensificación del procedimiento restringido
- la mejora del procedimiento negociado
- la actualización de los importes máximos de los procedimientos simplificados de contratación

La valoración acerca de la intensificación del procedimiento restringido

El procedimiento restringido se caracteriza porque el órgano de contratación realiza una «preselección» o «selección a priori» de aquellos licitadores que pueden presentar ofertas. El procedimiento restringido –dice la ley– se caracteriza porque *«sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos»* (artículo 73.3 TRLCAP), pudiéndose efectuar la adjudicación *«por subasta o concurso»*. El sistema se descompone así en dos fases de selección sucesivas:

En la primera, la Administración lleva a cabo una *preselección* en base a criterios de idoneidad de las empresas (sin consideración alguna a su posible oferta, que no tiene lugar en esta fase) e invitándolas a que presenten ofertas indicando el plazo para su presentación (que será de 15 días desde la fecha del envío de la invitación), así como el lugar, día, hora fijado para la apertura de las proposiciones.

En la segunda, de adjudicación, la Administración recibe las proposiciones de las empresas seleccionadas y procede a la adjudicación en las mismas modalidades que para el procedimiento abierto (subasta o concurso).

Este procedimiento de adjudicación permite, además de una mayor precisión y acierto a la hora de elegir el contratista más adecuado, eliminar, desde un principio, a aquellos que no cumplan determinados requisitos esenciales para la realización de la obra o servicio con lo que se simplifica la actuación de las Mesas de contratación.

Se puede facilitar la utilización del procedimiento restringido, pero no indiscriminadamente ni tampoco discriminatoriamente. En algunos supuestos puede resultar más adecuado su empleo por la especificidad técnica, artística o funcional del objeto del contrato. Deberían establecerse legalmente los supuestos en los que se puede acudir al mismo: por complejidad técnica o artística de la obra, empleo de tecnología especialmente avanzada, dificultad de su mantenimiento u otros (por ejemplo: construcción y explotación de una estación de tratamiento de residuos, ideas arquitectónicas para la construcción de un museo, un teatro o de una sala de conciertos u otros edificios singulares).

En conclusión, este procedimiento (que habría que considerar como un concurso abierto con precalificación) ha de utilizarse únicamente para los supuestos expresamente previstos y sin discriminar en la preselección a ninguna empresa que, reuniendo unas condiciones adecuadas, solicite participar en la licitación. De otro modo, puede producirse una restricción injustificada en el acceso a la contratación y con ello una vulneración del principio de libre concurrencia contemplada en el artículo 11 TRLCAP.

La mejora del procedimiento negociado

En la esfera privada de los negocios, la negociación es clave en cualquier proceso de contratación. El operador económico con necesidades de obra, suministros o servicios procederá a negociar con distintos posibles candidatos para obtener la mejor oferta posible.

Es evidente que el procedimiento negociado se desarrollará en ocasiones en supuestos en que no puede existir competencia (por ejemplo, cuando a causa de una especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva la ejecución de las obras sólo pueda encomendarse a un determinado empresario). Pero existirán otros supuestos en que podrá existir competencia entre los posibles ofertantes. En este sentido, cabe recordar que el artículo 73.4 TRLCAP dispone que en el procedimiento negociado el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración Pública, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios.

Ciertamente, las Directivas comunitarias determinan un ámbito específico del procedimiento negociado, que podemos considerar estrecho. No obstante, en el marco de las reflexiones de esta Comisión, puede ser conveniente insistir en la procedencia de incrementar el marco de negociación entre la Administración Pública contratante y los candidatos para así obtener el resultado más óptimo a los intereses públicos.

La negociación no ha de ser contemplada como un mecanismo oscuro, sino que ha de interpretarse como el sistema para la mejor defensa de los intereses generales.

En todo caso, la negociación ha de asegurar la igualdad de trato entre todos los posibles candidatos. Para ello será conveniente regular el momento de la negociación, el sistema de negociación así como la documentación sobre la que se negociará.

La actualización de los importes máximos de los procedimientos simplificados de contratación

El artículo 56 del TRLCAP establece un procedimiento simplificado de tramitación para los denominados «contratos menores», en atención exclusivamente a su cuantía, cuyos importes máximos vienen fijados por los artículos 121, 176 y 201 en 30.050,61 € para los contratos de obras y en 12.020,24 € para los de suministros y para los de consultoría, asistencia y servicios. Por otra parte, los artículos 141 g), 182 i) y 210 h) establecen los supuestos e importes que permiten el uso del procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación de dichos tipos de contratos.

El principio subyacente a estas disposiciones no es otro que el de la eficiencia en la gestión de los recursos públicos: dado que los costes de transacción asociados a la tramitación de un expediente de contratación (tanto los directamente incurridos por la Administración como los soportados por los licitadores) son significativos y, en gran medida, independientes del importe del contrato, las ventajas derivadas de la tramitación de un expediente de contratación por procedimiento abierto no justifican sus costes de gestión cuando el importe del contrato es reducido.

Por lo tanto, a la hora de determinar el importe máximo de los contratos que pueden ser tramitados como contratos menores o por procedimiento negociado sin publicidad, un criterio básico debería ser el de proporcionalidad entre los costes de tramitación del expediente de contratación y los beneficios adicionales o diferenciales esperados de una tramitación por procedimiento abierto (mayor competencia, mejores precios, etc.).

Sin embargo, junto a este criterio de eficiencia ha de considerarse igualmente el sacrificio que estos procedimientos suponen de los principios generales que han de presidir la selección de contratistas, y especialmente de los de publicidad y transparencia, igualdad y concurrencia, por lo que la decisión no puede ser adoptada únicamente desde un punto de vista puramente económico.

Por otra parte, nada en la actual configuración legal del contrato menor o de la tramitación por procedimiento negociado impide al órgano de contratación recabar cuantas ofertas considere necesarias cuando la naturaleza del contrato o las circunstancias del mercado así lo aconsejen, con lo que el propio órgano de contratación puede en estos contratos buscar un equilibrio óptimo entre sus costes de tramitación y los beneficios esperados de una mayor concurrencia.

Parece, pues, razonable reconsiderar los actuales importes determinantes de los umbrales de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad y del contrato menor, así como proceder a su establecimiento en cifras que expresen un número entero de euros sin los actuales importes decimales.

2. Las formas de adjudicación

La opción entre el concurso y la subasta

Las formas normales de adjudicación en nuestro derecho son el concurso y la subasta, quedando el procedimiento negociado limitado a los casos predeterminados por la Ley.

En este punto, no cabe, lógicamente, cuestionar el mantenimiento de las formas tradicionales de adjudicación de nuestro ordenamiento, sin perjuicio de la posibilidad de introducir modificaciones puntuales en su respectiva regulación.

No obstante, lo que sí podría suscitar alguna reflexión es el mantenimiento del concurso y la subasta en pie de igualdad en los procedimientos de adjudicación y, especialmente, en el caso del procedimiento restringido.

El concurso y la subasta no son formas de adjudicación intercambiables. El concurso debería ser utilizado como forma de adjudicación en los supuestos en que la valoración de las ofertas debiera atender a criterios técnicos al margen de los económicos. Pero no basta con esta afirmación que, como sucede actualmente, conllevaría que la gran mayoría de los procedimientos de adjudicación se resuelvan mediante concurso. Habría que añadir que el concurso no debería ser utilizado en aquellos casos en que, alcanzado un cierto nivel de garantía técnica definible en los pliegos, la única consideración relevante fuera la económica.

Es decir, no debería utilizarse el concurso en aquellos casos en que la competencia respecto de los elementos técnicos del contrato no implique ventajas comparables a las de una competencia más intensa en los precios.

Esto es especialmente evidente en la mayoría de los contratos de suministro normalizados. Una vez definidas técnicamente las características del producto a adquirir, no tendría sentido elegir al adjudicatario o, dicho de otro modo, no existiría un modo mejor de seleccionar la oferta ganadora, que la subasta. Aunque más complejo (exigiría la redacción de un proyecto mejor –más completo– por parte de la Administración Pública contratante) algo similar podría decirse respecto de los contratos de obras o de gestión de servicios públicos.

La subasta quedaría convertida así en la forma «normal» de adjudicación en los procedimientos abierto y, sobre todo, restringido. Por supuesto, la utilización del concurso seguiría siendo habitual aunque sujeta a un requisito formal: la justificación de la conveniencia de introducir competencia en el ámbito de la oferta técnica o la imposibilidad de configurar requisitos técnicos de obligado cumplimiento en los pliegos como único contenido de las ofertas de los licitadores.

Naturalmente, nada impediría que, atendiendo a sus singulares características la regla general a favor de la subasta frente al concurso quedase invertida, por ministerio de la ley, cuando los contratos administrativos tuvieran un objeto que se considerase incompatible o, al menos, escasamente compatible, con la adjudicación mediante subasta.

3. La decisión de adjudicación

La mejora de la asistencia a los órganos de contratación

Un análisis de la realidad de los procedimientos de contratación permite aseverar que, en la actualidad, buena parte de los esfuerzos de los órganos de contratación están destinados a la comprobación del cumplimiento de los requisitos de toda índole de los licitadores en concurrencia. Ello se hace especialmente evidente en la composición de la Mesa de Contratación, cuya configuración quizá no permite, en ocasiones, formular una completa asistencia al órgano de contratación.

Es necesario insistir en que la naturaleza y composición de la Mesa de Contratación responde a la de un órgano independiente, integrado por una mayoría de personas con calificación técnica (cada una en su terreno) de modo que puedan seleccionar con objetividad e imparcialidad la mejor oferta, motivando su decisión detalladamente. Sería, pues, conveniente obligar a que figuren en el expediente los nombres y las firmas de las autoridades y funcionarios que proponen y acuerdan los distintos criterios de valoración y deciden posteriormente la adjudicación.

La actual composición de la Mesa de Contratación, tal y como la regula el artículo 81 TRLCAP es la siguiente:

«El órgano de contratación, para la adjudicación de los contratos por procedimiento abierto o restringido, estará asistido por una Mesa constituida por un presidente, los vocales, que se determinen reglamentariamente, y un secretario, designados por el órgano de contratación, el último entre funcionarios del propio órgano de contratación o, en su defecto, entre personal a su servicio. En el procedimiento negociado la constitución de la Mesa será potestativa para el órgano de contratación».

Y con respecto a la Administración General del Estado continúa diciendo:

«En la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, deben figurar necesariamente entre los Vocales, un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un Interventor».

Puede ser oportuno reforzar la actual configuración de la Mesa (que está más centrada en el análisis formal de la documentación que en el estudio y valoración de los aspectos técnicos y económico de las ofertas) desde dos perspectivas.

En primer lugar, estableciendo que los pliegos de contratación, en determinados supuestos caracterizados esencialmente por un alto componente técnico del objeto de licitación, puedan prever la incorporación de técnicos independientes externos al órgano de contratación. Se podría disponer así de un mayor criterio de juicio acerca de las ofertas presentadas por los licitadores con anterioridad a su valoración económica.

En segundo lugar, mediante la regulación específica de la asistencia técnica externa de la Mesa de Contratación, que permita su normal utilización cuando así lo estime conveniente ésta.

El compromiso acerca del respeto de las normas de competencia

El órgano administrativo de contratación no es competente para la aplicación de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, que detallan las conductas de los operadores económicos que resultan prohibidas por ser contrarias al interés general consistente en el mantenimiento de una competencia suficiente en el mercado.

Pese a la anterior afirmación, consideramos que la autoridad contratante no puede asumir y permitir la existencia de prácticas restrictivas de la competencia por parte de los licitadores, aunque puedan inicialmente generar una oferta conforme a sus intereses mediatos. El artículo 51.bis de la Ley de Defensa de la Competencia dispone que:

«en el supuesto de que otras Administraciones Públicas, por razón de sus funciones, pudieran tener conocimiento de hechos que considerasen contrarios a las previsiones de esta Ley, se limitarán a dar traslado de los mismos, y de la documentación obrante en su poder, al Servicio de Defensa de la Competencia a fin de que, si procede, pueda iniciarse la tramitación de los correspondientes expedientes».

En consecuencia, el órgano de contratación en caso de percibir la existencia de infracciones de las normas de competencia en el procedimiento de licitación, deberá trasladar el expediente a las autoridades de competencia, ya sea el Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía o a los órganos autonómicos equivalentes, que se creen en desarrollo de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia³³.

³³ Decreto 222/2002, de 27 de agosto, de creación de los órganos de defensa de la competencia de la Generalitat de Cataluña.

No procede, pues, aceptar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia. Como ejemplo, pueden verse los hechos relatados en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de septiembre de 1998³⁴, que, en sus aspectos sustanciales, ha sido considerada procedente por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2002, que ponen de relieve que la igualación absoluta de precios en procesos de subasta por parte de varios operadores se había producido en numerosos concursos con carácter previo al traslado del caso a las autoridades de competencia. Afirma la Resolución:

«otro tanto cabe decir de la actuación del SAS que ha presenciado impasible la aparente concertación de precios durante varios años y solamente en el año 1995, cuando la coincidencia de precios se produce por encima del precio máximo de licitación y el concurso queda desierto, denuncia los hechos ante el Servicio. Si tal denuncia hubiera tenido lugar en la primera ocasión en la que se produjo la coincidencia de precios, la práctica hubiera sido corregida con anterioridad y posiblemente no se hubiera dado lugar a la anómala situación del concurso de 1995, con la necesidad de declararlo desierto y una segunda convocatoria por procedimiento negociado».

El momento de determinación de los criterios de valoración

No cabe duda de que el momento de determinación de los criterios de valoración que se utilizarán para adoptar la decisión de adjudicación no puede ser otro que el de la redacción de los correspondientes pliegos. El modo en que las ofertas serán valoradas desde el punto de vista técnico y económico tiene que ser conocido por los licitadores en el momento de la realización de sus ofertas. De lo contrario, existe un doble riesgo: que en el momento de la presentación de las ofertas existan «asimetrías de información» entre los licitadores, derivadas de su mayor experiencia o proximidad con los órganos de contratación o, lo que sería, sin duda, más grave, que esos criterios, o, al menos, los pesos concretamente asignados a los distintos elementos configurado-

³⁴ Expte. 395/97, Vacunas Antigripales.

res de la oferta, sean fijados una vez conocidas, en todo o en parte, las ofertas presentadas.

Los criterios de adjudicación

El estudio de los procedimientos de contratación evidencia un excesivo peso en la utilización de criterios técnicos frente a los económicos a la hora de adoptar la decisión de adjudicación.

De hecho la mayor parte de las propuestas de adjudicación corresponden a ofertas que han obtenido la mejor valoración técnica. Este porcentaje se incrementa si se incluyen las empresas que quedaron, desde el punto de vista técnico, en primer o segundo lugar. Ello implica matemáticamente la conclusión de una insuficiente falta de apreciación del criterio económico a la hora de selección de la oferta que se propone para la adjudicación. Y es que, en la práctica, la presentación de una oferta técnica que mejore sustancialmente los requerimientos del pliego –queda abierta la cuestión de si estas importantes mejoras serían o no imprescindibles para la Administración– viene a garantizar el éxito del licitador, aun cuando esa mejor oferta técnica se traduzca, como es normal en ocasiones, en una oferta económica menos ventajosa que la de otros competidores.

Por el contrario, el mayor esfuerzo realizado en la confección de su oferta por uno de los licitadores para disminuir el precio, acompañado del cumplimiento estricto de los requerimientos técnicos del contrato, no se ve recompensado en la mayor parte de las ocasiones por su selección como adjudicatario. Ello sin aludir, como seguidamente se dirá, al riesgo en que ese licitador «agresivo» puede incurrir de verse incurso en la presunción de temeridad a que hace referencia el artículo 83 TRLCAP.

Estas consideraciones entroncan con otras reflexiones incorporadas a la documentación utilizada por esta Comisión: frente al carácter objetivo –matemático– de la valoración de las ofertas desde el punto de vista económico (lo que, lógicamente, refuerza la transparencia, objetividad y previsibilidad del procedimiento de adjudicación) la valoración de ofertas desde el punto de vista técnico resulta, en primer lugar, más compleja y, en segundo término (sin pensar en ningún tipo de irregularidad en la adjudica-

ción) se encuentra más condicionada por juicios subjetivos de quienes participan en el proceso de valoración.

Todo esto tiene, como es evidente, consecuencias directas sobre el precio de los productos y servicios ofertados, que todavía se hacen más intensos con la combinación de los mecanismos «de disuasión» que, para la presentación de ofertas «agresivas en precio», supone el sistema de presunción de temeridad al que se hará referencia posteriormente.

La Junta Consultiva³⁵ ha recordado la importancia del factor precio en los concursos, rechazando una interpretación que pretenda reducir en extremo su importancia:

«No cabe desconocer la importancia del factor precio en la adjudicación de los contratos por concurso, aunque no sea como criterio único y exclusivo, como sucede en la subasta. Por ello, se entiende que la posibilidad que tiene el órgano de contratación de excluir el precio como criterio para la adjudicación de contratos por concurso debe considerarse excepcional y consignarse en el expediente las razones que en cada caso concreto justifiquen tal exclusión, sobre todo si se tiene en cuenta el juego que puede proporcionar el artículo 87 (hoy artículo 86 TRLCAP) en orden a la necesidad de indicar los criterios por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, que, en determinados supuestos y en relación con el precio puede ser mínima, sin llegar a la total exclusión de dicho criterio.»

En este sentido, sería recomendable el establecimiento en la futura Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de un mínimo en la ponderación de los criterios económicos en los concursos que, de acuerdo con el criterio de la Intervención General del Estado, podría establecerse en torno al 40%, con lo que se conseguiría otro efecto deseable cual es la homogeneización de los pliegos en cuanto a la ponderación de criterios técnicos y económicos. Probablemente, esa homologación no debería ser completa, debiéndose establecer, más que una ponderación fija, una horquilla que obligase, atendiendo a las concretas circunstancias del contrato, a otorgar al criterio económico una ponderación que oscilase entre el 45% y el 30%.

³⁵ Informe de 24 de octubre de 1995.

El establecimiento en las normas de contratación de criterios más homogéneos de valoración y puntuación de las ofertas desde el punto de vista económico parece, en consecuencia, una recomendación acertada que complementaría la realizada en el apartado anterior y a las consideraciones que a continuación se exponen respecto de las situaciones de presunta temeridad.

Por otro lado, tratándose de un aspecto tan sustancial, se estima desproporcionado que la regulación que de ello se hace en nuestra legislación de contratos se limite a exigir que los criterios sean «objetivos» y a enumerar un listado no exhaustivo de posibles criterios.

En lo que concierne al principio de transparencia, esta insuficiencia normativa contribuye a que a veces los criterios de adjudicación se fijen en los pliegos de tal modo que no permiten conocer a los licitadores qué será lo que determinará la adjudicación del contrato. Se produce este efecto, por ejemplo:

Cuando se establecen criterios de valoración que se basan en complejas fórmulas polinómicas en las que los criterios de adjudicación aparecen a su vez interrelacionados entre sí, de manera que al final es difícil saber cuál ha sido el factor determinante de la adjudicación.

Cuando los criterios de adjudicación se redactan con fórmulas vagas e imprecisas («metodología», «memoria», etc.) que realmente no expresan nada y que dejan en manos del órgano de contratación la determinación de su concreto alcance.

También debería ser objeto de reflexión la heterogeneidad que se ha observado en cuanto a la valoración y puntuación de las ofertas desde el punto de vista económico. No cabe duda de que un recorrido reducido en la valoración y puntuación de las ofertas desde el punto de vista económico hace perder al criterio económico poder discriminador respecto de las valoraciones técnicas, y ello con independencia del peso otorgado al criterio económico en el pliego. El establecimiento en las normas de contratación de criterios más homogéneos de valoración y puntuación de las ofertas desde el punto de vista económico parece, en consecuencia, una recomendación acertada que complementaría la realizada en el apartado anterior y a las consideraciones que a continuación se exponen respecto de las situaciones de presunta temeridad.

Una vez establecida la importancia del precio en el marco del concurso, es importante analizar su valoración entre las ofertas presentadas. Se estima que no se debería otorgar mayor puntuación al que esté más cercano a la media aritmética, sino al más bajo. Esta tesis es la defendida por la Comisión Europea en el Dictamen motivado de 23 de diciembre de 1997, dirigido al Reino de España en relación al Procedimiento de adjudicación de un contrato público de consultoría y asistencia para la redacción del estudio informativo de la «Carretera Agaete - San Nicolás de Tolentino-Megan» (Isla de Gran Canarias). En él puede leerse:

«Pero lo que no se entiende, salvo que el poder adjudicador esté haciendo un juicio de valor sobre las ofertas más bajas, eludiendo así las disposiciones del artículo 37 de la Directiva, es que, en la valoración de un determinado criterio, en este caso el precio, no se puntúe más la mejor oferta, sino la «más mediana», de la misma manera que no se entendería que bajo el criterio técnico se prefiriese la solución técnica más próxima de todas las demás, en vez de la mejor, o en el capítulo del plazo, la oferta que tardase lo que el promedio de las otras, y no la más rápida».

Todo ello, por supuesto, previa prudente calificación de cuáles son las bajas permitidas, debiendo excluir aquellas ofertas que sean temerarias (artículo 83 TRLCAP).

Finalmente, conviene señalar que en algunos órganos de contratación (y sin que exista norma que así lo exija) se emplea una práctica administrativa favorable al principio de transparencia, que consiste en que la valoración de los aspectos técnicos del concurso se realiza antes de abrir las proposiciones económicas; con lo que se impide que dicha valoración pueda verse influida erróneamente por el deseo de, conocido el dato de la oferta económica, asignar a un licitador los puntos necesarios para obtener el contrato.

El Ministerio de Fomento sigue esta práctica y, a tal fin, las valoraciones técnicas de las ofertas se entregan a los miembros de la Mesa de Contratación en el momento inmediatamente anterior a la apertura de las proposiciones económicas. Se favorecería la transparencia con una norma que generalizara esta práctica y que, incluso, hiciera accesibles a los licitadores dichas valoraciones técnicas.

Otro aspecto que dificulta la transparencia en la valoración de las ofertas es la insuficiente motivación de que en algunas ocasiones adolecen los informes técnicos pre-

sentados a la Mesa de Contratación encargada de hacer la propuesta de adjudicación. Esta deficiencia la padecen inicialmente los miembros no técnicos de la Mesa de Contratación, si bien también la experimentará el licitador que eventualmente decida impugnar la adjudicación y el propio órgano jurisdiccional encargado de revisar la legalidad de ésta.

No obstante, hay que reconocer que esta falta de motivación en los informes técnicos tiene a veces su causa en la insuficiencia de medios materiales y personales que, para hacer esta labor, puede apreciarse en algunas Administraciones. Las reflexiones anteriores acerca de la mejor asistencia al órgano de contratación se dirigen a paliar esta situación.

La regulación de las bajas temerarias

Se ha constatado la existencia de dos circunstancias llamativas en la regulación de las bajas temerarias. En primer lugar, existe un número significativo de casos en que, a pesar de la existencia de «explicaciones» de los licitadores interesados, la presunción de temeridad se ha convertido en un motivo de no adjudicación por lo que, de facto, el empresario incurso en presunción de temeridad no ha resultado favorecido con la adjudicación del contrato. En segundo lugar, se han constatado grandes diferencias entre los términos en que los criterios objetivos para la presunción de temeridad son configurados en los distintos pliegos. Así, existen pliegos en los que se establecen límites máximos de baja como elemento de presunción de temeridad. También en estos casos los porcentajes fijados varían sustancialmente de unos pliegos a otros.

El establecimiento de un límite máximo produce una reducción de la propensión a competir vía precio entre los licitadores, que viene a superponerse a lo expuesto en el apartado anterior, lo que se hace especialmente evidente cuando los límites fijados son reducidos. Cuando, por el contrario, no se fijan límites máximos o tienen una cuantía absoluta más elevada, puede producirse una reducción considerable del coste de las ofertas presentadas.

Parece, en consecuencia razonable (con el doble objetivo de incrementar e intensificar la competencia en el ámbito de la contratación pública, así como para provocar

rebajas adicionales en el coste de las ofertas) revisar la regulación de la presunción de temeridad, tratando de avanzar en la objetivación, homogeneización y flexibilidad de su régimen; de modo que la lógica prevención de las Administraciones Públicas frente a ofertas irrealizables no termine cercenando la concurrencia injustificadamente o limitando considerablemente la competencia en precio entre las distintas ofertas.

Por otro lado, debería tenerse en cuenta que el establecimiento de límites basados en el comportamiento de los licitadores (porcentajes sobre las ofertas medias) puede incentivar involuntariamente la existencia de pactos ilícitos o prácticas colusorias entre ellos, tendentes a la exclusión de aquellos empresarios que llevan a cabo políticas comerciales más agresivas.

A la vista de lo expuesto, parece conveniente introducir mecanismos correctores, de suerte que pueda evitarse la exclusión de las ofertas que hubieran merecido la mejor valoración desde el punto de vista técnico en aquellos casos en que oferta económica hubiera sido considerada temeraria. En estos supuestos, la garantía de cumplimiento del contrato y de satisfacción de los intereses generales que lleva aparejada podría alcanzarse con el sistema de garantía adicional o complementaria actualmente exigible en supuestos de temeridad.

La incorporación de nuevos criterios de adjudicación

En nuestro Derecho de contratación pública se encuentra nitidamente separado el análisis de las características del licitador que determina su inclusión o exclusión a la fase propiamente concurrencia, y el estudio de la oferta desde el punto de vista técnico y económico. Como advertencia previa, parece conveniente que esta separación no se vea alterada o matizada con la introducción de criterios de adjudicación que no atiendan a las características de la oferta sino a las del licitador.

En esta línea, no parece coherente con la estructura lógica del procedimiento de contratación, ni con su finalidad, que circunstancias tales como el número de trabajadores empleados, la proporción de trabajadores con contratos de determinadas características o pertenecientes a colectivos con dificultades de acceso al empleo (jóvenes que buscan su primer empleo, mayores de cincuenta años, mujeres, discapacitados, ...), las característi-

cas medioambientales de la empresa u otras similares de contenido o naturaleza «social» sean incorporadas como criterios de valoración; sin perjuicio de la posibilidad –plenamente admitida– de que para la obtención de una determinada clasificación se requiera una plantilla mínima o el cumplimiento de ciertos requerimientos específicos en materia de gestión medioambiental (por ejemplo, capacidad de gestión de residuos).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha referido también a este problema indicando³⁶:

«La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siguiendo fielmente el criterio de las Directivas comunitarias, distingue entre los requisitos de solvencia que han de reunir los empresarios para concurrir a contratos convocados por la Administración (artículos 16 a 19) y los criterios que para la adjudicación de los contratos han de utilizar los órganos de contratación, bien el precio más bajo en la subasta (artículo 75.2) bien otros criterios enumerados en el artículo 87 para los supuestos de adjudicación por concurso. Esta diferenciación es la que ha servido de base a la Comisión Europea para poner relieve en determinados expedientes de infracción instruidos a órganos de contratación españoles que los requisitos establecidos en las Directivas y, por tanto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como criterios de admisión de licitadores no pueden ser utilizados como criterios para determinar la adjudicación a la proposición más ventajosa en el caso del concurso, refiriéndose expresamente a la experiencia, que figurando como requisito de solvencia en los artículos. 17, apartados a) y b), 18 a) y 19 b), no puede utilizarse como uno de los criterios de adjudicación del concurso».

Más recientemente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa³⁷ ha vuelto a insistir en la diferenciación entre los criterios de selección y de adjudicación, señalando que no son equiparables los criterios mencionados en el artículo 86 del TRLCAP (criterios para la adjudicación del concurso) con los medios técnicos y humanos con que cuenta la empresa, que se deben valorar en la fase de acreditación de la solvencia

³⁶ Informe de 2 de marzo de 1998.

³⁷ Informe 36/01, de 9 de enero de 2002.

(fase de selección). Para la adjudicación, la valoración de la oferta se debe hacer en base a los criterios objetivos del artículo 86 TRLCAP, que fundamentalmente se refieren a «*las características de la oferta*».

Por otra parte, existen en la actualidad mecanismos jurídicos alternativos –o complementarios, si prefiere decirse así– para estimular o desincentivar determinadas conductas desde el punto de vista social o medioambiental. Beneficios fiscales, ayudas y subvenciones, los propios mecanismos derivados del protocolo de Kyoto, entre otros muchos, parecen instrumentos más adecuados para la ejecución de políticas sociales que la utilización de los procedimientos de contratación cuyo norte fundamental no debería ser otro que la adquisición de bienes y servicios de calidad en las mejores condiciones técnicas y económicas para las Administraciones Públicas. Lo contrario podría provocar distorsiones, incluso desde el punto de vista presupuestario, que no redundarían en un comportamiento eficiente de las Administraciones Públicas contratantes.

Además, en una modalidad contractual tan relevante como la de los contratos de proyecto de obra o de ejecución de obras públicas, el control del factor medioambiental se consigue y garantiza a través de mecanismos específicos, como la declaración de impacto ambiental, de los que se ya se desprenden obligaciones y requerimientos para los respectivos contratistas.

En este sentido, conviene recordar que el artículo 53 de la Directiva única, al aludir a los criterios de adjudicación del contrato, hace referencia a la posibilidad de atender a las características medioambientales de las obras, productos o servicios ofertados, lo que sería reconducible fácilmente a los pliegos actualmente existentes y no a las características «sociales» o «medioambientales» de los licitadores.

Distinto es el caso de que, determinados elementos incorporados a las ofertas pudieran ser considerados relevantes desde el punto de vista técnico. Así, no parece prudente trasladar reflexiones como las antecedentes a aquellos casos en que los pliegos atribuyen relevancia para la valoración de la oferta presentada desde el punto de vista técnico al número de personas concretamente dedicadas a la prestación del servicio demandado, a su calificación o experiencia, o, incluso, a la capacidad para ejecutar determinadas obras o prestar servicios adicionales, no requeridos por el pliego, que

podieran considerarse valiosos desde el punto de vista de la recuperación del patrimonio histórico o la protección medioambiental.

Ello no debería emplearse para incorporar la noción de «experiencia previa de la Administración contratante con el licitador» como criterio de valoración que suscita diversas dificultades teóricas y prácticas de no sencilla resolución:

Supone alterar la regla de que, una vez admitidas, son las ofertas las que compiten y no las empresas que las presentan.

Provoca una divergencia –positiva o negativa, según los casos– de valoración entre las empresas que previamente han contratado con la Administración contratante y las que no lo han hecho.

No atiende a la posibilidad –real– de que una empresa cuyas prestaciones no hayan sido satisfactorias en la ejecución de un contrato pudiera mejorar, con un mayor esfuerzo resultante de la oferta ganadora, en contratos sucesivos.

Su objetivación –salvo que atendiese a una circunstancia siempre compleja como el número o la importancia de los reformados o modificados en contratos anteriores– resulta virtualmente imposible.

Por todo ello, y sin dejar de reconocer que es una posibilidad digna de estudio, no parece conveniente la inclusión del criterio de «experiencia satisfactoria anterior» como uno de los elementos a valorar en las ofertas.

La cuestión abordada en este apartado tampoco afecta a los requerimientos técnicos exigibles a determinados productos (por ejemplo, los relacionados con el desarrollo de la sociedad de la información) para garantizar su accesibilidad, tal y como ya exigen algunas normas especiales.



Conclusiones y recomendaciones

Primera

La inversión pública constituye un destacado factor del modelo de desarrollo en una nación, siendo un requisito necesario, aunque no siempre suficiente, para generar los niveles deseables de crecimiento económico. Su función es doble: por un lado, puede impulsar la actividad económica a través de la demanda, y por otra parte, debe contribuir a mejorar la eficiencia del proceso productivo.

La selección de las obras de inversión viene impuesta, en su conjunto, por los recursos disponibles y, en el orden de ejecución, por la escala de prioridades que a su vez, debe buscar un necesario equilibrio entre un doble imperativo: el de la eficiencia, que insta a anteponer los proyectos de mayor intensidad de uso y efecto multiplicador en la actividad económica y empleo; y el de la solidaridad, que contribuye a la expansión de las áreas de menor renta relativa.

Los principios de publicidad, concurrencia y transparencia sirven al propósito múltiple de respetar la igualdad de oportunidades, ampliar el abanico de las opciones asequibles, garantizar la lealtad competitiva, lo que contribuye a la reducción de costes, el aumento de la calidad, la reducción de plazos de ejecución y la mejora del conjunto de características de cada proyecto.

Para obtener la mayor eficiencia en el proceso de contratación pública, es necesario, pues, que se lleven a cabo correctamente los procedimientos y se respeten los principios que lo sustentan.

Segunda

A pesar de que no sea posible disponer, en la actualidad, de un análisis plenamente riguroso sobre el mercado de la contratación pública en España, dada la ausencia de fuentes de información agregada suficientemente completa, la Comisión quiere subrayar algunos de sus principales parámetros económicos de acuerdo con las fuentes disponibles. Así, cabe afirmar que la demanda de bienes y servicios por parte del Sector Público, obtenidos a través de los correspondientes procesos de licitación, supone unas cifras relevantes en el contexto de la actividad económica de un país.

Los datos correspondientes a España y al ejercicio 2002, suministrados por la Intervención General del Estado^(*) del Ministerio de Hacienda, arrojan un total de adquisiciones, tanto corrientes como de capital, de 71.290 M€.

Esta cifra, referida al conjunto de las Administraciones Públicas (General, Autónoma y Local), en sentido estricto, supone ya el 10,2 por ciento del PIB español en 2002, sin que en ella se incluya el sector público empresarial.

Esta política de gasto genera, con carácter previo, una actividad muy importante de licitación pública (obras, servicios y suministros) que, asimismo para el ejercicio 2002 y referida sólo a la actividad de construcción (obras), se situó en 2002, según el Ministerio de Fomento, en 22.474 millones de euros para el conjunto de las Administraciones Públicas, en sentido estricto.

Tercera

El sector de la contratación pública reúne las características de un mercado regulado de interés general, por ser sus sujetos actuantes los órganos que integran las Admi-

^(*) Administraciones Públicas: operaciones no financieras. IGAE, marzo de 2003

nistraciones públicas, sean éstas la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, Organismos Autónomos o cualquier otra forma de personificación pública o privada que adopten las Administraciones Públicas con el fin de satisfacer intereses generales.

En este ámbito debe encuadrarse también a las Entidades contratantes y empresas contratistas de obras, suministradores y proveedores de servicios en los denominados sectores excluidos en los que los poderes adjudicadores gozan o desarrollan igualmente prerrogativas de interés público, sea a través del ejercicio de derechos especiales o exclusivos o por ser titulares de concesiones o autorizaciones públicas.

Cuarta

El ordenamiento jurídico español ha ido incorporando en nuestro Derecho las reformas comunitarias de la contratación pública, cuyo objetivo último es establecer las condiciones que favorezcan la creación de un mercado interior de la contratación pública, a fin de superar las ineficiencias económicas y la pérdida de competitividad real que supone la cautividad y compartimentación de los mercados nacionales.

Quinta

Las nuevas Propuestas de Directivas comunitarias abordan una importante reforma del cuadro legal existente que, previsiblemente, deberá ser objeto definitivo de modificación y consiguiente adaptación a los ordenamientos internos en el transcurso del próximo año.

La reforma comunitaria se apoya en los principios de competencia, no discriminación, igualdad de trato, transparencia y libertad de circulación, así como de subsidiariedad.

Los principales capítulos de la reforma, tanto de la Directiva clásica de contratación pública como en los sectores excluidos, se concentran y concretan en los siguientes aspectos: establecimiento de un nuevo procedimiento, el diálogo competitivo; intro-

ducción de técnicas de información y comunicación electrónicas tanto en las distintas fases de los procedimientos, como en los instrumentos de adquisición y compras y forma de realizar licitaciones y contratos. Así como una nueva regulación de los acuerdos marco, exigencias informativas adicionales en los anuncios de contratación, informes escritos de los poderes adjudicadores, previsiones legales en favor de los sistemas de adquisición dinámica en la contratación electrónica y de subastas electrónicas, entre otros capítulos importantes, que deben ser objeto del pertinente análisis y valoración previa a su inserción en nuestro ordenamiento interno.

Sexta

Ante el proceso próximo de obligada transposición de las actuales Propuestas de Directivas comunitarias a nuestro Derecho, el primer deber del legislador español en relación con el cumplimiento del principio de transparencia es el de un adecuado acto de recepción interna.

Por tanto, la transposición debe realizarse respetando el núcleo constitutivo de la reforma y determinando con claridad cuál debe ser el carácter y alcance de su adaptación.

Séptima

Para potenciar el principio de concurrencia debería establecerse una mayor publicidad en el proceso de contratación pública, de modo que ésta alcanzase a los planes de inversión de los órganos de contratación, los informes técnicos que sirven de base al expediente de contratación, los proyectos y su supervisión; el replanteo del proyecto, los criterios de valoración de ofertas y demás actuaciones preparatorias, las calificaciones efectuadas por la Mesa de Contratación, y los principales elementos de la vida del contrato.

Octava

Conviene tener presente en todo proceso de licitación las consecuencias de los principios de igualdad y concurrencia en la contratación pública, que aseguran en el

mayor grado posible la mejor defensa y promoción del interés público, que todo contrato de la Administración Pública debe perseguir, para lo cual deberá abstenerse de incorporar cualquier cláusula que impida o restrinja el cumplimiento de dichos principios.

Novena

Debería fomentarse activamente la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones al servicio de la transparencia, eficiencia y modernización de la contratación pública. En particular, sería especialmente útil la creación de un «portal único de contratación» en Internet que ofreciera a las empresas una visión completa, coherente e integrada de toda la contratación pública, y desde el que pudiera accederse a toda la información y documentación necesarias para participar en cualquier licitación convocada por la Administración General del Estado.

Deberían aprovecharse las iniciativas que la nueva Directiva de contratación contiene en materia de nuevas técnicas electrónicas de compras, incorporando dichas técnicas a la contratación pública española tan pronto como ello resulte factible.

Décima

La jurisprudencia comunitaria ha reiterado que, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y transparencia que se propone con la regulación de la contratación pública a través de las Directivas correspondientes, el concepto de organismo público debe recibir una interpretación funcional.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha recogido la interpretación funcional de organismo público de acuerdo con la nueva redacción dada al apartado 1 del artículo 2 del TRLCAP por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2004. Debe seguirse insistiendo en esta línea, apostando decididamente por clarificar los criterios legales que determinan la sujeción de las sociedades estatales a la normativa de contratación pública, así como seguir avanzando en la regulación que per-

mita la definitiva inclusión de otras entidades públicas y privadas de carácter instrumental de la Administración.

Undécima

La legislación de contratación pública trata de manera homogénea a todas las Administraciones Públicas, sin atender especialmente a la problemática de los Municipios, sobre todo la que afecta a los de menor tamaño.

Podría reflexionarse acerca de la conveniencia de introducir una cierta especialidad en los procedimientos de contratación de las entidades locales de menor dimensión. Naturalmente, cualquier actuación de esta índole debe venir marcada por la prudencia, ya que no puede dejar de garantizarse un nivel común de exigencia en cuanto a publicidad, transparencia y la concurrencia.

Duodécima

La insuficiencia de personal cualificado y de medios materiales de los municipios pequeños podría resolverse reforzando la colaboración con otras Administraciones, en especial, las Diputaciones Provinciales, que pueden prestar apoyo y asesoramiento en la gestión de la contratación pública, mediante fórmulas como la encomienda de gestión para la formalización del expediente de contratación, e incluso para la ejecución y dirección de las obras. Igualmente, serían eficaces instrumentos de gestión la creación de oficinas de supervisión de proyectos en las Diputaciones Provinciales, o la mancomunación de servicios técnicos a través de convenios especiales.

Decimotercera

Se constatan las dificultades que plantea el límite cuantitativo para la utilización del procedimiento negociado, cuando se trata de Ayuntamientos pequeños.

Igualmente debe reseñarse que en este tipo de Ayuntamientos, los contratos de obras se licitan y adjudican por fases, debido a la necesidad de adecuarse a la financia-

ción existente en cada momento, lo que hace que una misma obra pueda ser ejecutada por contratistas distintos.

Resulta aconsejable que se proceda a una revisión del modelo actual al objeto de garantizar el pago de las obligaciones contraídas en los plazos establecidos. Por otro lado, la concesión de subvenciones para financiar proyectos de inversión debe ser coincidente con los plazos de ejecución sin que el órgano de contratación se vea obligado a recurrir al fraccionamiento del contrato o a la aplicación del procedimiento negociado por motivos de urgencia.

Decimocuarta

La clasificación de contratistas de obras y de empresas de servicios facilita la aplicación uniforme de los criterios de evaluación de la solvencia económica y financiera, técnica y profesional de las empresas, y simplifica las relaciones entre los órganos de contratación y los operadores económicos, por lo que sería conveniente estudiar su extensión a otros tipos de contratos.

Por otra parte, la regulación de la clasificación debe evitar que ésta pueda constituir un obstáculo a la concurrencia, o suponer un coste desproporcionado para la contratación pública. Por ello sería conveniente reconsiderar el umbral de exigencia de clasificación, otorgando a la misma el carácter de condición suficiente para la acreditación de solvencia económica, financiera y técnica o profesional en los contratos de presupuesto inferior a dicho umbral, y condición necesaria en los de presupuesto igual o superior al mismo. Debería igualmente someterse a examen la duración óptima de las clasificaciones y los requisitos y frecuencia de su revisión o renovación. Con iguales objetivos, sería conveniente estudiar la introducción de criterios complementarios al de la experiencia acreditada en los cinco últimos años como medios admitidos para acreditar la solvencia técnica para la clasificación en subgrupos en los que, por las características de las obras que incluyen, el criterio vigente pudiera constituir un obstáculo a la concurrencia o una barrera a la entrada de nuevos competidores.

Decimoquinta

Sería conveniente actualizar la relación de trabajos incluidos en los distintos subgrupos de clasificación, estableciendo y definiendo los trabajos incluidos en cada uno de los subgrupos de clasificación de los contratos de obras, como ya sucede con los de servicios, y revisando los incluidos en los subgrupos de clasificación de los contratos de servicios, al objeto de incorporar a la clasificación los cambios normativos o tecnológicos experimentados en algunas actividades, así como la experiencia acumulada en la gestión del sistema de clasificación.

Sería igualmente aconsejable desarrollar criterios complementarios para la determinación de la categoría que ha de asignarse a las empresas que, disponiendo de medios adecuados para la ejecución de las obras o servicios de un subgrupo, no pueden acreditar experiencia en su ejecución en el período reglamentariamente establecido, así como establecer de modo explícito los criterios para determinar la solvencia financiera de las empresas a los efectos de su clasificación y asignación de categoría como empresas de servicios, estableciendo en su caso medios alternativos para la acreditación de la solvencia a efectos de clasificación de las empresas en casos especiales, cuando ésta no pueda ser acreditada mediante la aportación de las últimas cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil o Registro oficial correspondiente.

Decimosexta

Al objeto de otorgar un tratamiento homogéneo y consistente a la consideración del Impuesto sobre el Valor Añadido (o impuesto indirecto equivalente, en su caso) en la contratación pública, sería conveniente su inclusión en el cómputo de la experiencia empresarial a efectos de clasificación de las empresas.

Decimoséptima

Debería considerarse la posibilidad de atribuir a los órganos de contratación la potestad de sustituir por declaraciones responsables adecuadas la aportación por los

licitadores de los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos para contratar. Esto debería ir acompañado de las garantías y medidas necesarias para disuadir de la presentación de ofertas a quien no reúna dichos requisitos, incluido el que la Administración se reserve la posibilidad de verificación en todo momento del cumplimiento de requisitos por cualquier licitador admitido.

Decimoctava

Sería conveniente evaluar las ventajas de establecer en la Administración General del Estado un registro único de licitadores, accesible de forma telemática, cuyos certificados dispensarían a las empresas en ellos inscritas de la carga de aportar los documentos acreditativos de personalidad, capacidad, solvencia o representación en las licitaciones convocadas por cualquier órgano de contratación.

Decimonovena

Debería precisarse el alcance y requisitos de las prohibiciones de contratar establecidas en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Vigésima

Debería estudiarse la conveniencia de aplicar las garantías provisionales del adjudicatario a la garantía definitiva, así como la posibilidad de utilizar procesos electrónicos en la presentación y gestión de las garantías provisionales y definitivas.

Vigésima primera

Debe procurarse que el objeto de los contratos se defina con claridad y precisión. Cuando resulte contrario a los principios de publicidad y concurrencia, debe evi-

tarse tanto el fraccionamiento del objeto del contrato como su ampliación por la vía de acumular prestaciones.

Vigésima segunda

En los expedientes de modificación debe procurarse que queden debidamente justificadas las razones de interés público que motivan su tramitación. En la medida en que pueden afectar al interés de los licitadores, podría estudiarse la introducción de mecanismos que permitan la publicidad de esta clase de expedientes. En cualquier caso, se estima conveniente que los precios contradictorios se determinen en última instancia por un procedimiento arbitral.

Vigésima tercera

La complejidad y el coste de gestión del modelo de revisión de precios en los contratos de obras y en los de suministro de fabricación, así como la obsolescencia de las fórmulas empleadas, hacen necesaria su reforma o sustitución. En todo caso, el nuevo modelo debería utilizar índices oficiales.

Vigésima cuarta

Se estima necesario revisar algunos aspectos concretos de la regulación sobre los anticipos a cuenta por operaciones preparatorias, en particular, ámbito de aplicación y relación con el reajuste de anualidades, así como el abono por excesos de medición (cálculo del 10% y tiempo del pago).

Vigésima quinta

El Título IV del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas («De los contratos de consultoría y asistencia y de los servicios») debería modificarse

para pasar a denominarse «De los contratos de servicios a las Administraciones Públicas». Dentro de esta categoría, sería conveniente crear una nueva clase de contratos «de gestión de la información y de las comunicaciones».

Vigésima sexta

En la regulación de los contratos de consultoría y asistencia, sería conveniente flexibilizar las normas que rigen su duración para permitir que ésta se acomode a las necesidades concretas de cada contrato.

Cuando esta clase de contratos dé lugar a creaciones que puedan ser objeto de propiedad intelectual, su adquisición debería realizarse con arreglo a las normas generales de la Ley de Propiedad Intelectual, de manera que la Administración sólo hiciera suyos los derechos de propiedad intelectual cuando así se hubiera establecido singularmente en el correspondiente pliego.

Igualmente, en estos contratos de consultoría y asistencia, se estima aconsejable delimitar y acotar en términos equilibrados para las partes el deber de confidencialidad respecto de la información que recibe el adjudicatario del contrato con ocasión de la ejecución de éste.

Vigésima séptima

El procedimiento restringido puede ser potenciado en la medida en que se respete el principio de concurrencia y siempre que lo requiera la especificidad técnica, artística o funcional del objeto del contrato. En todo caso, deberían regularse con mayor precisión los supuestos en los que puede utilizarse.

Vigésima octava

Sería conveniente que, en el marco de las Directivas comunitarias, se incremente el uso del procedimiento negociado. Asimismo, se estima oportuno regular con mayor detalle el sistema de negociación así como la documentación sobre la que se negociará.

Vigésima novena

Sería razonable reconsiderar los actuales importes determinantes de los umbrales de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad y del contrato menor, así como proceder a su fijación en cifras que expresen un número entero de euros. Esta última medida debería hacerse extensiva, en lo posible, a las restantes cantidades que se citan en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Trigésima

El concurso y la subasta no son formas de adjudicación intercambiables. El concurso no debería utilizarse en aquellos casos en que la competencia, respecto de los elementos técnicos del contrato, no implique ventajas comparables y debidamente acreditadas a las de una competencia más intensa en los precios.

Trigésima primera

Es recomendable potenciar la configuración de la Mesa de Contratación de modo que, manteniendo su atención en el análisis formal de la documentación, se incremente su capacidad en el análisis técnico y económico de las ofertas.

Se considera también aconsejable que, en el ámbito de las Corporaciones Locales, quien presida la Mesa de Contratación no sea necesariamente miembro electo de la Corporación y que esta función pudiera recaer, por tanto, en personal al servicio de la misma.

Trigésima segunda

Los órganos administrativos de contratación, en la medida en que no son competentes para la aplicación de la legislación de defensa de la competencia deben remitir a los órganos competentes cualquier indicio de infracción de dicha legislación.

Trigésima tercera

Es necesario profundizar en la relevancia de los elementos económicos en los concursos. Es recomendable la determinación de una horquilla de ponderación de los criterios económicos en los concursos, que podría oscilar entre el 45% y el 30%. Asimismo, debería tenderse a atribuir la mayor puntuación a la oferta más baja y no a la que se acerca la media aritmética de las presentadas.

Asimismo, sería conveniente anticipar la valoración de los aspectos técnicos del concurso al momento de la apertura de las proposiciones económicas.

Trigésima cuarta

Sería recomendable revisar la regulación de la presunción de temeridad de las ofertas económicas para evitar los riesgos de que se cercene la concurrencia o se limite la competencia en precio entre distintas ofertas.

Trigésima quinta

Es necesario insistir en la necesidad de separar el análisis de las características del licitador, que determinará su inclusión o exclusión del procedimiento, del estudio de las ofertas presentadas desde la vertiente técnica o económica. Es recomendable no introducir en los criterios de adjudicación elementos que son más propios de las características del licitador que de su oferta.

ANEXO

Relación de miembros

Relación de miembros de la Comisión

PRESIDENTE

D. FRANCISCO URÍA FERNÁNDEZ

Subsecretario de Hacienda

MINISTERIO DE HACIENDA

VICEPRESIDENTA 1ª

Dª. MARINA SERRANO GONZÁLEZ

Directora General del Patrimonio del Estado

MINISTERIO DE HACIENDA

VICEPRESIDENTE 2º

D. JOSÉ LUIS PASCUAL PASCUAL

Director General de Política Económica

MINISTERIO DE ECONOMÍA

SECRETARIA

Dª. JULIA MARCHENA NAVARRO

Vocal Asesora

Gabinete Técnico Subsecretario

MINISTERIO DE HACIENDA

VOCALES

D. VICENTE LÓPEZ-IBOR MAYOR

Miembro del Comité Consultivo de Apertura de la Contratación Pública en la Comisión UE

D. JOAQUÍN TRIGO PORTELA

Director Ejecutivo de Fomento del Trabajo Nacional

D. CARLOS PRIETO MARTIN

Federación Española de Municipios y Provincias

D. LUIS CASES PALLARÉS

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona Socio Garrigues Abogados y Asesores Tributarios

D. GASPAR ARIÑO ORTIZ

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid

D. ANTONIO JIMENEZ-BLANCO
CARRILLO DE ALBORNOZ
*Catedrático de Derecho Administrativo de
la Universidad de Jaén*

D. JUAN FRANCISCO LAZCANO
ACEDO
Confederación Nacional de la Construcción

D. SANTIAGO EGUIAGARAY
FONTANA
*Asociación Nacional de Constructores
Independientes*

D. PEDRO GONZÁLEZ-HABA
GONZÁLEZ
*Asociación de Empresas Constructoras de
Ámbito Nacional*

D. PEDRO CANALEJO MARCOS
*Asociación Española de Empresas de
Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos*

D. ALFONSO GARCÍA CAMPO
*Asociación de Empresas de Tecnologías de
la Información*

D. JOSÉ OVANDO MURILLO
*Agrupación de PYMES de la Confederación
Nacional de la Construcción*

D. RAFAEL DOMÍNGUEZ OLIVERA
*Abogado del Estado-Jefe del Ministerio de
Fomento*
MINISTERIO DE FOMENTO

D. JUAN ANTONIO MARTÍNEZ
MENÉNDEZ
*Interventor Delegado en el Ministerio de
Economía*
MINISTERIO DE ECONOMÍA

D. JOSÉ ANTONIO SANTÍAS VIADA
*Secretario de la Junta Consultiva de
Contratación Administrativa
Dirección General del Patrimonio del Estado*
MINISTERIO DE HACIENDA

D. ALFONSO RUIZ DE CASTAÑEDA
DE LA LLAVE
*Subdirector General Adjunto de la Junta
Consultiva de Contratación Administrativa
Dirección General del Patrimonio del Estado*
MINISTERIO DE HACIENDA

D. DANIEL AVEDILLO DE JUAN
*Subdirector General de Compras
Dirección General del Patrimonio del Estado*
MINISTERIO DE HACIENDA

D. JOSÉ LUIS CUEVA CALABIA
*Subdirector General de Clasificación de
Contratistas y Registros de Contratos
Dirección General del Patrimonio del Estado*
MINISTERIO DE HACIENDA

D^a. MARTA GANADO LÓPEZ
*Subdirectora General de Organización
Planificación y Gestión de Recursos*
INSTITUTO ESTUDIOS FISCALES

COLABORADORES

D^a. MARÍA ASUNCIÓN LES GIL
*Técnico Asesor en Contratación del Servicio
de Contratación e Inventario*
DIPUTACIÓN DE BARCELONA

Ha participado en el subgrupo de trabajo
encargado de la elaboración de la ponencia "*La
contratación pública en las Entidades Locales*".

D. PEDRO C. FERNÁNDEZ ALÉN
Asesor Jurídico
CONFEDERACIÓN NACIONAL
DE LA CONSTRUCCIÓN

Ha participado en el subgrupo de trabajo
encargado de la elaboración de la ponencia "*La
simplificación de la contratación pública y las nue-
vas tecnologías de la información*".