



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 66_junio-diciembre 2023 | pp. 411-440
Santiago de Compostela, 2023
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5100>
© Santiago González-Varas Ibáñez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 23/05/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Aplicación da LCSP de 2017
desde a súa promulgación

Aplicación de la LCSP de 2017 desde su promulgación

Application of the 2017
Public Sector Contracts
Act since its enactment

66 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante

<https://orcid.org/0000-0002-3101-0469>

varas@ua.es

Resumo: Analízanse certos temas que veñen suscitando debate na lexislación de contratación pública, para observar cal foi a súa aplicación ou evolución tras a Lei española de contratos do sector público de 2017. Creouse unha especial cultura xurídica nesta materia, con¹ maior especialización, predominando máis os debates técnicos que os esenciais. A proliferación dos tribunais de recursos contractuais contribuíu a este proceso. Xerouse unha inmensa casuística cuxos trazos principais convén coñecer.

Palabras clave: Ámbito de aplicación da LCSP, tipos de contratos, subcontratación, modificación do contrato, solvencia económica e financeira, prohibicións de contratar, pregos da contratación, execución do contrato.

Resumen: Se analizan ciertos temas que vienen planteando debate en la legislación de contratación pública, para observar cuál ha sido su aplicación o evolución tras la Ley española de contratos del sector

¹ Texto de la ponencia en la jornada "A lei de contratos do sector público cinco anos despois. A importancia da contratación pública como motor da economía", organizada por el Servicio de Patrimonio y Contratación de la Diputación Provincial de A Coruña, y celebrada en el Teatro Colón de A Coruña el 13 de marzo de 2023.

público de 2017. Se ha creado una especial cultura jurídica en esta materia, con mayor especialización, predominando más los debates técnicos que los esenciales. La proliferación de los tribunales de recursos contractuales ha contribuido a este proceso. Se ha generado una inmensa casuística cuyos rasgos principales conviene conocer.

Palabras clave: Ámbito de aplicación de la LCSP, tipos de contratos, subcontratación, modificación del contrato, solvencia económica y financiera, prohibiciones de contratar, pliegos de la contratación, ejecución del contrato.

Abstract: This paper analyses certain issues that have been raising debate in public procurement legislation, in order to observe their application or evolution since the passing of the Spanish Public Sector's Public Procurement Law in 2017. A special legal culture has been created in this matter, with greater specialization, predominating more technical debates than essential ones. The proliferation of administrative tribunals for public procurement reviews has contributed to this outcome. An immense case-law has been generated whose main features should be known.

Key words: Public Procurement Law scope, type of procurement, subcontracting, modification of contracts, operator's economic and financial standing, grounds for excluding operators from participation in a procurement procedure, procurement documents, contract performance.

SUMARIO: 1 Planteamiento. 2 Evolución normativa. 3 Aplicación de la LCSP.

1 Planteamiento

Seguidamente, vamos a seleccionar algunos temas de aplicación de la Ley de contratos del sector público de 2017, observando las problemáticas de los últimos cinco años, incidiendo en aquellos temas que en el momento de promulgarse la ley presentaban discusión para observar la evolución que han tenido con posterioridad.

Puede afirmarse, como idea orientadora que se deduce del estudio de la evolución de la contratación pública, que durante los últimos años se ha creado una especial cultura jurídica en esta materia, con mayor especialización, predominando más los debates técnicos que los esenciales. La proliferación de los tribunales de control de adjudicación contractuales ha contribuido a este proceso.

En suma, de un debate protagonizado por problemas de fondo (delimitación del ámbito subjetivo que ponía en jaque la aplicación de la legislación contractual, prórrogas contractuales que podían eludir la concurrencia, modificados, etc.), hemos pasado a debates de articulación legal aplicativa, praxis o casuística, que perfilan los criterios legales.

2 Evolución normativa

Dicho esto, a la hora de observar la evolución de la contratación pública tras la promulgación de la LCSP en 2017, el primer factor que a todos nos viene a la cabeza es el COVID-19, protagonista de los últimos cinco años de aplicación de la LCSP de 2017. La cuestión del COVID-19 se relaciona con el artículo 208 de la LCSP 2017, donde se establece la suspensión de los contratos, abonando la Administración los daños y

perjuicios efectivamente sufridos por el contratista, con sujeción a las reglas que con bastante detalle se contienen en dicho artículo 208, apartado 2.

En este contexto, puede hacerse referencia también a la suspensión excepcional de los contratos regulada en el Real decreto-ley 8/2020 como consecuencia del COVID-19 (así como al Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19)².

En este contexto del COVID-19, puede recordarse que esta epidemia dio lugar a algunos informes o resoluciones. Así, previendo que las personas trabajadoras autónomas o el trabajador autónomo económicamente dependiente, adjudicatarios de contratos públicos que se hayan visto suspendidos como consecuencia de la adopción del estado de alarma o cualquiera de sus medidas complementarias, no pueden percibir un equivalente a los gastos salariales como indemnización por los daños que se les produzcan como consecuencia de la suspensión total o parcial de dichos contratos, podrán, en su caso, acogerse a las ayudas específicamente creadas por las diferentes AAPP para los autónomos (Informe 2/2020 de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra). O declarando que resulta improcedente el abono a cuenta durante el período de suspensión de los contratos a que se refiere el artículo 34 del Real decreto 8/2020, de 17 de marzo, de las indemnizaciones previstas en dicha disposición legal (Informe AGE – HACIENDA 10/20, R-341/2020, de 14 de abril). Hacienda 10/20 (R-341-2020). O informando que los contratistas han de esperar al levantamiento de la suspensión para reclamar la indemnización del artículo 34 del Real decreto-ley 8/2020, etc., o sentencias que finalmente no reconocieron el restablecimiento del equilibrio económico al contratista por efectos del COVID-19 (STS 1038/2022, de 19 de julio de 2022).

Otra relación del COVID-19 y la LCSP lleva al artículo 120 de la LCSP (“Tramitación de emergencia”), cuyo presupuesto es la necesidad de una actuación inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. El régimen excepcional consiste en *eximir al órgano de contratación de la obligación de tramitar expediente de contratación*, pudiendo ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. Esta regulación encaja a la perfección en la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, que dio lugar

² El Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, establece medidas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos, impidiendo la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público, y evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o las entidades que integran la Administración local y todos sus organismos públicos y entidades de derecho público tengan un impacto estructural negativo sobre esta parte del tejido productivo. Para evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las CC.AA. o la Administración local para combatirlo puedan dar lugar a la resolución de contratos del sector público, se prevé en su artículo 34 un régimen específico de suspensión y prórroga de los mismos.

Me baso, para este trabajo, en mi *Tratado de Derecho administrativo. Contratación Pública. Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*, tomo III, 4.ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020 (me remito a esta obra también para una consulta de algunas fuentes, blogs o similares de autores donde he podido tomar alguna resolución o sentencia). Asimismo, este texto sirvió de apoyo a una conferencia del 13 de marzo de 2023 en la Diputación de A Coruña.

incluso a la adopción por el Gobierno de España del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Al margen del COVID-19, en cuanto a la evolución normativa posterior a la promulgación de la LCSP 2017, podemos destacar la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2023, (...) que ha afectado, entre otras cuestiones, a los supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, a las conductas colusorias en el procedimiento de contratación o la clasificación.

También puede citarse la Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026 (ENCP), de 28 de diciembre de 2022, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon). La finalidad de la ENCP será la de abordar los aspectos que menciona el artículo 334 de la LCSP para establecer una serie de medidas y actuaciones que permitan cumplir los objetivos que este precepto menciona; en esencia, combatir la corrupción, incrementar la profesionalización, promover la eficiencia económica, generalizar el uso de la contratación electrónica y promover un marco normativo claro y estable con el fin de dotar de seguridad jurídica a la contratación pública.

Asimismo, es preciso tener en cuenta que el Real decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, regulador de los fondos europeos, contiene, para la gestión de los referidos fondos, ciertas especialidades en materia de contratación pública³.

Otra referencia es la STC 68/2021, de 18 de marzo de 2021, que declara inconstitucionales la exclusión de la eficacia extraterritorial de las decisiones sobre clasificación adoptadas por los órganos competentes autonómicos, o la obligación impuesta a los entes locales de publicar sus perfiles en una única y concreta plataforma de contratación. Igualmente, por incurrir en una regulación de detalle que solo incidentalmente guarda relación con los principios de la contratación pública, se declara que no son conformes al orden constitucional de competencias algunos aspectos relativos al órgano competente para declarar la prohibición de contratar; el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares; la definición de prescripción o especificación técnica; la decisión de no publicar determinados datos sobre la celebración del contrato; las subfases en el concurso de proyectos; o la habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Por último, se declara inconstitucional la previsión de la LCSP relativa a la determinación del órgano competente, en ausencia de legislación autonómica, para resolver el recurso especial en materia de contratación en el ámbito de los entes locales.

³ – Consideración de urgencia en la tramitación de todos los expedientes (artículo 48). – Como especialidad del procedimiento abierto simplificado se establece como regla que la ponderación de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor previstos en el pliego no supere el 35% del total (artículo 52). – Preferencia por la sociedad de economía mixta para la adjudicación de los PERTE. – El plazo del recurso especial se reduce a 10 días. – El artículo 57 señala que corresponderá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado resolver las dudas que se puedan plantear sobre la interpretación de las normas sobre contratación pública de este real decreto-ley.

3 Aplicación de la LCSP

Un primer tema de ineludible consideración es el del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP de 2017. En nuestro país, contamos tradicionalmente con una legislación pública o avanzada de contratos, a diferencia de otros ordenamientos donde no había siquiera una legislación –propiamente dicha– de contratos administrativos. Pero dicha legislación quedaba inaplicada, con tal de crear entidades de derecho privado. Este tema fue uno de los más polémicos tradicionalmente. A raíz, principalmente, de la Sentencia 214/2000 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se abrieron vías de solución. En el momento de promulgarse la LCSP en el año 2017, este tema estaba en gran medida ya “pacificado”, pese a la enorme polémica de los años precedentes, dado que ha sido un auténtico reto conseguir la aplicación de todas aquellas entidades que cumplan funciones de satisfacción de interés general independientemente de su forma jurídica. Diríamos, pues, que en los cinco años de aplicación de la LCSP se ha *normalizado* la aplicación de la LCSP en el ámbito societario público y ha calado finalmente la ratio “funcional” para la definición del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP. Esta ratio funcional llega a servir para delimitar el propio derecho administrativo. Esto último habida cuenta de que el derecho administrativo no es tanto el derecho regulador de la Administración pública como el derecho regulador de la Administración pública cuando esta cumple una función administrativa o de interés general.

Se entiende, así, que en los últimos cinco años haya decaído el interés en la aplicación judicial de técnicas tales como el levantamiento del velo y los actos separables. No queremos decir que haya desaparecido su invocación en la praxis, pero sí que estas técnicas no tienen tanto sentido o importancia como cuando se abusa del derecho privado. Solo entonces es cuando se hace imprescindible su invocación en la praxis jurídica para remediar los efectos de una pura contratación privada en el ejercicio de funciones públicas. Es decir, en tanto en cuanto las entidades públicas de derecho privado cumplen la ley de contratos (y no se aplica el derecho privado), por realizar funciones de satisfacción de interés general, decae el interés correlativo en el levantamiento del velo y en los actos separables, cuyo sentido está en corregir fraudes de ley derivados de la indebida inaplicación de la LCSP.

En cuanto a los tipos de contratos, recordemos que, con anterioridad a la LCSP de 2017, un tema característico fue el desarrollo de formas contractuales, en concreto durante las dos décadas anteriores a dicha fecha. Sin embargo, podemos decir que, en los últimos cinco años, esta tendencia de creación de formas nuevas de contratos no ha continuado, a salvo de la regulación de la “concesión”, que llevó a cabo dicha LCSP por trasposición de la normativa europea en la materia, regulación basada en la ratio o noción de riesgo empresarial, que se ha aplicado jurisprudencialmente desde 2017. Podemos recordar también el “contrato de colaboración público-privado”, en el sentido de una forma contractual que ha tenido interés finalmente más teórico que práctico.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Por su parte, los contratos urbanísticos, para la adjudicación de una obra urbanística a cargo de los propietarios (que reciben un solar urbanizado), contratos que arraigan especialmente en algunas comunidades autónomas, siguen al margen de la LCSP. Se regulan en leyes del suelo autonómicas, aunque respetando la LCSP en los aspectos que interfieren con lo contractual.

Un debate interesante, en este contexto, es el de la posible no sujeción a la LCSP de 2017 de los contratos para servicios jurídicos y asesoramiento. Resoluciones recientes de los órganos resolutivos o consultivos en materia de control de adjudicaciones contractuales han indicado la exclusión de este tipo de contratos de la LCSP de 2017 (Informe 1/2023, de la JCCA de Aragón), tendencia que consideramos acertada.

Otro tema que late siempre en cualquier reforma legal de contratos públicos es el de si debe preverse un mismo sistema de adjudicaciones respecto de los contratos por encima y por debajo de los umbrales; es decir, la “regulación armonizada” y la que queda por debajo de esos umbrales. Tras la LCSP, se vuelve a confirmar el modelo legislativo tradicional español, en el sentido de exigir procedimientos de adjudicación similares por encima y por debajo de los umbrales comunitarios, aun cuando se plantea la reflexión, al menos desde el punto de vista jurídico-comparado, de si no es demasiado exigente nuestro derecho, considerando que otros ordenamientos (compatibles con las directivas europeas) no contemplan procedimientos tan estrictos respecto de las adjudicaciones de contratos por debajo de los umbrales europeos; en el derecho alemán incluso se consideran de contratos civiles de la Administración.

Otro ámbito tradicionalmente polémico era el de la duración de los contratos y las prórrogas. El problema era el de la práctica arraigada de prorrogar los contratos para el restablecimiento del equilibrio económico contractual: una situación típica se refería a que se prorrogaba el contrato, al terminar su plazo, como forma de compensar al contratista de prestaciones e inversiones hechas en vida del contrato y que la Administración no había abonado. La propia legislación estatal de autopistas, o la legislación local, se orientan en esta dirección. Pues bien, durante los últimos años parece haberse asumido el criterio de la legislación contractual (ya previsto anteriormente a la LCSP) de la prohibición de las prórrogas si no están previstas expresamente en los pliegos. Prima el principio de concurrencia sobre otras formas de entender el interés público. Se incide en la excepcionalidad de las prórrogas contractuales, por su confrontación con la *ratio* de concurrencia debida, la necesidad de que se prevean en los pliegos, también su duración concreta, así como la prohibición de que sean indefinidas o imprecisas, y de las prórrogas tácitas (STSJ de la Comunidad Valenciana n. 753/2019, de 15 de octubre de 2019). Además, las prórrogas son decretadas en cumplimiento del pliego, por interés público y no por iniciativa o interés del contratista.

En la casuística de los últimos años pueden citarse algunas sentencias: interesante es la STS 952/2021, de 1 de julio de 2021, que afirma que la negativa de la Administración a prorrogar un contrato, por asumir la gestión directa, exige una valoración de sus efectos sobre el gasto público: el acto por el que la Administración decide no prorrogar un contrato, al asumir gestión directa, requiere, de acuerdo con el artículo 7.3 LOEPSF, que se valoren sus repercusiones y efectos, teniendo en cuenta

la naturaleza y alcance del acto y las circunstancias concurrentes. Seleccionamos esta sentencia porque es expresiva, asimismo, de una realidad: el paso de la gestión indirecta a la directa exige una reflexión sobre el gasto y la economicidad de la operación. De hecho, este ha sido un debate típico de los últimos años.

Téngase en cuenta que el artículo 29 de la LCSP se halla en el libro primero de la norma, que es aplicable a todos los contratos del sector público, sean estos administrativos o privados (IJCPE 7/2020, de 29 de julio: la duración de los contratos privados –de seguro–). Esta ubicación permite que en la fase de preparación de un contrato privado se definan adecuadamente las condiciones de duración sin tener que atenerse a la normativa privada cuando no se justifique extraer de la licitación pública a un contrato por un tiempo superior al que marca la LCSP.

Otra cuestión, sin salir de estos debates, que se planteaba cuando se dictó la LCSP 2017, era la relativa a si se podía prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato. Recordemos que lo admite el último párrafo del artículo 29.4 “cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado, el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación”; “en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario” (véase también el artículo 288.a de la LCSP 9/2017)⁴.

Otro tema objeto de arduo debate viene siendo el de los encargos de poderes adjudicadores a medios propios personificados (artículo 32 de la LCSP). Si se sigue la praxis de los últimos cinco años, se observa que en este ámbito se han venido dictando resoluciones con bastante intensidad. En cuanto a los problemas jurídicos, el principal problema consiste en determinar si el caso concreto requiere o no seguir reglas de publicidad y concurrencia y vinculación a la mejor oferta que plasma la legislación contractual para el contrato público, o si, por contrapartida, no es necesario. Así pues, la vinculación estricta de la entidad encomendada respecto de la encomendante viene explicando la posibilidad de entender encargos que se sitúan dentro de los contratos o negocios excluidos de la aplicación de la legislación contractual pública. En este contexto, también conviene recalcar que en caso de encargos a sociedades públicas, esta regulación solo se aplica a aquellas que tienen capital, en su totalidad,

⁴ Durante la aplicación de la LCSP, un ejemplo de adopción de esta medida excepcional de prórroga la encontramos en el artículo 34 del Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que, para evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las CC.AA. o la Administración local para combatirlo pudieran dar lugar a la resolución de contratos del sector público, previó un régimen específico de suspensión de los mismos, estableciendo específicamente que, respecto de «aquellos contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto en el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente».

de titularidad pública. El apartado 1 del artículo 32 de la LCSP afirma que los poderes adjudicadores pueden valerse de otra persona jurídica distinta de ellos (para ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios), ya sea de derecho público o de derecho privado. Se trata de encargos al margen del contrato, pese a que han de cumplirse unas formalidades previstas en este artículo y siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de «medio propio» personificado respecto de ellos. La forma jurídica es irrelevante. Es sabido, además, que la clave del derecho aplicable es funcional. Entonces, en el apartado 2 del artículo 32 LCSP es donde se define dicho «medio propio personificado». En esencia: control análogo al que ostentaría el adjudicador sobre sus propios servicios o unidades (es decir, influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas); que más del 80 % de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador; que la totalidad de su capital o patrimonio sea público (si el medio propio es jurídico-privado); que la condición de medio propio esté en sus estatutos o actos de creación (véase la STJUE de 22 de diciembre de 2022, asuntos acumulados C.383 y 384/2021).

Durante los últimos cinco años las resoluciones han afectado a cuestiones casuísticas relativas al cumplimiento de los presupuestos legales mencionados. No obstante, persiste aún un problema esencial, en el sentido de si en torno a los encargos a medios propios no estamos más bien ante un tema organizativo o de cooperación administrativa (en este contexto, Informe 22/2018, de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón de 25 de septiembre) que ante un tema contractual cuya ratio es la sujeción al principio de concurrencia. El hecho es que el preciso régimen legal previsto en la LCSP no deja mucho margen. Se entiende así que primen en la praxis debates sobre si se cumplen o eluden los requisitos legales. Si se incumplen los presupuestos, se estima el recurso especial contra el encargo del medio propio al margen de tales presupuestos legales (resolución del Tribunal de Recursos Contractuales de Cataluña 259/2021).

Así pues, durante los últimos años de aplicación de la LCSP de 2017, se ha precisado (por parte del IJCCA Cataluña 5/2019, de 30 de mayo) que “el requisito relativo al control conjunto análogo por parte de los diversos poderes adjudicadores que dispongan de un medio propio compartido (se presume) cuando existe participación de cada uno en los órganos de decisión y en el capital del medio propio. Sin embargo, una participación meramente formal en el medio propio por parte de uno o varios poderes adjudicadores no es suficiente para entender que existe efectividad en el control conjunto, ni es admisible que la determinación de la voluntad del medio propio dependa en exclusiva de un poder adjudicador”.

Las resoluciones nos explican el requisito del referido 80 % (dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana 107/2020, de 26 de febrero de 2020), o nos informan que, si el organismo público no es “medio propio”, puede concurrir a una licitación (Resolución del TACRC 1784/2021), o añaden que en el expediente han de explicitarse las razones por las que el recurso al encargo resulta más eficiente en sentido amplio que el recurso a la contratación pública (Acuerdo 41/2019 del Tribunal

Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía), si bien no se precisa que la mayor eficiencia se explique en relación con “cada encargo” (RTACRC 696/2022).

En torno al artículo 34 LCSP, libertad de pactos, se han dictado algunas resoluciones. Se afirma que no se puede pactar una cláusula de remisión a un determinado régimen legal cuando por ley es otro régimen legal el que procede (STS 1359/2022, de 24 de octubre de 2022).

Seguidamente, la LCSP regula las revisiones de oficio, nulidades y lesividades. Destacamos el debate, en torno a la revisión de oficio, acerca de las contrataciones verbales y el enriquecimiento injusto. Puede citarse el Dictamen 401/2022 del Consejo Consultivo de Andalucía, de 31 de mayo de 2022, que confirma la revisión de oficio de un contrato celebrado verbalmente (por el Ayuntamiento de Sevilla para el mantenimiento de la red municipal de radiocomunicaciones), pronunciándose además sobre si el contratista tiene derecho a percibir la remuneración íntegra o solo la compensación de los costes de la prestación. Y afirma que: (a) como principio o regla general solo se debe restituir al contratista el “coste efectivo” de la prestación; y (b) que la anterior regla general se exceptúa cuando “se aprecian circunstancias que justifican el abono íntegro de la prestación, tal y como fue convenida, sobre todo cuando no puede calificarse al contratista como partícipe de la nulidad” (la STS 722/2022, recurso 5437/2020, aborda la naturaleza de la cantidad que se abona a los operadores económicos por las prestaciones efectuadas fuera de contrato).

En materia de lesividades, tradicionalmente existían algunas reticencias para aplicar con normalidad las lesividades en el ámbito de la contratación pública. Durante los cinco últimos años ha seguido la tendencia de “normalizar” los recursos de lesividad de las administraciones en este ámbito contractual, superándose cualquier reticencia a su aplicación práctica. Las sentencias de los últimos años corroboran la posibilidad de introducir contenciosos por parte de administraciones frente a contratistas beneficiados de prestaciones declaradas en actos administrativos contractuales que merecen ser invalidados judicialmente.

Siguiendo con la exposición del articulado legal, llegamos al tema del recurso especial; en torno a esta cuestión merece la pena hacer un inciso, aunque solo sea para reconocer el arraigo conseguido en los últimos años por parte de los tribunales de control de adjudicaciones contractuales, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico; se ha consolidado en la práctica este modelo, pese a poder ser optativo o potestativo. Ha tenido la virtualidad de convertirse en protagonista en materia litigiosa; descarga de trabajo a la jurisdicción contencioso-administrativa. Su carácter técnico y especializado da sus frutos. A la hora de recurrir en vía contencioso-administrativa pesa el criterio de los tribunales centrales de control de adjudicaciones o tribunales autonómicos similares. El sistema de “respuesta rápida” consigue ajustar la resolución al interés del recurrente. La suspensión cautelar redundaría en ello. De este modo, el sistema de control de adjudicaciones se ajusta al *desideratum* de las directivas europeas de contratación pública. Diríamos que, incluso, este sistema ha contribuido a arraigar la cultura jurídica contractual que ha invadido puestos técnicos en

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

ayuntamientos y otras administraciones e incluso ha ocasionado la especialización en los despachos de abogados.

En los últimos cinco años se observa una praxis constante de estos tribunales; la cuestión afecta especialmente a aspectos casuísticos –no de sistema–, en el sentido, por ejemplo, de informar sobre cuándo un acto contractual es recurrible o no puede ser recurrido mediante este mecanismo. También se debate, en ciertas resoluciones, sobre costas o multas a los recurrentes o también en lo relativo al modo de presentación y lugar de los recursos especiales, la legitimación y el plazo de presentación del recurso especial.

En relación con los actos de trámite, viene planteándose una especial tensión a veces, pudiéndose observar una tendencia a su impugnabilidad progresiva, gracias en buena medida al impacto del derecho comunitario europeo.

Inadmisibilidad:

- La resolución del TACRC 648/2021 considera que el acta de la mesa de contratación no es objeto de impugnación: “la consideración de los acuerdos por los que indirectamente se admite a trámite a los licitadores, como pueden ser las actas de apertura de sobres o de baremación de las ofertas, no tienen la consideración de actos de trámite cualificados, según la doctrina elaborada por este tribunal al respecto”. No cabe, pues, recurso contra actas de la mesa de contratación (RTARC 280/2022).
- Por su parte, la Resolución del TACRC n. 1218/2018, de 28 de diciembre, aborda la impugnación de la incautación de una garantía por una entidad que realiza su actividad en uno de los denominados sectores especiales o excluidos. Y señala que «el acto recurrido (...) no se encuentra incluido entre las actuaciones susceptibles de recurso especial enumeradas por el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, por lo que resulta imposible la admisión y resolución del recurso interpuesto».
- Para la resolución 135/2021 del OARC no es recurrible el informe emitido por la Comisión Técnica de un contrato de suministro.
- Tampoco es recurrible el Plan anual de contratación por no constar en el listado del artículo 44 LCSP (resolución 427/2021 del TARC).
- No se admite el recurso especial al dirigirse este contra una prórroga (el recurrente afirmaba que era una modificación ilegal de un contrato), en virtud de la RTACRC 87/2022).

Admisibilidad:

- La resolución de imposición de penalidad por retirada de la oferta por el adjudicatario es susceptible de recurso (RTACRC 15/2022).

- El acto de clasificación de ofertas emitido por el órgano de contratación sí es susceptible de recurso especial (resolución del TACRC 421/2021), al ser un acto de trámite cualificado emitido por el órgano de contratación.

Debatible:

- La valoración de ofertas y propuesta de adjudicación realizadas por la mesa de contratación son actos de trámite no cualificados y, por ello, no susceptibles de recurso especial, de modo que las empresas desacordes con la valoración habrán de esperar a impugnar el acto de adjudicación (Resolución 840/2020 TACRC). Asimismo, la Resolución 259/2020 del TACP de Canarias considera inadmisibles recurrir la propuesta de adjudicación. Sin embargo, la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 298/2018, de 23 de octubre, que, en aplicación del artículo 44.2.b. de la LCSP considera que es susceptible de recurso especial contra *la propuesta de adjudicación de la mesa de contratación que contiene un acto tácito o implícito de admisión de las ofertas*. En esta línea, la Resolución 246/2020 TARCAJ permite el recurso especial contra la propuesta de adjudicación basada en la indebida admisión de la oferta propuesta como adjudicataria. Puede verse también que la Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del SP 1/2022 admite el recurso especial contra la propuesta de adjudicación.
- ¿Es recurrible la resolución por la que se declara la confidencialidad de determinada documentación del expediente? La respuesta dependerá del ámbito territorial en el que nos encontremos. El TACRC (Res. 975/2018) se ha decantado por la inadmisión del recurso contra dicho acto (de acuerdo con el TRLCSP), al considerar que las resoluciones sobre la confidencialidad, individualmente consideradas, no deciden directa o indirectamente sobre la adjudicación, no determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni producen indefensión o perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de los recurrentes. Pero, para el TACP de Navarra (Res. 81/2019) estos actos sí son susceptibles de impugnación.

Pese al carácter flexible de los actos recurribles, no se puede incurrir en reiteraciones a la hora de recurrir actuaciones ni tampoco incurrir en abuso de derecho (TARCAJ, Resolución 357/2020).

Sobre legitimación, seleccionamos casuística relativa a subcontratistas. Se ha admitido su legitimación a fin de recurrir la adjudicación de un contrato a otro licitador (RACRC 1274/2020) siempre que el proveedor acredite que tiene un compromiso (“claro y jurídicamente vinculante”) de subcontratación con un licitador. Y se niega cuando el subcontratista no acredite “que, efectivamente, de resultar adjudicatario dicho licitador, el recurrente ostentaría un derecho a realizar la prestación acordada dentro del contrato principal”. En este sentido, según la resolución del TACRC

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

1949/2021, se reconoce la legitimación para recurrir del subcontratista del licitador que, de estimarse el recurso, se convertiría en adjudicatario (...).

No obstante, el problema más característico afecta a los licitadores cuando no han quedado los segundos. En la RTACRC 90/2022 se reconoce la legitimación de la tercera clasificada (tema nada fácil), y ello porque las empresas en primera y segunda posición son pertenecientes a un mismo grupo.

Singular es el caso del adjudicatario que quiere recurrir la adjudicación para obtener una mayor puntuación, ante el temor de que, recurriendo otro licitador, pueda ponerse en riesgo la adjudicación, pretendiendo aquel hacer valer que la puntuación tuvo que haber sido mayor; si finalmente no existe ese riesgo, no procede el recurso del adjudicatario: Resolución 24/2022 del TARC de Andalucía; sobre el tema STS 604/2019 y RTACRC 516/2017.

Cambiando en parte de tema, puede plantearse la posible aplicación del derecho de la competencia. En el derecho español, a diferencia de otros como por ejemplo el alemán, el control “público” de las adjudicaciones contractuales no se lleva a cabo mediante el derecho de la competencia, sino mediante el derecho administrativo. En aquel otro ordenamiento que acaba de ser citado, incluso, el Tribunal de Control de Adjudicaciones Contractuales pertenece al Tribunal de Defensa de la Competencia. Todo esto no impide que se planteen litigios de este tipo también entre nosotros, ya que, si consultamos la praxis de los últimos años, observamos que no son del todo infrecuentes los litigios de acuerdos colusorios a la hora de licitar. La LCSP 2017 prestó atención a esta cuestión regulando a efectos de impedir prácticas colusorias en las licitaciones, mediante ciertos mecanismos contenidos en su articulado.

Como decimos, este control del derecho de la competencia se relaciona bien con la propia lógica procesal existente en el derecho europeo desde su origen, considerando la similitud de este control y el que desarrolla en Europa el TJUE. Pero la conclusión es clara en el sentido de que la jurisdicción contencioso-administrativa, o el nuevo sistema administrativo de tribunales de control de las adjudicaciones contractuales, es, al menos actualmente, más adecuado y completo porque permite resolver los mismos intereses que aquellos que plantea el derecho de la competencia, al tiempo que considera los específicamente administrativos. El debate de futuro parece cerrado, pues la tradición pesa en todo este ámbito procesal.

Se van consolidando en consecuencia ciertas reglas. Así, la remisión por parte de los tribunales de control de adjudicaciones contractuales a las instancias competentes en materia de competencia si observan prácticas colusorias de los licitadores que suponen la vulneración del principio de proposición única (RTACRC 1278/2019, de 11 de noviembre, citando el artículo 150.1 LCSP). La Resolución del TACRC 548/2020 defiende su competencia cuando se trate de verificar, aplicando el levantamiento del velo, que bajo la apariencia de ofertas formuladas por dos empresas distintas se encubre en realidad la presentación de dos ofertas por quien pueda considerarse, a todos los efectos, como una misma empresa, con la consiguiente vulneración del principio de proposición única que determina la exclusión de ambos licitadores en el procedimiento de contratación. No obstante, sería deseable un esfuerzo mayor de

delimitación competencial entre los tribunales administrativos de control de adjudicaciones contractuales y las instancias encargadas del control de la competencia.

Así pues, el estado de la cuestión se define por la casuística a la hora de determinar si ha habido o no una práctica anticoncurrencial.

Ejemplos aplicativos de los últimos años:

- La Resolución de la CNMC de 14 de marzo de 2019 (FJ 5) aplica la medida de la prohibición para contratar por infracciones en materia de falseamiento de la competencia, declarando que 15 empresas son responsables de la comisión de una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC), y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La conducta infractora, según la resolución, consistió en que por parte de esas empresas se formaron y ejecutaron varios cárteles para el reparto de concursos públicos (*bid rigging*) convocados por ADIF para la adjudicación de obras relacionadas con infraestructuras ferroviarias.
- Otro caso es el Acuerdo 40/2022 del TACPA (Aragón), ya que había indicios suficientes para concluir *bid rigging* (mismo domicilio social, parentesco, coincidencias en las ofertas, etc.).
- Puede citarse la resolución del TDC de Castilla y León de 22 de marzo de 2022 que concluye que no queda acreditada la existencia de *bid rigging* entre las tres empresas que concurren a la licitación, relacionadas entre sí a través de accionistas y representantes que mantenían vínculos familiares. Se razona que la LCSP no prohíbe que empresas vinculadas puedan concurrir a una misma licitación y disputarse el contrato objeto de la misma: “en referencia a las actuaciones que hacían pensar de una coordinación entre las empresas como consecuencia de coincidencias en la documentación presentada por las empresas denunciadas, así como de las actuaciones de retirada de las ofertas y posterior solicitud de renuncia a la retirada de las ofertas (...) las ofertas no contienen iguales errores de cálculo, fallos ortográficos o problemas formales en las ofertas o propuestas de las empresas denunciadas (...)”.
- Según la Resolución 13/2022 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, que uno de los trabajadores propuestos por un licitador sea, a la vez, un competidor por el contrato no es práctica colusoria que impida llegar a ser adjudicatario. Se desestima así una reclamación especial contra la adjudicación: “no existe ninguna enumeración legal concreta sobre lo que puede considerarse tales indicios de esas prácticas colusorias, siendo una cuestión que deberá resolverse caso por caso; que, dada su excepcionalidad, debe ser objeto de aplicación restrictiva, prudente y moderada”.
- Y en el Acuerdo 116/2020 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra se afirma que empresas vinculadas entre sí pueden concurrir separadamente a una licitación, ya que ello no necesariamente falsea la competencia.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

- La Resolución del TACRC 60/2021, de 22 de enero de 2021, excluye las ofertas por haber indicios de colusión.
- Según la RTACP de Galicia 28/2018, de 15 de junio, algunos elementos que permiten apreciar la existencia de prácticas colusorias son: a) la existencia de una relación de control o vinculación entre sí, b) la actuación a través del mismo representante, c) la existencia de una misma estructura del documento de oferta, de páginas y/o del tipo de letra, d) existencia de los mismos errores en la documentación, e) la existencia de una misma sede, f) los mismos medios de comunicación, g) las mismas fechas de presentación de proposición, h) la retirada de la oferta en favor de la otra entidad. La existencia de algunas de estas notas permitiría considerar que las ofertas no operan en la licitación como autónomas e independientes.

Siguiendo con el articulado, llegamos a los artículos 71 a 73 de la LCSP, donde hacemos una nueva parada, porque, en materia de prohibiciones para contratar, también observamos que durante los últimos cinco años ha habido casuística. Se ha incidido en que la prohibición para contratar que se manifiesta de forma sobrevenida, o con posterioridad al contrato, no invalida este.

Así, según el Dictamen 479/2018 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (expediente de resolución de contrato para la prestación del servicio de «enseñanza de disciplinas deportivas en instalaciones deportivas municipales»), la incursión sobrevenida en prohibición de contratar por el contratista surte efectos exclusivamente «hacia adelante», por lo que carece de efecto alguno para los contratos en vigor: «en el artículo 223 del TRLCSP, se establece que no es causa de resolución de los contratos la prohibición de contratar en que incurra el adjudicatario. Esto es, el hecho de que se acuerde prohibición de contratar afecta a la aptitud del contratista para contratar que a partir de ese momento carecerá de ella según el artículo 54 del TRLCSP; no así a los contratos de los que resulte adjudicatario en un momento anterior, aunque, consecuencia del incumplimiento de cualesquiera de ellos, incurra en prohibición de contratar». Se consolida así el criterio del Informe 52/07, de 24 de enero de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, o del Informe 45/13 JCCA.

Respecto de “cuándo” hay que cumplir con el requisito de estar al corriente de pago a la Seguridad Social o impuestos, la STS 1210/2020, de 28 de septiembre de 2020, afirma: “por ello, a la vista de lo hasta ahora reflejado, incluyendo el artículo 57 de la directiva, debemos concluir que los artículos 60.1.d) y 61.1 TRLCSP [actuales artículos 71.1.d) y 72.1 LCSP] en relación con el 146 TRLCSP y el más tajante 140 LCSP determinan que el cumplimiento de la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe venir referido a la fecha de licitación del contrato o presentación de la oferta. La anterior conclusión es la que más razonablemente se ajusta a los principios del derecho de la Unión Europea. De permitirse la subsanación en el momento de formalización del contrato haría de mejor condición a los licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas

hasta el momento de la adjudicación”. Sobre los dos momentos esenciales en que hay que estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias puede verse la RTACRC 189/2022.

El Informe 6/2021 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid afirma que, de conformidad con el artículo 140.4 de la LCSP, el requisito de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe concurrir en dos momentos: en la fecha final de presentación de ofertas y en el momento de perfección del contrato, no siendo suficiente cumplir este requisito únicamente en el momento de la adjudicación. Por otro lado, la forma de acreditar este requisito por los licitadores en el momento de presentar su oferta o solicitud de participación es mediante una declaración responsable del licitador, mientras que la forma de acreditar que lo cumple el propuesto como adjudicatario en el momento de perfección del contrato será mediante el documento justificativo correspondiente, referido a ese momento, en el plazo previsto en el artículo 150.2 de la LCSP.

Por otro lado, se considera que la firmeza que la LCSP predica de las resoluciones administrativas que dan lugar a la imposición de una prohibición de contratar debe ser la firmeza administrativa y no la jurisdiccional (IJCCPE 15/2018, de 10 de octubre de 2018)⁵.

La Resolución del TACRC 248/2021 confirma que la prohibición de contratar del artículo 71.1.d LCSP no puede aplicarse a empresas con menos de 250 trabajadores⁶, con independencia de que la Ley orgánica 3/2007 exija disponer de un plan de igualdad a las empresas de 50 o más trabajadores.

Profundizando en el ámbito o alcance subjetivo de la obligación de estar al corriente de las deudas tributarias, la RTACRC 335/2022 se enfrenta con el problema de una entidad que no estaba al corriente del pago del IAE en *varios municipios*, declarando la exclusión del licitador, pese a que la contratación era *con el Estado*.

Sobre el alcance objetivo, no es conforme con la normativa de contratación pública vigente el establecimiento de una cláusula que prevea la aplicación de una causa de prohibición de contratar diferente a las previstas en dicha normativa con carácter tasado, o una aplicación extensiva de alguna de las previstas (IJCCA Cataluña 7/2018, de 16 de noviembre).

⁵ En cuanto a los efectos de la prohibición para contratar, para la STS de 21 de junio de 2021 “los efectos de la prohibición de contratar solo se producen, y la limitación solo es ejecutiva, desde el momento en el que se concreta el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora bien a través del procedimiento correspondiente y, en este último caso, una vez inscrita en el registro”. En la STS 1115/2021, de 14 de septiembre de 2021, se afirma que “la prohibición de contratar solo produce efectos y es ejecutiva desde el instante en el que se hayan fijado su duración y alcance, pero ello no obsta para que, en vía judicial, en el supuesto de que se haya estimado procedente suspender la sanción a la que va asociada la prohibición, pueda acordarse la suspensión cautelar de la decisión de remitir las actuaciones al organismo competente para que se tramite el procedimiento destinado a fijar ese alcance y duración”. Por tanto, “la prohibición de contratar es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias, entre ellas, la defensa de la competencia, y la limitación solo es ejecutiva desde el momento en el que se concretan el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora, bien en un procedimiento autónomo y tras su inscripción en el registro”.

⁶ Téngase en cuenta que la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2023, ha reducido de 250 a 50 trabajadores.

En materia de solvencia, los debates pueden referirse a si las exigencias pueden ser excesivas, inapropiadas o desproporcionadas. En general, en materia de solvencia o demás requisitos para contratar, el *quid* puede estar en lo proporcionado o no de las exigencias en cuestión y en la transparencia debida. En este contexto, la LCSP establece que los requisitos de solvencia sean razonables y proporcionados a la entidad y características del contrato. De ser demasiado exigentes, se limita la participación de las empresas en la licitación. Además, deben ser conocidos *ex ante* para poderse recurrir en caso de ser desproporcionados.

La RTACRC 521/2019 anula los pliegos de un contrato de servicios de control de acceso y seguridad, por exigir a los licitadores la presentación de un certificado expedido por la Dirección General de Policía que indicara que “no consta ningún expediente sancionador, tanto por falta grave como no grave, por infracción a la Ley de seguridad privada”. También considera que se exigen requisitos desproporcionados de solvencia la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias 336/2021.

La STS de 25 de marzo de 2022 declara un requisito de solvencia inválido por desproporcionado, relativo a la exigencia de aportar certificados que demuestren que el licitador había suministrado energía eléctrica de origen 100 % renovable en los 5 años previos a la licitación, respecto a un acuerdo marco para el suministro de energía eléctrica renovable para edificios municipales. Esta sentencia declara que un suministro de energía 100 % renovable puede garantizarse contratando tanto con quien ha suministrado exclusivamente ese tipo de energía en el pasado como con quien la haya suministrado junto con energía no renovable. Lo esencial es que el contratista cumpla con ese suministro 100 % renovable a futuro y durante la ejecución del contrato.

No puede requerirse en el pliego, como solvencia mínima para concurrir a una licitación, estar en posesión de una certificación de protocolo frente al COVID-19 expedida por organismo externo. El TACP de la Comunidad de Madrid estima el recurso especial interpuesto contra los pliegos de una licitación de contrato de servicios de limpieza de edificios: “sin perjuicio del interés general que dicha certificación pueda tener desde el punto de vista sanitario, no se aprecia su vinculación con el objeto del contrato, debiendo entenderse que en la ejecución de la prestación deberán cumplirse todos los requisitos y medidas referentes a la seguridad y salud en el trabajo, por lo que procede la estimación del presente motivo, anulándose la citada cláusula” (Acuerdo 15/2022).

Por su parte, la STJUE de 31 de marzo de 2022 afirma que el artículo 58, apartados 1 y 4, de la Directiva 2014/24/UE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, un poder adjudicador pueda imponer, como criterios de selección en relación con la capacidad técnica y profesional de los operadores económicos, requisitos más estrictos que los mínimos establecidos por la normativa nacional, *siempre que tales requisitos sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador posee las competencias*

técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se va a adjudicar, que estén vinculados al objeto del contrato y que sean proporcionales a este.

En cuanto al momento de acreditación de la solvencia, la RTACRC 683/2021 recuerda que los requisitos de solvencia deben cumplirse en la fecha del fin de presentación de ofertas y, por tanto, el licitador no puede aprovecharse de la dilación del procedimiento de contratación para adquirir la solvencia de la que no disponía (volumen de negocio). Sin embargo, la RTACRC 657/2022 establece que ningún licitador está obligado en el momento de presentar su oferta a contar ya con los medios personales y materiales necesarios para ejecutar las obras. Es perfectamente lícito que el licitador que resulte adjudicatario proceda entonces a cubrir los correspondientes medios, sin necesidad alguna de contar con los medios antes de resultar adjudicatario.

Sobre los medios de acreditación, se ha planteado casuística en términos coherentes con los planteamientos legales, en el sentido de estimar el recurso si se adjudicó a persona que no acreditó correctamente la solvencia (Resolución 1/2022 del OARC) o se desestima si se cumple (Resolución 225/2022 del TARCA –Andalucía–). Acaso destacar los litigios sobre la acreditación de la solvencia con medios externos.

Un límite está en que esta facultad significa que la solvencia económica y financiera con medios externos pueda ser “integrada o completada” con los medios de un tercero, pero no sustituida totalmente (Resolución 528/2021 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía).

La RTACRC 486/2021 declara que acreditar la solvencia mediante empresas del grupo societario participadas en un 100 % por la licitadora no supone integración de la solvencia con medios externos. En este sentido, argumenta que los medios de la filial no son realmente medios externos a la licitadora, sino verdaderamente propios de la misma, y destaca que ello es igualmente aplicable a la solvencia técnica y económica.

Según la Resolución 1106/2021 del TACRC, a los efectos de la integración de solvencia mediante medios externos, “el objeto social de las empresas ha de ser interpretado de forma amplia, bastando con que exista una relación directa o indirecta e incluso parcial con las prestaciones que son objeto del mismo”.

Llegamos al artículo 99 de la LCSP, regulador de los contratos menores, el fraccionamiento y los lotes, auténtico quebradero de cabeza para los operadores en materia de contratos públicos. Recordemos que en la LCSP 2017 se definen como «contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal». Se rebaja, pues, el valor estimado máximo, con respecto a las cifras de la regulación anterior, que, por ejemplo, para los contratos de obras era de 50.000 euros y para los de suministro o servicios era de 18.000, siempre IVA aparte.

Este tema de los contratos menores fue uno de los más debatidos cuando se estaba promulgando la LCSP de 2017. Primero, se produjo el abuso de la contratación menor, después sobrevino el criterio de su legalidad si se preservaba la unidad funcional.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Después se hizo hincapié en los lotes y en el rigor extremo de los contratos menores. Incluso se optó por una fórmula especialmente rigurosa de exigir tres ofertas.

Pienso que en el ámbito de los contratos menores en el contexto de los fraccionamientos acaso lo más importante sería un control contable o económico observando el interés público a la luz de los precios de los contratos y no tanto el tipo de procedimiento a no ser que haya una reiteración excesiva. En especial, en los pequeños ayuntamientos este sistema se revela como excesivamente gravoso; una mirada al derecho comparado en esta materia no sería para nada inoportuna.

Tradicionalmente se venía requiriendo únicamente la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta ley establezcan. En el contrato menor de obras, se añade como requisito del expediente, además, el presupuesto de las obras cuando su existencia sea exigible porque haya normativa específica que así lo requiera, y la solicitud del informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

Se exige el informe del órgano de contratación en que se motive la necesidad del contrato y que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el valor estimado máximo propio del contrato menor, quedando excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a.2.º (cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado). Finalmente, que los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4 y con el límite temporal máximo de un año.

Tras el Real decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, desaparece la regla que prohibía que *el contratista hubiera suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superasen la cifra máxima del contrato menor*.

La Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019 de la OIREscon (Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación), cuyo apartado VI «ámbito subjetivo» es de aplicación a todo el sector público estatal, autonómico y local (aunque solo es vinculante para los órganos de contratación del sector público del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 332.7.d LCSP), establece como obligatorio un procedimiento de contratación menor que pasa por solicitar tres presupuestos (parece ser en todo caso). Así, determina que, «de acuerdo con el principio de competencia, y como medida antifraude y de lucha contra la corrupción, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres presupuestos, debiendo quedar ello suficientemente acreditado en el expediente. Si las empresas a las que se les hubiera solicitado presupuesto declinasen la oferta o no respondiesen al requerimiento del órgano de contratación, no será necesario solicitar más presupuestos. Las ofertas recibidas, así como la justificación de la seleccionada, formarán, en todo caso, parte del expediente. De no ser posible lo anterior, deberá incorporarse en el expediente justificación motivada de tal extremo».

A mi juicio, si el contrato es menor, no habría que solicitar otras ofertas, y desde luego así lo han manifestado los órganos consultivos de varias CC. AA. con respecto a sus respectivos ámbitos territoriales, ya que, como hemos indicado, las instrucciones de la OIReScon solo son obligatorias para los órganos de contratación del sector público del Estado, *ex artículo 332.7.d LCSP* (aunque hay algunas otras CC. AA. que en su normativa presupuestaria o de otro tipo sí imponen la solicitud de otras ofertas, generalmente tres en estos casos, pese a no superarse el umbral del menor).

Saltando al artículo 123 de la LCSP, en materia de pliegos durante los últimos cinco años ha habido abrumadora casuística o numerosas resoluciones sobre aquello que puede regular o no puede regular un pliego.

Se ha incidido en que los pliegos han de ser claros; y se anulan en caso contrario, es decir, si contienen regulaciones inciertas. Según la Resolución del TACRC 1358/2021, “es necesario que en los pliegos se haga constar de forma clara las obligaciones que deberá asumir el adjudicatario, por lo que la falta de indicación de los supuestos y las condiciones en que se podrá exigir la divulgación, así como de los gastos máximos –a diferencia de lo concerniente a la asistencia técnica en el control de la ejecución de la obra– que los mismos podrán suponer, debe determinar la anulación de esta cláusula”.

Un pliego oscuro no puede perjudicar a los licitadores, ni se puede excluir a un licitador si el pliego es contradictorio (Resolución del TACRC 9/2022).

La RTACRC 1112/2022 anula las llamadas “cláusulas antifraude incorporadas por ADIF a los pliegos de sus contratos por no estar redactadas de forma suficientemente precisa, clara e inequívoca; y por no guardar relación con el objeto del contrato.

Se anula el pliego (estimándose el recurso especial) por no estar configurados los criterios de adjudicación en el pliego, de tal forma que dichos criterios garanticen la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva (Resolución del TACRC 1752/2021, razonando sobre el artículo 145.4 y 5 de la LCSP).

El problema más común es cuando se suscitan cuestiones interpretativas, o si, aun cuando el pliego prevé una determinada regulación, se puede llegar a admitir una oferta o si por contrapartida se impone una interpretación estricta o literal del pliego (Resolución 1250/2021 del TACRC a favor de la interpretación literal del pliego, ya que de lo contrario se daría una posición de ventaja al licitador que no siguió estrictamente las determinaciones del pliego, respecto de un tema no obstante aparentemente no esencial: el color de las muestras exigidas en el pliego para la licitación).

Las aclaraciones de los pliegos también tienen carácter vinculante (Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público 266/2021, y STS de 20 de febrero de 2018, rec. 2725/2015).

A veces, no obstante, no está del todo claro aquello que se puede regular en un pliego. Veamos resoluciones sobre casos de pliegos que aciertan en sus regulaciones y otros que se exceden de las finalidades del pliego:

Un pliego de un contrato de suministros no puede aprovechar para prever obligaciones o prestaciones extrañas al objeto del pliego (STSJ de la CV 494/2022, de 15 de junio de 2022).

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Lo que está claro es que se han de definir bien las prestaciones objeto de contrato, así las obras en un contrato de explotación del depósito controlado de residuos (Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del SP 62/2022).

Para la resolución n. 61/2021 del TARC de Castilla y León, es posible un pliego que, en lugar de opcional, prevea la visita a las instalaciones como requisito para la admisibilidad de la oferta. Por ello, desestima el recurso especial por considerar que, además de que la posibilidad de visita a las instalaciones está prevista en la LCSP, todos los operadores potencialmente interesados en concurrir han tenido oportunidad de realizar la visita.

Tema espinoso es el siguiente: ¿puede un contrato imponer al nuevo adjudicatario que asuma las deudas del contratista saliente que tiene contraídas con la Administración? En la RTAR de Andalucía 172/2022, la respuesta es en principio negativa pero con matices: “como regla general, aquellas cláusulas de los pliegos que impongan al futuro adjudicatario el desembolso, al inicio del contrato, de una cantidad destinada a amortizar el coste pendiente de la inversión realizada por el actual contratista en los bienes y/o instalaciones objeto del contrato vulneran el principio de igualdad de trato entre licitadores, toda vez que suponen la aplicación de condiciones distintas a la hora de presentar las ofertas que redundan en una ventaja para el contratista actual, caso de participar en la licitación”.

Se plantea, en este contexto, si un pliego puede repercutir al contratista obligaciones económicas de otros contratos, es decir, costes extraños a su prestación, lo que puede romper el equilibrio de las prestaciones (Resolución del TACRC 1358/2021).

Un pliego sí puede establecer criterios para favorecer la adjudicación si se integran en el equipo personas mayores de 45 años (RTACRC 1844/2021).

El pliego, dentro de los criterios de adjudicación, no puede prever “la mejora ambiental mediante ejecución del contrato con bajas emisiones en carbono” al *no tener nada que ver con el objeto del contrato* (RTACRC 345/2022).

Un pliego no puede inmiscuirse en la selección del personal que ejecutará el contrato sin poder imponer al contratista la obligación de atender a sus directrices sobre la selección de personal (Resolución del TACRC 1044/2021).

Un pliego no puede imponer al licitador (en un contrato de asesoría fiscal) que quien realice el trabajo deba tener una vinculación de socio responsable, inmiscuyéndose el pliego en la organización interna empresarial (Acuerdo 20/2022 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

El Informe de la JCCPE emitido en el Expediente 49/2021 afirma que “la introducción en los pliegos de contratos de obras de cláusulas por las que se introducen criterios de adjudicación que puntúan la asunción por el futuro contratista de los costes derivados de los excesos de mediciones y de las posibles modificaciones del proyecto aprobado por la Administración que sean necesarias para el buen funcionamiento de la obra sin variar el precio hasta un determinado porcentaje son contrarias a lo dispuesto en la LCSP”.

Sobre si se puede limitar la extensión de las ofertas, en caso de preverse así, debe hacerse con la precisión suficiente, anulándose la exclusión del licitador por este

motivo (de sobrepasarse la extensión de 15 “hojas” en formato A4) en caso contrario (Resolución del OARC 113/2021; sin embargo, en la Resolución del mismo órgano 97/2021 se confirma una exclusión por este motivo).

Para la STJUE de 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/14, un pliego puede obligar a licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita presentada junto con la oferta de un contrato público, a pagar un salario mínimo determinado al personal que llevará a cabo las prestaciones. La justicia europea responde así a la cuestión elevada por el Tribunal Superior del Land de Coblenza (Alemania), después de que la empresa RegioPost presentase un recurso tras ser excluida de un procedimiento de contratación pública relativo a servicios postales, puesto que no había declarado su compromiso a pagar un salario mínimo, como exigían las disposiciones del anuncio de licitación. El pliego de condiciones hacía referencia a una ley del Land de Renania-Palatinado, según la cual los contratos públicos solo pueden ser adjudicados a empresas que se comprometan en su oferta a pagar un mínimo de 8,70 euros brutos por hora.

La Resolución 632/2018 del TARC, de 29 de junio, declara la nulidad de unos pliegos por no desglosar los costes del contrato.

La RTACRC 595/2022 desestima un recurso especial contra los pliegos de licitación, basado en un cálculo incorrecto del presupuesto base por no considerar la incidencia en el precio de la exigencia de solvencia técnica o profesional de disponer de una flota mínima de vehículos.

En la Resolución del Tribunal del País Vasco 32/2022 se entiende que el pliego no tiene por qué contener que el PBL se calcule teniendo en cuenta el supuesto contenido de hipotéticos convenios colectivos futuros porque ello iría en contra del principio de riesgo y ventura (artículo 197 de la LCSP), que impide garantizar al contratista una rentabilidad mínima o proporcionarle una cobertura frente a cualquier evento perjudicial”. “Por análogos motivos, el PBL tampoco puede calcularse para facilitar las estrategias de las partes implicadas en la negociación colectiva”. Se frenan así pretensiones sindicales.

Se ha considerado posible la inclusión en los pliegos de cláusulas relativas a los paraísos fiscales en los contratos del sector público (IJCCA Cataluña 7/2018, de 16 de noviembre).

Téngase en cuenta el documento “Instrucción de 23 de diciembre de 2021 de la JCCP del Estado sobre aspectos a incorporar en los expedientes en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del plan de recuperación, transformación y resiliencia”.

Sobre la posibilidad de acotar las horas valorables para la adjudicación, pueden verse las resoluciones 513/2021 del TACP de Madrid y 1546/2021 del TACRC, así como la 1518/2021.

El pliego no puede incurrir en una “duplicidad de valoración”. Esto se produce, por ejemplo, cuando los pliegos valoran mejoras que también son objeto de valoración de manera subjetiva en otros criterios de adjudicación (Resolución 497/2021 del TACP de Madrid).

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

La Resolución 1957/2021 del TACRC estima un recurso especial contra los pliegos de una licitación por considerar que no arbitran correctamente los criterios de adjudicación dedicados a valorar mejoras. El TACRC recuerda que para valorar mejoras es necesario que el órgano de contratación fije en el PCAP un límite y sobre esta premisa acaba anulando (por impreciso) el criterio de adjudicación establecido.

Por otro lado, “la exigencia establecida en los pliegos de facturación únicamente con administraciones públicas resulta excesiva, no respeta el principio de proporcionalidad y reduce la libre concurrencia vulnerando el principio de igualdad en el acceso a la adjudicación del servicio” (Resolución 38/2012 del OARC del PV).

Un pliego es nulo si opta por no dividir el contrato en lotes, sin que conste justificación de la entidad contratante para ello (Resolución del TACRC 1755/2021).

La RTAR de Castilla y León 19/2022 estima un recurso especial contra los pliegos de la licitación de un contrato de servicios de limpieza de edificios en el que, a la vez que se exigía al contratista una póliza de seguro que cubra la responsabilidad frente a terceros derivada de los riesgos y daños que entrañe la prestación del servicio, consideraba como criterio de valoración automática la ampliación de la cobertura mínima.

Tampoco puede un pliego, por desproporcionado, prever (según la RTACRC 4/2022) que los vehículos adscritos a la ejecución del contrato sean titularidad de los licitadores al tiempo de presentar la ofertas, no admitiendo compromisos de adquisición de vehículos en caso de resultar adjudicatario.

En este ámbito de la ejecución del contrato, la RTACRC 168/2022 desestima un recurso especial contra un pliego que contiene la obligación laboral de realizar pruebas de detección del COVID-19 a todo el personal.

Para la RTACRC 1295/2022, la mención de subrogación de personal en el pliego es jurídicamente irrelevante y por tanto tampoco es exigible, debido a que la subrogación será obligatoria para el empresario entrante si así lo impone el convenio colectivo aplicable, sea cual sea.

Un pliego no es nulo por el hecho de haber omitido mención a la obligación de subrogar el personal de la empresa, ya que no constaba acreditado que el anterior contratista aportara información alguna sobre dicha obligación de subrogación (Resolución 1823/2021 del TACRC).

El *quid* puede ser observar cuándo el pliego cumple con las obligaciones de información necesarias para que los licitadores puedan concurrir. Puede citarse la RTACRC 1851/2021, que concluye que la entidad adjudicadora cumplió, en el pliego, con sus deberes de información, sobre las deudas existentes de un contratista anterior, mediante las referencias que hacía a este hecho en el pliego; y que el licitador asumió “las consecuencias de la información limitada que se le había proporcionado”. Rige así el criterio general de la vinculación a los pliegos (en el caso de esta resolución, el licitador pidió información y, aun así, concurre). No obstante, es un tema complejo; es decir, el relativo al grado de información que ha de dar el adjudicador a los nuevos licitadores sobre las posibles deudas de contratistas salientes.

Con ciertos vaivenes, parece consolidarse la regla según la cual si un licitador consiente el pliego, luego, al no resultar adjudicatario, no puede impugnarlo, con el límite

de la nulidad de pleno derecho. Según las SSTs de 22 de marzo de 2021 y 438/2021 de 24 de marzo de 2021, “cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurrir en motivos de nulidad de pleno derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva”.

El artículo 124 la LCSP aborda los pliegos de prescripciones técnicas particulares. Podemos destacar los debates relativos a posibles vulneraciones de los pliegos generales o sobre prescripciones técnicas inadecuadas. Una situación típica es cuando el pliego exige, para concursar, un determinado producto. El licitador puede entender que restringe la competencia; la Administración, en cambio, que se justifica para la mejor realización del contrato. Da pautas la RTACRC 215/2022: no puede incluirse en la determinación del objeto del contrato la exigencia de características técnicas que determinen una limitación arbitraria a la libertad de licitación, de modo que solo una empresa pueda cumplir las condiciones establecidas en el contrato. También es cierto que existe un amplio margen de discrecionalidad por parte de los órganos de contratación para configurar el contrato. Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que solo puede cumplir uno de los licitadores, pero no cuando se exige una forma de presentación determinada a un producto presente en el mercado y abierto a la producción de otros productores que quieran fabricarlo. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor. Puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades. Los productores, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción. No se puede confundir la circunstancia de que la recurrente no pueda ofertar dicho producto por no ser esta su forma actual de presentación comercial, con una imposibilidad absoluta de las empresas del mercado para realizar la oferta.

Haciendo este recorrido por el articulado legal después de los procedimientos de adjudicación, artículo 131, encontramos el artículo 149, relativo a las ofertas anormalmente bajas. Destacamos un primer debate que da lugar a pronunciamientos contradictorios, es decir, el relativo a si es obligatorio que los pliegos de los contratos públicos recojan los parámetros objetivos para identificar las ofertas que incurran en presunción de anormalidad (no lo entiende así la RTACRC 899/2022, al sostener el carácter potestativo de dicha inclusión en los pliegos (sin que sea motivo de impugnación que no se hayan contemplado). Sin embargo, la RTACRC 103/2023, citando la STJUE de 1 de diciembre de 2021, asunto T-546/20, afirma que es necesario que se fijen en el pliego. No es exigible que el pliego contenga los criterios para determinar si una oferta es anormalmente baja (RTACRC 899/2022). La STSJ de la CV 4910/2022 anula la RTACRC 746/2021 y declara que la LCSP impone que los pliegos contemplen los parámetros de anormalidad de oferta.

Por otro lado, en los contratos con precios referidos a componentes de la prestación, la determinación de si una oferta incluye valores anormales o desproporcionados

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

ha de efectuarse con relación a la oferta global y completa presentada por el licitador (STS 4069/2019, de 17 de diciembre de 2019).

La Circular de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña de 1 de octubre de 2021 define el orden procedimental a seguir en caso de exclusión de una oferta anormalmente baja, afirmando que, tras la exclusión de ofertas anormalmente bajas, no debe procederse a una nueva valoración y clasificación de las restantes, sino que el órgano de contratación debe adjudicar el contrato, directamente, a la mejor oferta de entre las no excluidas conforme al orden en que habían sido clasificadas.

La SAN 5104/2021, de 1 de diciembre de 2021, nos sirve para hacer síntesis, recordando que la apreciación por el órgano de contratación de ofertas anormalmente bajas se realiza en “dos tiempos” (primero se aprecia si la propuesta indiciariamente está incurso en presunción de anormalidad, y luego se realiza un análisis detallado, previa audiencia al contratista), con motivación (tanto en el caso de aceptación de la oferta como del rechazo de la proposición), la necesidad de informes y, finalmente, el respeto a las obligaciones en materia laboral.

En relación con los artículos 145 y 146 de la LCSP, criterios de adjudicación, se ha ido abriendo la consideración de otros elementos, distintos del precio, para adjudicar el contrato. Y otro debate es cuándo la experiencia o determinados certificados pueden ser un criterio de valoración de las ofertas, más allá de servir para acreditar la solvencia.

Los requisitos que deben cumplirse para valorar la experiencia como criterio de adjudicación se expresan por todos en el Informe de la JCCA 108/18, al que me remito.

Sobre si los certificados exigidos para acreditar un sistema integral de gestión de calidad y gestión medioambiental pueden considerarse criterios de adjudicación al amparo del artículo 145 LPSP, puede afirmarse que estamos ante criterios de aptitud de la empresa y no propiamente de las ofertas (Resolución del TACRC 1557/2021).

La RTACRC 786/2019, de 11 de julio, permite razonar que, para que pueda admitirse la exigencia de estos certificados como criterio de adjudicación, es necesario que estén claramente vinculados con el objeto del contrato, es decir, cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Para ser criterios de adjudicación deben referirse a una característica de la prestación en sí misma, que permita, como exige la Directiva 24/2014 en su considerando 92 para los criterios de adjudicación, «efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato», lo que significa que los aspectos medioambientales o sociales incorporados como criterios de adjudicación *deben repercutir en el resultado de la concreta prestación solicitada permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas respecto de su calidad intrínseca*, lo que no ocurre cuando se configuran como criterios de adjudicación características generales de la política medioambiental, social o corporativa de la empresa proscritas como criterios de adjudicación.

Interesa destacar que no es admisible como criterio de adjudicación la imposición de una retribución mínima que no venga impuesta como obligatoria con carácter general por una norma legal o por un convenio obligatorio de general aplicación, por

lo que menos aún será admisible el criterio de mejoras salariales sobre ese mínimo impuesto por el OC. Este criterio, al implicar inevitablemente una subida de los costes salariales y por tanto del precio del contrato, atenta también contra el principio capital de la selección de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1.1 LCSP) y de la selección en función de la mejor relación calidad-precio establecida por el artículo 145 de la LCSP (RTACRC 897/2019, de 31 de julio).

La Resolución 1514/2021 del TACRC estima un recurso especial contra una licitación que considera como criterio de adjudicación del contrato el compromiso exclusivo del licitador con el subcontratista: “la exigencia de tal vinculación en exclusividad sí resulta contraria a derecho, pues tal medida, que efectivamente puede suponer una restricción a la libre concurrencia (no solo para los propios licitadores, sino también para lo que se denominan *partners*), no encuentra justificación alguna a lo largo de la documentación contractual, sin que tampoco resulte adecuada la ofrecida por la entidad contratante, que habla de posibles falseamientos en términos muy genéricos”.

Sobre la valoración de las mejoras ofertadas, se ha considerado posible la oferta de precio “cero” o casi cero en alguna parte del contrato; el criterio mayoritario es que no afecta al principio de onerosidad. Tal oferta es posible si en su conjunto es positiva, salvo que incurra en *fraude de ley* (RTARC Cataluña 348/2020). La Resolución 386/2019 del TACRC anula la adjudicación a favor de un licitador que traslada los costes de una de las prestaciones a otra con la finalidad de ofrecer los servicios accesorios a precio cero, porque el tribunal considera que se trata de una estratagema para desvirtuar la aplicación de la fórmula de valoración, de manera que obtiene la totalidad de los puntos correspondientes a ese apartado. En la Resolución 913/2021 el TACRC considera un “artificio” el tratar de obtener mayor puntuación a través de ofrecer precios irrisorios o irreales (precios cero o cercanos a cero) en algunas de las prestaciones incluidas en el servicio licitado, cuando los pliegos las dotan de sustantividad propia, asignándoles también puntuación distinta e individualizada. Así, el TACRC confirma la decisión del órgano de contratación de excluir la oferta de la licitadora al no haber podido justificar su baja en el incidente correspondiente (artículo 149 LCSP), verificando que cada una de las actividades que van a desarrollarse son individualmente viables. Puede citarse también la RTACRC 407/2020 sobre el caso de las ofertas económicas efectuadas a cero (0), o a valores cercanos a 0, en relación con algunas prestaciones o unidades. Se entiende que son válidas siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: i) que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo; ii) que la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas, y iii) que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio de precio a quien, en su conjunto, ha realizado una oferta más cara. Para la RTACRC 513/2020 (“contratos no configurados con un precio único global y ofertas de precio cero en alguna prestación: el cero como “no precio” y la exigencia de un precio real”, establece que, cuando en los pliegos el aspecto económico no consiste en un precio único global, sino en precios distintos, uno por cada prestación, lo que implica onerosidades distintas, la forma de satisfacer

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

la onerosidad propia de la prestación a través de otras prestaciones solo obedece a un fin en fraude de ley, que es manipular la fórmula de valoración del criterio a su favor y en perjuicio de los otros licitadores que ofertan un precio real y existente, que consigue sobre la apariencia de una presunta omisión del pliego consistente en que no prohibiría el precio cero. Simplemente, cero no es un precio, es un no precio, y el pliego y la fórmula de su valoración exigen un precio real, que no se ha ofertado. El TACRC en su Resolución 1596/2021 recuerda su doctrina sobre las ofertas a 0 euros (que suelen aparecer en precios unitarios o en subcriterios de adjudicación). En este caso, el adjudicatario ofertaba prestaciones a 0 euros en 7 criterios de valoración. Para el tribunal, la oferta realizada por la empresa adjudicataria se ha realizado en fraude de ley, ya que los 7 precios de 0 euros ofertados no tienen otra función que acaparar los puntos que asignan esos criterios, en perjuicio del resto de licitadores, alterando las reglas de la competencia. La oferta normal no se realizaba a precios de mercado, sino con el fin de evitar la competencia de los otros licitadores (igualmente, Resolución 1737/2021 del TACRC donde reitera su doctrina del fraude para no considerar la oferta con precio cero).

En la práctica, a veces ciertos licitadores plantean una especie de “precedente” a la hora de intentar obligar al poder adjudicador a mantener las condiciones o criterios de adjudicación anteriores. La Resolución 983/2021 del TACRC afirma que el hecho de que en una adjudicación precedente se admitieran para una licitación a los hoteles de dos estrellas no impide que en una nueva licitación se excluyan, ya que prevalece el interés público en la definición de los pliegos. En esta línea, la Resolución 961/2021 del TACRC desvincula el rendimiento en la ejecución de un contrato anterior del resultado de la adjudicación.

Un tema que afecta a los procedimientos de adjudicación es el negociado con exclusividad que se aplica en el ámbito sanitario y en el ámbito artístico para la contratación por ejemplo por parte de hospitales o de administraciones o museos respectivamente a ambos sectores. En esta parcela de lo cultural artístico se observa un desajuste de lo legislativo a la realidad porque a veces es complicada la contratación necesaria siguiendo los postulados de la Ley de contratos, por ejemplo cuando se contrata una subasta pública por parte de la Administración; en general, es preciso en este contexto hacer una llamada a que estos procedimientos negociados con exclusividad requieren de una especial motivación. Se justifica contratar en exclusiva con un determinado artista o con una determinada persona o galería de arte sin reglas especiales de procedimiento a costa de que se motive la necesidad del contrato, su idoneidad y el precio. Esto se echa en falta por parte del Tribunal de Cuentas y su cumplimiento es un reto.

A partir del artículo 192, la LCSP regula la ejecución de los contratos. Como es sabido, la ejecución de los contratos no está afectada por las directivas europeas de contratos públicos, al menos con la intensidad que se plantea en el plano de la adjudicación, que es el quicio de las directivas comunitarias de contratación pública. En todo caso, observamos “continuidad” en la forma de plantearse los posibles problemas o controversias relativas a resoluciones contractuales, pagos o impagos a

contratistas, rescates, indemnizaciones de daños y perjuicios, imposición de penalidades, incautación de fianzas, demora en la ejecución, aplicación del principio de riesgo y ventura. Estos temas, pese a lo frecuente de los litigios, no han presentado –que sepamos– novedades sustanciales respecto del planteamiento de años anteriores, pese a que siempre hay novedades, obviamente. Es decir, la praxis jurídica siempre innova y siempre nos trae nuevas situaciones. El tema más conflictivo en el plano regulativo de sistema estaría en la modificación de los contratos, al menos considerando el debate que se planteaba cuando se promulgó la Ley de contratos del sector público en 2017. Esta cuestión, regulada en los artículos 203 y siguientes de la LCSP, ha venido dando lugar a muchos problemas. Parece haberse normalizado o rebajado la tensión en esta área de la modificación de los contratos.

Obligada resulta, pues, la mención a la modificación de los contratos, por la importancia práctica del tema. Es un buen ejemplo del cambio de planteamientos antes y después de la LCSP, ya que antes de esta ley existía una mayor problemática que parece haberse atenuado tras 2017. Aunque se prevea una regulación legal de las modificaciones, el punto de partida está en la inalterabilidad de los contratos. Dicho esto, la Ley de contratos distingue dos situaciones: primero la más lógica, es decir, que si se quiere modificar el contrato es porque la modificación está contemplada expresamente en el pliego con la claridad necesaria y siempre que no se supere el 20 % del precio inicial del contrato. En el pliego habrá que indicar el procedimiento a seguir y las condiciones de la modificación. En este asunto de la debida claridad de los pliegos insiste el legislador nacional haciéndose eco de exigencias de derecho comunitario europeo. En general, en el nuevo derecho administrativo se están anulando actuaciones administrativas cuando no tienen la suficiente claridad. La segunda situación es cuando interese una modificación, pero no está prevista en el pliego. La modificación, obviamente, es más complicada entonces y, en todo caso, la Ley de contratos establece algunas limitaciones. Presupone en todo caso que no es posible un cambio de contratista, lo que remite a un tema de costes y proporcionalidad (y, en todo caso, no ha de superar el 50 % del precio inicial del contrato). Y puede justificarse mediante circunstancias sobrevenidas o modificaciones no sustanciales, que pueden así justificar la modificación no prevista en el pliego, si bien la jurisprudencia es altamente restrictiva en cuanto al entendimiento de la modificación no sustancial. Por otro lado, la ley establece unas presunciones en el sentido de cuándo es sustancial en todo caso una modificación: cuando podría haber sido otro el contratista, cuando se altera el equilibrio económico contractual y cuando se amplía de forma importante el objeto del contrato, dicho sea, nuevamente, de manera rápida a efectos de repasar este tipo de disposiciones.

Interesante, en este contexto, es cómo la LCSP, por trasposición de la normativa europea, ha introducido una brecha (al regular las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral) consistente en que los órganos de contratación tomarán medidas para garantizar –en la ejecución de los contratos– que estas obligaciones en materia medioambiental, social y laboral van a ser cumplidas. Es relevante esta mención al debido cumplimiento en la fase de ejecución de los compromisos

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

contraídos (que es fruto, por cierto, de la insistencia del derecho comunitario en la materia) porque en general –en materia contractual– viene a ser actualmente un reto conseguir que se cumplan sin condescendencia los compromisos contraídos por el contratista, ya que a veces ocurre que se relaja el cumplimiento del contrato, favoreciendo al contratista que ha podido asumir para la adjudicación compromisos estrictos cuyo incumplimiento después se permite o se le compensa por otras vías (por ejemplo, obtención de contratos diferenciados, cuando en realidad deberían ser parte de la adjudicación hecha). Incluso, en materia de legitimación, a mi juicio, tiene que favorecerse la tendencia a dejar recurrir a los antiguos licitadores contra posibles relajaciones en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contractuales. Por tanto, esta regulación se situaría como tendencia en la mejor dirección posible. Además, la Ley de contratos fija que en los pliegos se puedan establecer este tipo de obligaciones siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no siendo infrecuentes las anulaciones judiciales por este motivo, de no estar vinculadas las obligaciones de carácter ambiental, social o laboral con el objeto del contrato. Y ello pese a reconocer que son obligaciones que pueden valorarse positivamente. Por último, la ley establece algunas obligaciones que necesariamente se tienen que prever en los pliegos, pese a que la ley permite que se elija de entre las allí contempladas. Lo que se hará por la vía de la redacción de los pliegos.

Puede aludirse a que en los rescates se produjo, tras la LCSP 2017, un cambio de criterio respecto al criterio del cálculo del lucro cesante. Destacaríamos que ahora ya no se trata de fijarse en el beneficio de los cinco primeros años de explotación haciendo la media y trasladándolo a los años que resten para ejecutar el contrato, como pauta para establecer el lucro cesante; el criterio central de la nueva LCSP se puede explicar poniendo un ejemplo: si quedan 8 años para que finalice el contrato, hay que fijarse en los últimos 8 años de explotación y en el beneficio resultante en tal período, haciendo la media después, para finalmente indemnizar al contratista –en el ejemplo propuesto– multiplicando por 8, por ser los años que quedan de vida contractual. Las sociedades públicas, en caso de rescate, tendrán que contar con autorización de la Administración.

En cuanto a la «cesión de contratos» (siguiendo el artículo 319 de la LCSP), los pliegos deben prever expresamente las regulaciones legales en materia de cesión, que no vienen a ser sino pura expresión de unas reglas de cultura general en la materia; como por ejemplo que el cedente tiene que haber cumplido el 20 % del contrato si quiere la cesión; o que no procede la cesión cuando se trate de condiciones personalísimas; o que esta tiene que materializarse en una escritura pública, etcétera.

Otro frente conflictivo es el riesgo operacional y el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, artículo 270 de la LCSP. Ha calado el criterio regulador de la LCSP sobre el riesgo operacional como elemento definitorio de la concesión, definida por la existencia de incertidumbres significativas en relación con el nivel de ejecución correcta de un proyecto que se considera alcanzable. Pese al debate que originó la transposición de la Directiva 2014/23/UE y la incorporación del concepto de transferencia del riesgo operacional, la cuestión ha devenido más pacífica pasando al

plano de la aplicación legal. Un presupuesto básico contra el ejercicio de este derecho es el hecho de que el concesionario supiera que había una cierta incertidumbre en cuanto a un determinado tramo, sin poder alegar después que la no ejecución de dicho tramo supone una ruptura del equilibrio económico. Según la STS 1875/2019, de 19 de diciembre de 2019, rec. 2390/2016: (...) «En definitiva, la concesionaria sabía que existía un grado de incertidumbre sobre la construcción de los tramos cuya licitación correspondía al Ministerio de Fomento ya en el momento de la contratación, lo que destierra la imprevisibilidad como condición necesaria para el reequilibrio de las prestaciones».

Menor actualidad que en tiempos pasados tiene el tema de la financiación privada de las obras públicas a la luz de los artículos 271 y siguientes de la LCSP.

A partir de los artículos 316 hasta el 322 se regula la contratación de otros entes del sector público. En la contratación de sociedades públicas viene planteándose si en la fase de adjudicación de los contratos se pueden aplicar preceptos de la Ley de contratos que regulan la fase de ejecución de los mismos. En la LCSP hay una remisión a ciertos artículos que se consideran de necesaria aplicación para la contratación de estas sociedades. Por otra parte, hay algunos artículos que parecen incompatibles. Pero hay una franja intermedia donde, si bien no hay remisión, serían susceptibles de extensión aplicativa por la vía de los pliegos de contratación de las sociedades. Esta tendencia no parece incorrecta, porque otorga seguridad jurídica a las partes contratantes, ya que el Código civil no regula tan exhaustivamente como la Ley de contratos del sector público determinadas materias; por ejemplo, los desistimientos en la ejecución de un contrato o el derecho a lucro cesante del contratista.

También se producen resoluciones frecuentes sobre las mesas de contratación (artículos 326 y 327 de la LCSP) pero en cuestiones casuísticas de si, por ejemplo, el secretario de la mesa de contratación tiene que ser funcionario o es suficiente con que sea empleado laboral, etcétera.

Finalmente, otro tema esencial es la «subcontratación». La nueva ley habla de que la subcontratación tiene que ser parcial y se insiste en que el licitador tiene que indicar en la oferta los elementos sobre los cuales va a recaer la subcontratación, que no puede abarcar la totalidad del contrato; y por otro lado, nuevamente el legislador insiste en que, cuando se vaya a iniciar la ejecución del contrato, se tiene que notificar a la Administración de nuevo las partes que va a realizar el subcontratista. La subcontratación es un fenómeno positivo, porque favorece las pequeñas y medianas empresas y el tráfico mercantil, pero se producen en la práctica abusos sobre los subcontratistas. Aunque hubo un periodo en que procedían las acciones directas del subcontratista contra la Administración, ya con el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público 3/2011 anterior no procedían tales acciones directas. La nueva LCSP determina que se pueden establecer en los pliegos los pagos directos a los subcontratistas. Puede ser aconsejable esta medida, a mi juicio, porque, en definitiva, lo que interesa al poder contratante es que se ejecute el contrato y, de esta manera, parece que disminuye el riesgo de inejecución. La ley establece ahora la obligación de comprobación de pagos cuando se trate de contratos de obras y servicios cuyo

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

valor estimado sea igual o superior a 5.000.000 € y siempre que la subcontratación sea más del 30 %.

Bibliografía

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de derecho administrativo. Contratación Pública. Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*, tomo III, 4.^a ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.