
Revista da
Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia

Nº 5- 2009. Especial Contratación.

XUNTA DE GALICIA

REVISTA

Da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia

Nº 5 – 2009. Especial Contratación.

XUNTA DE GALICIA

**Revista da Asesoría Xurídica
da Xunta de Galicia**

Nº 5 –ano 2009. Especial Contratación.

DIRECTORA

Isabel Torralba Mena

COORDINADORA

Soledad del Campo Fernández

CONSELLO DE REDACCIÓN

**M^{ra}. Cayetana Lado Castro-Rial, Isabel Torralba Mena, Santiago Valencia Vila e
Manuel Pillado Quintáns**

Imprime: Tórculo Artes Gráficas, S. A.

ISSN: 1689-6563

Depósito Legal: C-

PRESENTACIÓN

Finalmente, con moito atraso, sae este número especial da revista da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia dedicado integramente á Lei 30/2007, do 30 de outubro, de Contratos do Sector Público. O número é especial non só por ser o primeiro monográfico da revista senón tamén por ser o primeiro elaborado integramente por letrados da Xunta, que, a través dos distintos artigos realizaron unha aproximación a cada unha das áreas temáticas da lei, con referencias ao Regulamento de desenvolvemento parcial desta (RD 817/2009, do 8 de maio) e ao Dereito comunitario.

Moitas grazas aos letrados que elaboraron os artigos, a todas as demais persoas que colaboraron co seu esforzo e, en particular, ao anterior director da Asesoría Xurídica, D. José Vicente Alvariño Alejandro, e ao anterior xefe do Gabinete de Estudos e Dereito Comunitario, D. José Rodríguez González, por ser quen idearon e impulsaron a xestación deste número cinco da revista da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia. Por último, agradecer á actual Dirección da Asesoría o seu apoio a este proxecto de tanto interese para nós.

Santiago de Compostela, decembro de 2009.

ISABEL TORRALBA MENA.

Letrada da Xunta de Galicia.

Xefe do Gabinete de Estudos e
Dereito Comunitario da Asesoría Xurídica Xeral.

ÍNDICE

- 1. O OBXECTO E O ÁMBITO DE APLICACIÓN.**
ÁMBITO SUBXECTIVO E OBXECTIVO. CLASES DE
CONTRATOS. CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CONTRATOS
PRIVADOS. DISPOSICIÓNS XERAIS. RÉXIME
DE INVALIDEZ E RECURSOS 13
Carlos Abuín Flores
Letrado da Xunta de Galicia.
- 2. NOVO RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE**
CONTRATACIÓN PÚBLICA. 23
José Rodríguez González.
Letrado da Xunta de Galicia
- 3. ÓRGANOS COMPETENTES EN MATERIA DE**
CONTRATACIÓN: ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN,
ÓRGANOS DE ASISTENCIA E ÓRGANOS
CONSULTIVOS. OS REXISTROS OFICIAIS. 36
Patricia Iglesias
Letrada da Xunta de Galicia.
- 4. ALGÚNS ASPECTOS PRÁCTICOS EN RELACIÓN**
COA DINÁMICA DAS MESAS DE CONTRATACIÓN
TRAS A APROBACIÓN DA LEI DE CONTRATOS
DO SECTOR PÚBLICO. SUPOSTOS PRÁCTICOS. 57
Carlos Abuín Flores
Letrado da Xunta de Galicia.

5. APUNTAMENTOS SOBRE A INTEGRACIÓN DA SOLVENCIA DAS ENTIDADES LICITADORAS POR TERCEIROS.....	71
Antonio López Miño Letrado da Xunta de Galicia.	
6. A PREPARACIÓN DOS CONTRATOS NA NOVA LEI 30/2007, DO 30 DE OUTUBRO, DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.....	87
Beatriz Allegue Requeijo Letrada da Xunta de Galicia.	
7. A ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS. SELECCIÓN DE CONTRATISTAS E ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS. FORMALIZACIÓN.....	119
Isabel Torralba Mena Letrada da Xunta de Galicia.	
8. EFECTOS DOS CONTRATOS. PRERROGATIVAS DA ADMINISTRACIÓN E GARANTÍAS DO CONTRATISTA NO DESENVOLVEMENTO DO CONTRATO. EXECUCIÓN E MODIFICACIÓN DOS CONTRATOS. O RÉXIME DE PAGAMENTOS...	136
Miguel Pérez Máiz Letrado da Xunta de Galicia	
9. FINALIZACIÓN DO CONTRATO.....	155
Monserrat Jurjo García. Letrada da Xunta de Galicia.	

10. OBRAS COMPLEMENTARIAS E	
MODIFICACIÓNS CONTRACTUAIS NA	
LEI DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.	174
Manuel Pillado Quintáns	
Letrado da Xunta de Galicia	
11. O CONTRATO DE XESTIÓN DE SERVIZOS PÚBLICOS	
NA NOVA LEI 30/2007, DO 30 DE OUTUBRO,	
DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.....	205
Mª Jesús Lorenzana Somoza	
Letrada da Xunta de Galicia.	
12. O CONTRATO DE SUBMINISTRACIÓN.....	224
Joaquín Macho Canales	
Letrado da Xunta de Galicia	
13. O CONTRATO DE SERVIZOS NA LEI 30/2007,	
DO 30 DE OUTUBRO DE CONTRATOS DO	
SECTOR PÚBLICO.	250
Isabel Novo Castro	
Letrada da Xunta de Galicia	
14. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. CONTRATOS	
DE ASISTENCIA TÉCNICA E CONTRATACIÓN	
LABORAL	267
Carmen María Salgueiro Moreira.	
Letrada da Xunta de Galicia	

<p>15. O CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE O SECTOR PÚBLICO E O SECTOR PRIVADO NO DEREITO COMUNITARIO E NA LEI DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO</p> <p>Antonio López Miño Letrado de la Xunta de Galicia.</p>	<p>287</p>
<p>16. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA E LIBRE PRESTACIÓN DE SERVIZOS NA DOCTRINA DO TXUE.</p> <p>Antonio López Miño Letrado da Xunta de Galicia</p>	<p>317</p>
<p>17. CONTRATACIÓN DOS ENTES INSTRUMENTAIS NA LEI 30/2007, DO 30 DE OUTUBRO, DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.....</p> <p>Isabel Novo Castro. Letrada da Xunta de Galicia.</p>	<p>337</p>
<p>18. AS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN E O DEREITO DA COMPETENCIA: A STXUE PRESSETEXT</p> <p>Antonio López Miño Letrado da Xunta de Galicia</p>	<p>351</p>

ABREVIATURAS.

LCSP: Lei de contratos do sector público.

RLCAP: Regulamento da Lei de contratos das administracións públicas.

TRLCAP: Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas.

XCCA: Xunta Consultiva de Contratación Administrativa.

XCCAAXE: Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Administración Xeral do Estado.

NORMAS DE PRESENTACIÓN

NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS PARA A REVISTA DA ASESORÍA XURÍDICA DA XUNTA DE GALICIA

1. Os artigos ou recensións que se propoñan para a publicación na REXUGA deberán ser orixinais e non publicados ou propostos para tal fin noutra revista.
2. Presentaranse en formato DIN A-4, interliñado 1,5, letra TIMES NEW ROMAN de 12 puntos, nunha soa cara e numeradas, non excedendo de 20 páxinas. En casos excepcionais, aceptaranse traballos de ata 40 páxinas, baixo o beneplácito do Consello de redacción. Deben ir acompañados en formatos recoñecibles polo procesador de texto Microsoft Word en calquera das súas versións para Windows. A lingua utilizada será o galego ou o castelán. Todos os artigos serán obxecto de tradución ao galego normativo.
3. Na primeira páxina figurará o título do traballo, o máis específico e breve posible; baixo este, aparecerá o nome do autor ou autores, con indicación da súa profesión ou cargo co que desexen ser presentados.
4. As epígrafes numeraranse só con caracteres romanos.
5. As notas deben ir numeradas correlativamente, con caracteres arábigos, colocadas ao final de cada páxina e facendo referencia a elas no texto con números superíndices.
6. No caso de se utilizaren abreviaturas ou siglas incluírase a súa listaxe a continuación da bibliografía.
7. Referencias bibliográficas:

A bibliografía deberá aparecer completa ao final do artigo, ordenada alfabeticamente e cronoloxicamente no caso de tratarse de varios traballos dun mesmo autor.

- 7.1 As referencias bibliográficas para documentos impresos faranse de acordo coa normativa internacional, norma ISO 690:1987, do seguinte xeito:
Poranse en cursiva o nome das revistas e o título das monografías. A puntuación e a orde axustaranse aos modelos seguintes:

Monografías

- Exemplo: FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Juan José. *Manual de notificaciones administrativas*. Madrid: Cívitas, 2002.

Parte dunha monografía

- Exemplo: MUÑIZ, J. *Tratamiento quirúrgico del ulcus gastroduodenal*. En MORENO GONZÁLEZ, E. (dir.) *Actualización en cirugía del aparato digestivo*. Madrid: Jarpyo, vol. IV, p. 367-369.

Publicacións seriadas

- Exemplo: *communications equipment manufacturers*. Manufacturing and Primary Industries División, Satatics Canada, Preliminary edition. Ottawa: Statics Canada, 1971. *Annual census of manufactures*. Texto en inglés e francés. ISSN 0700-0758.

- 7.2 No caso de ter que citar recursos electrónicos, deberase seguir a norma internacional ISO 690- 2:1997.

8. No caso de colaboracións á sección “Recensións”, a lonxitude máxima será de catro páxinas. As recensións deberán ter un contido crítico máis que meramente expositivo.
9. O repertorio reserva para si o dereito de decidir sobre a publicación ou non dos orixinais remitidos e non se identifica necesariamente co contido dos traballos que se publiquen nel.
10. Os traballos remitiranse por correo electrónico ao seguinte enderezo; revista.asesoria.xuridica.xeral@xunta.es, ou no caso de correo ordinario a:

BIBLIOTECA DA ASESORÍA XURÍDICA XERAL.

Edificio San Caetano, nº 1

15704 Santiago de Compostela.

COMENTARIOS DOUTRINAIS

O OBXECTO E O ÁMBITO DE APLICACIÓN. ÁMBITO SUBXECTIVO E OBXECTIVO. CLASES DE CONTRATOS. CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CONTRATOS PRIVADOS. DISPOSICIÓNS XERAIS. RÉXIME DE INVALIDEZ E RECURSOS.

CARLOS ABUÍN FLORES.

Letrado da Xunta de Galicia.

Non espere o lector a reprodución dos trinta e oito primeiros artigos da nova Lei de contratos do sector público (a partir de agora LCSP). Partimos da idea de que os preceptos, ou ben son xa coñecidos ou ben se van coñecer. No primeiro caso, obterase un estudo seleccionado daqueles aspectos que máis interesen ao autor, e desde o segundo punto de vista, poderanse entresacar os elementos esenciais que permitan conseguir un primeiro substrato das ideas pensadas polo lexislador.

Cando se formula a pregunta de por onde se debe empezar o estudo da Lei 30/2007, ben se pode contestar o seguinte; non comecen polo artigo 1 senón polo artigo 3. 3. A razón é ben sinxela, pois para que se aplique a lei, como suposto xeral, o contrato oneroso debeu ser celebrado por un ente, organismo ou entidade que enumere o artigo 3, resultando ser o número terceiro deste precepto o que define, con carácter xeral, os poderes adxudicadores para os efectos da lei:

“a) As administracións públicas.

b) Todos os demais entes, organismos ou entidades con personalidade xurídica propia distintos dos expresados na letra a) que fosen creados especificamente para satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, sempre que un ou varios suxeitos que se deban considerar poder adxudicador de acordo cos criterios deste punto tres financien maioritariamente a súa actividade, controlen a súa xestión ou nomeen a máis da metade dos membros do seu órgano de administración, dirección ou vixilancia.

c) As asociacións constituídas polos entes, organismos e entidades mencionadas nas letras anteriores”.

Como ben reconece a exposición de motivos da lei, no número IV. 1, preténdese coa nova definición abarcar calquera poder adxudicador definido pola Directiva 2004/18, non suscitándose así dúbida ningunha da adecuación do dereito interno nacente ao dereito comunitario.

A intervención do poder adxudicador, determinante para a aplicación da lei, pode ser directa ou a través da achega dunha axuda pública, o que converte o contrato a licitar pola persoa física ou xurídica destinataria da achega pública en contrato subvencionado suxeito á lei (artigo 2. 2). Non obstante, a aplicación da LCSP queda limitada a cando o contrato estea suxeito a regulación harmonizada, por exceder os importes fixados no artigo 17 e consistir a subvención en máis dun 50 por cento, así como os contratos de obras que celebren os concesionarios de obras públicas nos supostos do artigo 250 da nova lei.

Toda a doutrina científica estaba plenamente de acordo na necesidade de que a nova lei superase os problemas de interpretación e aplicación que a lexislación anterior creaba, especialmente na tendencia común da “fuxida do dereito administrativo” e a superpoboación de entes, organismos, sociedades, fundacións e demais entelequias que, baixo a aplicación do dereito privado, ocultaban auténticos poderes de decisión dirixidos por administración públicas.

O concepto de “poder adxudicador” merece un breve comentario, á luz do xa apuntado polo Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas, inicialmente na sentenza do 15 de xaneiro de 1998, no “asunto Mannesman”, onde se indicaba que, se hai unha función de interese xeral, indubidable cando o ámbito da actividade se designa habitualmente baixo a expresión de “obrigas de servizo público”, á marxe de que a actividade teña vertentes mercantís ou industriais, debíanse aplicar as regras da contratación pública. Así, o Tribunal de Xustiza resolvía a obriga do Estado austríaco de someter a súa imprenta estatal, creada con forma societaria, incluso cando realizaba funcións non oficiais, á normativa pública de contratación. Igualmente, resulta satisfeita unha necesidade de interese xeral, cando ese sexa o fin da actividade do ente, aínda que se preste en réxime de competencia (STXCE do 10 de novembro de 1998- Asunto C-360/96- ou a do 16 de outubro de 2003, contra o Reino de España, respecto á contratación de obras por unha sociedade mercantil do Estado español no ámbito penitenciario).

O segundo elemento da definición é o que a doutrina denomina como “influencia dominante” dun poder adxudicador e que se concreta na necesidade de que se dea calquera dos tres supostos previstos no precepto; financiamento maioritario (débase entender de máis da metade da súa actividade); control da xestión ou nomeamento de máis da metade dos membros do seu órgano de administración, dirección ou vixilancia.

Pois ben, coñecida a definición básica, é cando se pode acudir con máis claridade á totalidade do artigo 3, onde se concreta o ámbito subxectivo de aplicación da lei nas entidades que cita como “sector público”(número 1); especificamente como “administracións públicas” e no concepto final xa analizado, por ser xeral, de “poder adxudicador”.

Como norma de peche, o artigo 3. 3 da lei débese poñer en relación co artigo 176 da mesma norma, que establece para os entes que non teñan a consideración de poderes adxudicadores (polo tanto, aqueles dos que non se prediquen os requisitos do artigo 3. 3), a simple necesidade de se axustar aos principios de “publicidade, concorrencia, transparencia, confidencialidade, igualdade e non-discriminación, pero sempre baixo a directriz de que a “adxudicación dos contratos se deberá efectuar de forma que recaia na oferta economicamente máis vantaxosa”(punto segundo), que como tal directriz que é e así se menciona no punto terceiro do precepto, non debe impedir que se poidan ter en conta outros criterios distintos ao prezo. A efectividade dos principios citados deberase asegurar mediante a previa elaboración dunhas instrucións internas, que se deberán publicar, en todo caso, no perfil de contratación da entidade (mesmo punto terceiro).

No ámbito das entidades do sector público, debemos destacar as directrices da dirección xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia, asinadas o 21 de marzo de 2008, que explican e aclaran as seguintes cuestións polémicas:

- Sobre se as entidades de dereito público do artigo 12. 1 b) do Decreto legislativo 1/1999, do 7 de outubro, son ou non equivalentes ás entidades públicas empresariais en canto ao ámbito de aplicación da LCSP, conclúese que non é posible tal equiparación xa que, respecto dos entes públicos galegos e “de acordo coas súas normas de creación, estas entidades non realizan auténticas actividades empresariais para o mercado, posto que desenvolven as políticas públicas nun sector determinado da acción administrativa ou constrúen obras e infraestruturas encargadas e pagadas pola Administración autonómica e fináncianse, non polos seus ingresos no mercado, senón por transferencias dos orzamentos da comunidade autónoma”. Son, polo tanto, aquelas entidades auténticas administracións públicas e teñen, por conseguinte, necesariamente, poder adxudicador segundo a lei.
- Respecto das sociedades públicas mercantís do artigo 12. 1. letra a), e á luz da xurisprudencia comunitaria, conclúese que tamén estas sociedades “deben ser consideradas poderes adxudicadores. . . salvo que poidan acreditar que, en efecto, desenvolven unha actividade mercantil ou industrial en réxime de libre competencia no mercado”, segundo o entende o Tribunal Comunitario.
- En canto á posibilidade de que determinados organismos ou entidades adquiran ou non a condición de poder adxudicador, en función da súa fonte de financiamento no exercicio orzamentario, débese seguir a doutrina comunitaria dimanante da Sentenza do Tribunal de Xustiza das CCEE do 3 de outubro de 2000, no asunto Cambridge, quedando determinada a concorrencia do requisito de financiamento maioritario segundo o exercicio orzamentario en que se inicia o procedemento de adxudicación do contrato. Dándose a condición de poder adxudicador nese momento, a entidade seguirá sometida ás exixencias das directivas, e polo tanto da LCSP, no que atinxe a tal contrato e ata a terminación do procedemento de que se trate.

Como segundo aspecto interesante, procede facer fincapé nos negocios e contratos excluídos (artigo 4). A letra c) do precepto exclúe do ámbito da lei os convenios de colaboración interadministrativos, pero fai unha última apreciación descoñecida expresamente na normativa anterior; “salvo que pola súa natureza, teñan a consideración de contratos suxeitos a esta lei”. Fronte a tese tradicional, que viña considerando que a forma normal e ordinaria que tiñan as administracións de se relacionar entre si era a través do convenio de colaboración, agora de maneira expresa prevese a imposibilidade de que dous ou máis entes públicos poidan conveniar cando o obxecto do convenio fose o propio dun contrato suxeito á LCSP. Isto é, xa non hai dúbida, a administración oferente deberá licitar a prestación ao mercado de acordo coas regras de aplicación que establece a lei para os contratos que regula, sendo repugnada a posibilidade de obter a prestación doutra entidade pública, por vía de convenio e con exclusión da normativa pública de contratación. E tal excepción opera, en todo caso, sen límite no importe ou na contía do contrato, e reproducécese igualmente para os convenios que celebre calquera administración con persoas físicas ou xurídicas suxeitas ao dereito privado (letra d) do artigo 4. 1).

Só hai un suposto de exclusión, cando unha entidade pública opera como oferente e outra entidade pública, xuridicamente distinta, realiza a obra, ou presta o servizo ou subministración; trátase da encomenda a medios propios.

A encomenda a medios propios, tamén coñecida como encomenda de execución, é unha institución xurídica amplamente utilizada polas administracións públicas. Na lexislación anterior tiña o seu máximo sustento no artigo 3. 1 número 1 da Lei de contratos das AAPP (Real decreto lexislativo 2/2000, do 16 de xuño) e hoxe mantense no artigo 24. 6 da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, respondendo a un suposto de exclusión na aplicación da lexislación pública de contratos. Na encomenda, a actividade administrativa desprázase ao ente encomendado que actúa como medio propio da Administración encomendante (para entendernos, no suposto máis doado, como se o encargo se fixese a un órgano ou dirección xeral da propia consellería ou ministerio). Esta técnica coñécese coa expresión “in house providing”, segundo terminoloxía empregada polo Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas na célebre Sentenza Teckal, do 18 de novembro de 1999 (asunto C-107/98). O Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas admitiu e admite a técnica “in house. . .”, cando se dan os dous requisitos esenciais seguintes:

- que exista sobre o ente a quen se lle encomenda un control análogo ao que se exerce sobre os propios servizos do ente encomendante;
- que realice o ente encomendado a súa actividade esencial para o ente encomendante.

O requisito do control análogo debe ser interpretado no sentido de que a actividade encomendada non se xestionaría de modo distinto se a mesma actividade fose acometida polo órgano que controla. Así, nun primeiro momento a doutrina “Teckal” foi interpretada de maneira moi restritiva polo Tribunal de Xustiza, chegando a considerar que a simple participación no capital do ente controlado de empresas privadas excluía, “per se”, a aplicación da encomenda a medios propios (Asunto Stadt Halle- Sentenza do 11. 1. 2005). En segundo lugar, a exixencia de que a súa actividade esencial sempre se faga para o ente encomendante obriga a eliminar como suposto de encomenda a medios propios, todos aqueles casos en que se aprecie un aproveitamento da actividade en beneficio de terceiros, distintos do encomendante. No Asunto C-340/04, Carbotermo, o tribunal recoñeceu que, cando son varios os entes territoriais que controlan unha empresa, o requisito relativo ao esencial da actividade desta pódese considerar satisfeito se a dita empresa realiza o esencial da súa actividade, non necesariamente cun ou outro destes entes territoriais, senón cos ditos entes territoriais considerados en conxunto (Sentenza do 11. 5. 2006).

Pois ben, foi neste escenario en que operou o Tribunal de Xustiza, antes da aprobación do texto final da nova Lei de contratos, co ditado da Sentenza do 19 de abril de 2007, no asunto “TRAGSA”. Moi resumidamente, o Tribunal de Xustiza admite a exclusión da normativa pública de contratos, cando as comunidades autónomas en España, como parte esencial do propio Estado, e o propio Estado, encomendan as actividades de xestión forestal á empresa “Tragsa”, á sazón sociedade mercantil do Estado, que non se pode negar a executalas, facturando de acordo co sistema de tarifas aprobado pola propia Administración. En canto ao segundo requisito, a sentenza aplica a doutrina causada no asunto Cabotermo, constatando que Tragsa e as súas filiais realizan a parte esencial da súa actividades para o Estado e as comunidades autónomas,

considerándose neste punto que toda a actividade realizada tiña como destinatarias as administracións das cales resultaba ser medio instrumental.

Nesta liña, a LCSP, por mor do seu artigo 4 letra n), permite a exclusión da aplicación da lei, cando se produza tal encomenda, pero advirte o precepto que a realización final da prestación que resulte encargada ao medio propio non impedirá que se este ten a consideración de poder adxudicador se deba someter ás previsións de licitación da propia lei.

Por remisión, é o artigo 24. 6 da LCSP o que establece os requisitos legais da encomenda, e vai na liña do xa apuntado pola xurisprudencia comunitaria. Así, resultará necesario que a entidade encomendada realice “a parte esencial da súa actividade” para o ente encomendante e, en segundo lugar, este último exerza “un control análogo ao que pode exercer sobre os seus propios servizos”. Para garantir a esencia da institución, o precepto aclara que “se se trata de sociedades (enténdese estas como medio propio, dicimos nós), ademais, a totalidade do seu capital terá que ser de titularidade pública”. Obsérvese, pois, que esta última previsión non é substitutiva do cumprimento dos dous requisitos esenciais citados, senón acumulativa a estes.

En prol da seguridade xurídica, define o parágrafo segundo do artigo 26. 4, a existencia dun control análogo, cando a encomenda sexa “de execución obrigatoria. . . de acordo coas instrucións fixadas unilateralmente polo encomendante e cuxa retribución se fixe por referencia a tarifas aprobadas pola entidade pública de que dependan. . .”.

Por último, a condición de medio propio “deberase recoñecer expresamente pola norma que as cree ou polos seus estatutos, que deberán determinar as entidades respecto das cales teñen esta condición e precisar o réxime das encomendas que se lles poidan conferir ou as condicións en que poderán adxudicárselles contratos, e determinará para elas a imposibilidade de participar en licitacións públicas convocadas polos poderes adxudicadores dos que sexan medios propios, sen prexuízo de que, cando non conorra ningún licitador, poida encargáselles a execución da prestación obxecto delas. . .”.

Pasando xa ás distintas clases de contratos do sector público (artigos 5 e seguintes), defínense como típicos os seguintes contratos administrativos; o de obras, o de concesión de obras públicas, o de xestión de servizos públicos, o de subministración, o de servizos e o de colaboración entre o sector público e o privado. Polo tanto, incorpórase esta nova categoría e desaparece como contrato autónomo o de asistencia técnica, cuxas prestacións quedarán englobadas no contrato de servizos.

O contrato de colaboración entre o sector público e o privado (artigo 11) quedará destinado ás prestacións máis complexas, pois poderase utilizar cando se pretenda “a realización dunha actuación global e integrada que, ademais do financiamento en investimentos inmateriais, de obras ou de subministracións, comprenda algunha das seguintes prestacións:

- a) A construción, instalación ou transformación de obras, equipamentos, sistemas e produtos ou bens complexos, así como o seu mantemento, actualización ou renovación, a súa explotación ou a súa xestión
- b) A xestión integral de mantemento de instalacións complexos

- c) A fabricación de bens e a prestación de servizos que incorporen tecnoloxía especificamente desenvolta co propósito de achegar solucións máis avanzadas e economicamente máis vantaxosas
- d) Outras prestacións de servizos ligadas ao desenvolvemento pola Administración do servizo público ou actuación de interese xeral que lle fose encomendado.

Do estudo dos distintos supostos que habilitan esta nova fórmula contractual deducimos, e así expresamente o admite o artigo 11. 2, que ten natureza subsidiaria, pois so poderá acudirse a ela cando “. . . outras fórmulas alternativas de contratación non permiten a satisfacción das finalidades públicas. . . ”. Para tal efecto, será no documento de avaliación, que regula o artigo 118 da lei, onde, con carácter previo á iniciación do expediente de contratación, se poñan de manifesto as citadas circunstancias habilitantes que permitan acudir a esta nova figura contractual.

Distinto aos contratos típicos, o artigo 12 da lei incorpora a categorización xa coñecida de contrato mixto, isto é, o que incorpora prestacións correspondentes a outro ou outros de distinta clase, sendo de aplicación as normas do contrato correspondente á prestación máis importante economicamente. O artigo 25. 2 exige que as prestacións se encontren “directamente vinculadas entre si e manteñan relacións de complementariedade que exixan a súa consideración e tratamento como unha unidade funcional dirixida á satisfacción dunha determinada necesidade ou á consecución dun fin institucional propio. . . ”

En terceiro lugar, e como xa prevía a lexislación anterior, a nova lei no artigo 19. 1 b) mantén a figura dos contratos administrativos especiais, con obxecto particular e propio, distinto o dun contrato típico, pero que teña natureza administrativa especial por estar vinculado ao xiro ou tráfico da administración contratante ou por satisfacer de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da súa competencia. Así, por exemplo, a Xunta Consultiva de contratación administrativa do Estado, no seu informe 24/2005, do 29 de xuño, entendeu que responden a esta categoría os contratos para a prestación de servizos de cafetería ou comedor licitados, diríamos agora, por un poder adxudicador.

En cuarto lugar, estarían os contratos privados (artigo 20), que quedan reducidos aos seguintes supostos:

1. - Como unha das grandes novidades da lei, quedan convertidos en contratos privados os celebrados por entes, organismos e entidades do sector público que non reúnan a condición de administración pública, aínda que sexan poderes adxudicadores.
2. - Os que celebre unha Administración pública que teñan por obxecto servizos bancarios, de seguros ou de investimentos; os de creación e interpretación artística e literaria ou espectáculos de ocio, culturais e deportivos; e por último, a subscrición a revistas, publicacións periódicas e bases de datos
3. - En xeral, todos os demais contratos distintos dos sinalados no artigo 19. 1, isto é, os que non sexan administrativos.

Non obstante, e malia a nova categorización, mantense a teoría dos actos separables no artigo 20. 2, someténdose estes contratos privados en canto á súa preparación e adxudicación en defecto de normas específicas, á LCSP “. . . segundo corresponda por razón do suxeito ou entidade contratante”. Exponse nas directrices da

dirección xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia, do 21 de marzo de 2008, que se deberá ter en conta que a aplicación de moitas destas normas de preparación e adxudicación na propia lei quedan restrinxidas ao ámbito das administracións públicas, como demostran os artigos 121 e 175 da lei.

Finalmente, merecen especial consideración, por ser un dos sustentos dogmáticos da nova lei, os contratos suxeitos a regulación harmonizada (artigos 13 e seguintes). Di a exposición de motivos da LCSP, na epígrafe IV. 2 que tales contratos deben ser definidos como “os negocios que, por razón da entidade contratante, do seu tipo e da súa contía, se encontran sometidos ás directrices europeas”. Merecen tal consideración, no artigo 13. 1 da lei, os seguintes:

“os contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado, en todo caso, e os contratos de obras, os de concesión de obras públicas, os de subministración, e os de servizos comprendidos nas categorías 1 a 16 do anexo II, cuxo valor estimado, calculado conforme as regras que se establecen no artigo 76, sexa igual ou superior ás contías que se indican nos artigos seguintes, sempre que a entidade contratante teña o carácter de poder adxudicador. Terán tamén a consideración de contratos suxeitos a unha regulación harmonizada os contratos subvencionados por estas entidades aos que se refire o artigo 17”.

Con carácter xeral, aínda que a lei incorpora contadas excepcións, a contía no contrato de obras debe ser igual ou superior a 5. 278. 000 euros (artigo 14); no de subministracións e servizos, se é adxudicado polo Estado e polas entidades xestoras; 137. 000 euros e, nos demais casos, 211. 000 euros.

Vistos os distintos tipos de contratos, convén pararnos nun dos artigos máis polémicos da nova lei. Trátase do artigo 21 e regula a xurisdición competente para os distintos tipos de contratos.

O primeiro punto resulta congruente. Afirma a competencia da xurisdición contencioso-administrativa para coñecer das cuestións litixiosas suscitadas ao redor dos contratos administrativos, e dos actos separables dos contratos privados concertados por administracións públicas e dos suxeitos a regulación harmonizada.

A primeira parte da epígrafe segunda tamén resulta coherente, recoñecendo a competencia da xurisdición civil para coñecer dos efectos, cumprimento e extinción dos contratos privados.

A verdadeira discordia vén dada pola última afirmación do precepto; “Esta orde xurisdicional (ou civil) será igualmente competente para coñecer de cantas cuestións litixiosas afecten a preparación e adxudicación dos contratos privados que celebren os entes e entidades sometidos a esta lei que non teñan o carácter de administración pública, sempre que estes contratos non estean suxeitos a regulación harmonizada”. Trátase, polo tanto, dos contratos celebrados por poderes adxudicadores que non sexan administración pública, sendo todos os seus contratos privados, como dixemos (artigo 20. 1). Así:

1. - Resulta incongruente recoñecer no artigo 20. 2 que en todos os contratos privados, a súa preparación e adxudicación se somete en defecto de norma específica ás previsións

da LCSP, e admitir a competencia da xurisdición civil para coñecer das controversias na preparación e adxudicación cando quen licita sexa un poder adxudicador non administración pública. O xuíz civil terá que aplicar a normativa administrativa.

2. - Favorécese a posible existencia de dúas doutrinas xurisprudenciais. Se quen licita é unha administración pública, os problemas que alcancen a vía xudicial pola preparación ou adxudicación serán resoltos pola xurisdición contencioso-administrativa. Se quen licita é un poder adxudicador que non sexa administración pública, o mesmo problema será resolto polo xuíz civil se o contrato non excede o límite da regulación harmonizada. A segunda dicotomía resulta tamén obvia. Nos contratos de contía inferior á regulación harmonizada, o litixio na preparación ou na adxudicación queda para o xuíz civil. Pero o mesmo contrato co mesmo problema, licitado polo mesmo adxudicador (non administración pública) pero cunha contía superior aos límites da regulación harmonizada, someterase ao órgano contencioso-administrativo. Certamente incompreensible.

Nas disposicións xerais sobre a contratación do sector público (artigos 22 e seguintes), régúlanse como cuestións máis interesantes as seguintes:

- Necesidade dunha memoria na documentación preparatoria onde deberán quedar determinadas con precisión “a natureza e a extensión das necesidades que se pretenden cubrir mediante o contrato proxectado, así como a idoneidade do seu obxecto e o contido para satisfacelas. . . “(artigo 22). Nesta liña vólvese a pronunciar a Lei no artigo 93. 1 dentro das normas reguladoras da preparación do contrato.
- Posibilidade de prórroga e efectos (artigo 23. 2); o precepto afirma, con carácter xeral, que o contrato poderá prever unha ou varias prórrogas. En todo caso, e como xa afirmaba o artigo 195 letra c), primeiro, do RC, o valor do contrato incluírá o valor económico das súas prórrogas. Así, a nova lei exige que a “concorrenza para a súa adxudicación fose realizada tendo en conta a duración máxima do contrato, incluídos os períodos de prórroga”. Con isto preténdese evitar o fraccionamento temporal do contrato (e, polo tanto, do seu importe), como mecanismo de fraude na adxudicación do contrato.
- En canto á perfección dos contratos, entenderase que se produce no momento da “adxudicación definitiva”(artigo 27. 1), sinalándose no punto segundo que salvo que o clausulado indique outra cousa o contrato, entenderase celebrado no lugar onde se encontre a sede do órgano de contratación.

En canto ao réxime xurídico de invalidez dos contratos (artigos 31 a 36), os artigos 31 a 33 da LCSP son practicamente iguais aos artigos 61 a 63 da lexislación anterior, establecéndose o sistema xeral de causas de nulidade e anulabilidade. En canto á revisión de oficio do acto ou do contrato, o artigo 34 da LCSP aclara minuciosamente a competencia para declarar a nulidade ou a lesividade, apostilando no número 3 que salvo que outra cousa se pacte, esta competencia entenderase delegada conxuntamente coa competencia para contratar. Non obstante, a facultade de acordar unha indemnización por prexuízos en casos de nulidade non será susceptible de delegación, debendo ser resolta, en todo caso, polo delegante, sen necesidade de avocación. Estamos, polo tanto, ante unha competencia “ex lege”, indelegable (vid., artigo 13. 2 letra d) da Lei 30/1992, do 26 de novembro), aínda que o precepto siga utilizando a

expresión de resolución por “órgano delegante”. A mesma solución adóptase na lei cando se estuda o recurso especial en materia de contratación (artigo 37. 5).

Polo demais, o artigo 35 da nova lei vén sendo mera copia do artigo 65 da lei anterior, en canto aos efectos da declaración de nulidade. O mesmo sucede para as causas de invalidez de dereito civil (artigo 66 anterior e o 36 novo).

En canto ao réxime de recursos, ten especial protagonismo dentro da lei o recurso especial en materia de contratación, regulado no artigo 37. Convén adiantar ou poñer en situación a cuestión.

O establecemento dun recurso especial en materia de contratación administrativa foi e é un dos “cabalos de batalla” da normativa española sobre contratación. Anos atrás, na Lei de contratos española de 1995 ditouse a denominada “directiva de recursos”, a 89/665, que tivo como finalidade corrixir a insuficiencia e heteroxeneidade dos mecanismos nacionais de garantía da contratación pública.

Pois ben, a Lei de contratos 13/1995, do 18 de maio, consideraba que o sistema ordinario de recursos regulados na lexislación básica española, tanto administrativos como xudiciais, colmaban as exixencias comunitarias, sen que fose necesario o establecemento dun recurso especial. Esta opción resultou totalmente quebrada cando o Tribunal de Xustiza das CCEE, no asunto Alcatel, e por sentenza do 28 de outubro de 1999, precisou respecto aos preceptos da directiva de recursos que “se deben interpretar no sentido de que os Estados membros están obrigados a establecer, en todos os casos, independentemente da posibilidade de obter unha indemnización por danos e perdas, un procedemento de recurso que permita ao demandante obter, se concorren os correspondentes requisitos, a anulación da decisión do órgano de contratación anterior á celebración do contrato pola que resolve con qué licitador no dito procedemento se celebrará o contrato. . . ”. Tal doutrina foi aplicada plenamente contra España en posteriores recursos por incumprimento, destacando a inicial sentenza do 15 de maio de 2003.

Con estes antecedentes, a lei actual trata de poñer límite a este incumprimento. Non obstante, as críticas ao precepto incorporado (ao artigo 37) son notables:

1. - O recurso especial en materia de contratación non procede para todos os contratos, senón só para os suxeitos a regulación harmonizada e os específicos que sinala o artigo 37. 1, sendo común denominador a necesidade de altas contías. Xa o Consello de Estado, no seu ditame (514/2006, do 25 de maio), mostrábase crítico con esta opción, insistindo na necesidade, en prol da seguridade xurídica e dos administrados, de que se seguise o sistema francés, que prevé o recurso especial para todos os contratos, estean ou non no ámbito das directivas.
2. - O artigo 37. 1 manifesta, sen lugar a dúbidas, que a interposición deste recurso especial se deberá formular con anterioridade ao recurso contencioso-administrativo, sen que proceda a interposición dos recursos administrativos ordinarios. Tal opción resulta tamén crítica para o Consello de Estado por mor de non habilitar o recurso especial como potestativo. Todo o contrario, a nova lei exige, en todo caso, a formulación do recurso antes de acudir á vía xudicial.
3. - Non é obxecto de especial crítica a ampla lexitimación recoñecida no número 3 para formulalo (non só aos licitadores senón tamén a favor de calquera persoa cuxos dereitos

e intereses poidan resultar afectados ou xa o fosen, na liña do apuntado pola Sentenza do Tribunal de Xustiza das CCEE do 12 de febreiro de 2004); a determinación do obxecto impugnado (punto 2), moi amplo e que permite un auténtico control previo da adxudicación (acordos de adxudicación provisional, os pregos e os actos de trámite cualificados nos termos do artigo 107. 1 da Lei 30/1992) e a fixación da competencia para resolver o recurso (punto 4), aínda que neste último aspecto o Consello de Estado acaba considerando que sería máis adecuado crear un organismo administrativo independente e composto por especialistas que fosen os encargados de resolver.

4. - Coa finalidade de crear e regular un recurso rápido e eficaz, os prazos son moi limitados e curtos (10 días hábiles con carácter xeral e 7 no caso de tramitación urxente, aínda que se prevén prazos emendatorios de 3 e 2 días hábiles, respectivamente), e coa particularidade fronte ao réxime xeral, de que o recurso se deberá presentar no rexistro do órgano de contratación ou do órgano competente para a resolución do recurso (artigo 37. 6). Establécense tamén prazos preceptivos para formular alegacións e remitir o expediente (punto 8), e para resolver. Expresamente, prevese que transcorridos 20 días hábiles desde o día seguinte ao da interposición do recurso sen se notificar a resolución, produciranse os efectos do silencio negativo, pero manterase a suspensión da tramitación do expediente de contratación (punto 9). Isto último é o verdadeiro “leit motiv” do recurso, pois como prevé o punto 7, con carácter xeral e de ser impugnado un acordo de adxudicación provisional, quedará en suspenso a tramitación do expediente de contratación ata que se resolva expresamente o recurso, sen que, polo tanto, se poida proceder á adxudicación definitiva e á formulación do contrato. Consecuentemente, fórzase ao máximo a resolución expresa do recurso, so pena de non poder adxudicar o contrato. Cando fose impugnado un acto distinto ao acordo de adxudicación provisional, e que sexa efectivamente impugnado pola vía do recurso especial, a vía da suspensión quedará limitada á súa petición como medida provisional nos termos do artigo 38, á espera da súa resolución no prazo de dous hábiles, con efectos de silencio negativo polo órgano competente para resolver o recurso. Resulta apodíctico, do estudo do artigo 38, que no caso de se impugnar un acordo de adxudicación provisional, poderase pedir, como no resto das impugnacións que vaian por este recurso especial, a adopción de calquera medida provisional destinada a corrixir as infraccións de procedemento cometidas ou a impedir que se causen outros prexuízos.

Toda esta regulación, da que dimana o interese superior de crear un recurso administrativo rápido, técnico e eficaz, obrigará a que os órganos de contratación deban ter á súa disposición unidades técnicas competentes neste ámbito, moi especializadas na materia e moi áxiles na súa resolución.

A lei pecha este capítulo cunha referencia á arbitrase (artigo 39), como opción posible para os entes, organismos e entidades do sector público que non teñan o carácter de administracións públicas e sempre que a diferenza verse sobre os efectos, cumprimento ou extinción dos contratos que celebran, quedando excluídos, polo tanto, os problemas suscitados na preparación ou na adxudicación dos seus contratos.

O NOVO RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

JOSÉ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ.

Letrado da Xunta de Galicia.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. II. NATUREZA DO RECURSO. III. ÁMBITO DE APLICACIÓN: A) ÁMBITO SUBXECTIVO. B) ÁMBITO OBXECTIVO. IV. LEXITIMACIÓN PARA RECORRER. V. COMPETENCIA. VI. PRAZOS E LUGARES DE PRESENTACIÓN. VII. SUSPENSIÓN DO ACTO IMPUGNADO. VIII. RESOLUCIÓN DO RECURSO.

I. ANTECEDENTES.

A Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público (en diante LCSP), introduce unha novidade de primeira orde en materia de recursos administrativos contra determinadas decisións na fase preparatoria de certos contratos.

Na nova configuración do réxime de recursos desempeña un papel esencial a sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas do 15 de maio de 2003, asunto C-214/00, Comisión contra España, que declarou o incumprimento por parte do Reino de España das obrigas asumidas en virtude da Directiva 89/665/CEE:

- a) Por non ter estendido o sistema de recursos garantidos pola citada directiva ás decisións adoptadas polas sociedades de dereito privado que teñan a condición de «poderes adxudicadores» segundo o dereito comunitario, e
- b) En segundo termo, por someter como regra xeral a posibilidade de adoptar medidas cautelares en relación coas decisións adoptadas polas entidades adxudicadoras á necesidade de interpor previamente un recurso contra elas.

A orixe deste recurso encóntrase na Directiva comunitaria 89/665/CEE do Consello, do 21 de decembro de 1989, relativa á coordinación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas referentes á aplicación dos procedementos de recurso en materia de adxudicación dos contratos públicos de fornecementos e de obras. A Directiva 89/665/CE foi modificada pola Directiva 92/50/CEE do Consello, do 18 de xuño de 1992, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de servizos.

A Directiva 89/665/CEE obriga os Estados membros a:

- 1) Garantiren a existencia de mecanismos que posibiliten que as decisións adoptadas polas entidades adxudicadoras no marco dos procedementos de adxudicación de contratos públicos de obras, fornecementos e servizos suxeitos a regulación harmonizada poidan ser impugnadas de maneira eficaz e, o máis rapidamente posible, cando esas decisións infrinxisen o dereito comunitario en

materia de contratación ou as normas nacionais de incorporación desa normativa.

2) Estes recursos deberán permitir

- a adopción urxente de medidas provisionais para corrixir a infracción ou para impedir que se causen prexuízos, incluída a suspensión do procedemento de adxudicación,
- a anulación da decisión ilegal adoptada e,
- a obtención dunha indemnización polos prexudicados.

3) Ademais, a norma comunitaria exige que se asegure unha posibilidade efectiva de recurso de carácter xurisdiccional contra as decisións derivadas do recurso en materia de contratación se este non tiver aquela natureza.

Coa intención de adaptar o ordenamento xurídico interno ás directivas en materia de recurso articúlase un recurso administrativo de características especiais. Como sinala a exposición de motivos da LCSP: “(...) articúlase un novo recurso administrativo especial en materia de contratación, co fin de traspor a Directiva 89/665/CEE do Consello, do 21 de decembro de 1989, relativa á coordinación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas referentes á aplicación dos procedementos de recurso en materia de adxudicación dos contratos públicos de fornecementos e de obras, tal e como foi interpretada polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea.”

Non obstante, xa está en vigor unha nova directiva que vai afectar o réxime de recursos nesta materia. Trátase da Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 11 de decembro de 2007, pola que se modifican as citadas directivas de recursos. A transposición ao ordenamento español da Directiva de 2007 deberase producir antes do 20 de decembro de 2009. As súas novidades máis salientables son as seguintes:

- 1) O efecto suspensivo automático do recurso interposto ante o propio poder adxudicador cando este sexa obrigatorio conforme a lexislación nacional
- 2) A imposición dun prazo suspensivo mínimo (dez ou quince días naturais en función do medio de comunicación empregado) entre a adxudicación do contrato e a súa celebración que garanta a posibilidade de interpor un recurso eficaz contra a decisión de adxudicación e
- 3) A ineficacia dos contratos derivados dunha adxudicación directa ilegal ou celebrada en infracción do período suspensivo ou da regra sobre suspensión automática.

II. NATUREZA DO RECURSO.

O recurso especial regulado no art. 37 da LCSP deséñase como un recurso administrativo obrigatorio, distinto do recurso de alzada e do recurso de reposición previstos na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (en diante LPAC).

O Consello de Estado, no seu ditame 514/2006, do 25 de maio, sobre o anteproxecto da LCSP, criticou este carácter obrigatorio, recomendando que o recurso se configurase como potestativo. Esta recomendación non foi atendida, polo que o recurso se configura como presuposto para acudir á vía xudicial.

Como pon de manifesto ABAJO QUINTANA¹, o novo recurso converteu todos os actos respecto dos cales procede a súa interposición en actos que non poñen fin á vía administrativa.

O lexislador español optou por crear un recurso especial *ex novo* para adaptar o dereito interno ás directivas comunitarias de recursos. A decisión foi obxecto de crítica polo Consello de Estado no ditame citado, pois que nada impedía adaptar os recursos xa existentes ás exixencias do dereito comunitario, co que o sistema tería gañado en coherencia, evitando a introdución dun recurso que, aínda sendo administrativo, presenta unhas características peculiares que introducen certas distorsións no sistema de impugnación en vía administrativa. A máis significativa é a posibilidade de articular este recurso administrativo contra decisións de entes de dereito privado, como é o caso das sociedades mercantís públicas.

Como sinala GUINOT BARONA², o recurso especial en materia de contratación pode encontrar apoio legal no citado artigo 107. 2 da LPAC, xa que se configura como un procedemento de impugnación especial por razón da materia —a contratación pública— ben que é certo que o seu réxime xurídico non se axusta estritamente ás previsións que ese precepto impón respecto da regulación de tales procedementos. Así, o novo recurso especial vai substituír nuns casos o recurso de alzada e noutros o recurso de reposición, pero terá sempre carácter obrigatorio para o interesado, de modo que se non o exerce non poderá despois acudir á vía xudicial.

O carácter obrigatorio do recurso resulta patente, dados os termos taxativos en que se pronuncia o artigo 37. 1 da LCSP. As decisións incluídas no ámbito de aplicación deste recurso “deberán ser obxecto do recurso especial en materia de contratación que se regula neste artigo con anterioridade á interposición do recurso contencioso-administrativo, sen que proceda a interposición de recursos administrativos ordinarios contra eles (. . .)”.

Á vista da exixencia deste recurso, cabe preguntarse se os actos impugnables a través del poderían ser cuestionados por outra vía.

¹ Varios autores, coordinador: JIMÉNEZ APARICIO, E., *Comentarios a la legislación de contratación pública*, 3ª edición 2009, Ed. Aranzadi (tomo I, Páx. 642)

² GUINOT BARONA, M., *El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la Ley de Contratos del Sector Público*, xornal La Ley, do 13 de febreiro de 2008.

Polo de agora, ao meu xuízo, non se pode excluír a posibilidade de interposición dunha solicitude de revisión de oficio cando o acto que pretenda impugnarse presente vicios de nulidade de pleno dereito. Hai que ter en conta que o que prohibe o artigo 37 é a interposición de “recursos administrativos ordinarios”, é dicir, o recurso de alzada e o recurso de reposición. Isto deixa aberta a posibilidade de acudir á revisión de oficio (que non é estritamente un recurso administrativo senón un procedemento de impugnación). Pola mesma razón, e cando se dean os presupostos legais, sería posible acudir ao recurso extraordinario de revisión.

Máis dubidosa é a posibilidade de impugnar estes actos, con ocasión da impugnación do acordo de adxudicación definitiva. É dicir, basear o recurso contra o acto de adxudicación definitiva na existencia de vicios nos actos preparatorios que son susceptibles do recurso especial regulado no artigo 37 da LCSP. Por suposto, estes actos preparatorios non son disposicións de carácter xeral, polo que, en principio, non é posible impugnalos directamente.

Poderíase, non obstante, argumentar que se trata de actos de trámite, cuxa irregularidade se podería facer valer ao impugnar a resolución do procedemento, é dicir, ao recorrer contra o acto de adxudicación definitiva. No procedemento administrativo común, os actos de trámite cualificados poden ser impugnados separadamente, pero tamén poden (salvo cando poñan fin ao procedemento ou fagan imposible a súa continuación) ser impugnados ao recorrer contra a resolución do procedemento. Esta tese é, con certeza, máis respectuosa co principio de tutela xudicial efectiva, sobre todo se temos en conta os estritos requisitos e os fugacísimos prazos establecidos polo lexislador ao configurar este novo recurso especial.

Pero hai argumentos para soste que as irregularidades das decisións impugnables por medio do recurso especial só se poden facer valer, precisamente, a través deste. A propia LCSP di que esas decisións “deberán ser obxecto do recurso especial”, o que contrasta coa dicción potestativa do artigo 107. 1 da LPAC³.

Por tanto, inclinámonos a pensar que, polo menos, a intención do lexislador foi converter o recurso especial en excluínte do resto dos recursos administrativos ordinarios, tanto o de alzada como o de reposición, mesmo no caso de estes se interporen contra a resolución de adxudicación definitiva baseándose en vicios dos actos preparatorios.

A esta conclusión chega tamén a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón no seu informe 18/2008, do 21 de xullo:

“(…) os pregos reguladores da licitación e os que establezan as características da prestación, a adxudicación provisoria do artigo 135 LCSP, así como os diversos actos de trámite cualificados (actos de trámite que decidan directa ou indirectamente sobre a adxudicación, determinen a imposibilidade de continuar o procedemento ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos)

³ “Contra as resolucións e os actos de trámite, se estes últimos deciden directa ou indirectamente o fondo do asunto, determinan a imposibilidade de continuar o procedemento, producen indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos e intereses legítimos, os interesados poderán interpor os recursos de alzada e o potestativo de reposición, que caberá fundar en calquera dos motivos de nulidade ou anulabilidade previstos nos artigos 62 e 63 desta lei.”(art. 107. 1 LPAC)

deberán ser obxecto de impugnación a través da interposición deste recurso, administrativo especial, con anterioridade ao recurso en vía contencioso-administrativa. E isto porque a lei configura este recurso cun carácter obrigatorio e preclusivo, de maneira que no caso de non se interpor, non serán susceptibles tales actos de recurso en vía contenciosa directamente. É, por tanto, un recurso especial, alternativo (e, xa que logo, substitutivo) aos ordinarios con fundamento no artigo 107. 2 da Lei 30/1992. ”

Pero a Xunta Consultiva aragonesa, no seu informe, chega máis lonxe. Conclúe que se non se recorre contra o acto de adxudicación provisoria por medio do recurso especial nos breves prazos establecidos, tampouco se poderá recorrer contra a adxudicación definitiva, por ser reprodución dun acto anterior consentido e firme:

“De modo que, aínda que a adxudicación definitiva que confirma a provisoria é un acto administrativo que pon fin á vía administrativa e que, por tanto, en principio, sería susceptible de recurso potestativo de reposición ou directamente de recurso contencioso-administrativo, segundo as regras xerais de medios de impugnación dos actos administrativos, atendendo a esta peculiar configuración da adxudicación definitiva como un acto de reprodución e confirmación da provisoria, resulta inadmisibile o recurso contencioso de conformidade co sentido do artigo 28 da LXCA. Así:

a) No suposto de non se ter recorrido contra a adxudicación provisoria, non cabe dúbida de que a adxudicación definitiva, reprodución daquela, non é senón “un acto confirmatorio doutro anterior consentido e firme”(en termos do artigo 28 LXCA), e por tanto, non susceptible de recurso.

b) No suposto de se ter recorrido contra a adxudicación provisoria, a inadmisión do recurso responde ao feito de non ser a adxudicación definitiva senón un acto que reproduce outro anterior definitivo e firme. Da regulación da LCSP pódese concluír que despois da adxudicación provisoria e do seu posterior recurso se produce a adxudicación definitiva sen que proceda xa ningún recurso contra ela neste aspecto, dado que a adxudicación definitiva se presenta, desde a perspectiva da adxudicación, como un trámite formal e non de fondo, xa que a decisión propiamente dita a adopta na adxudicación provisoria o órgano competente.

(...) De maneira que contra o acto de adxudicación definitiva non é admisible ningún recurso por canto este sempre será confirmatorio da adxudicación provisoria, xa que, se non se dan os requisitos para elevar a provisoria a definitiva (isto é, xustificación documental e constitución de garantía definitiva), non hai un acto de adxudicación definitiva que denegue a confirmación da provisoria, senón unha nova adxudicación provisoria a favor do licitador que figuraba na correspondente orde decrecente elaborada e proposta pola mesa ao órgano de contratación. Esta nova adxudicación provisoria será outra vez notificada a todos os licitadores e susceptible novamente do recurso especial do artigo 37 da LCSP. ”

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

a) **Ámbito subxectivo.**

O recurso pódese interpor contra os actos de todos os entes e entidades suxeitos á Lei de contratos do sector público nos termos establecidos no seu artigo 3, é dicir:

a) Contra actos das **administracións públicas**. Considéranse administracións públicas:

- A Administración xeral do Estado, as administracións das comunidades autónomas e as entidades que integran a Administración local.

- As entidades xestoras e os servizos comúns da Seguranza Social.

- Os organismos autónomos.

- As universidades públicas.

- As entidades de dereito público que, con independencia funcional ou cunha especial autonomía recoñecida pola lei, teñan atribuídas funcións de regulación ou control de carácter externo sobre un determinado sector ou actividade, e

- As entidades de dereito público vinculadas a unha ou varias administracións públicas ou dependentes delas que cumpran algunha das características seguintes:

1. ^a Que a súa actividade principal non consista na produción en réxime de mercado de bens e servizos destinados ao consumo individual ou colectivo, ou que efectúen operacións de redistribución da renda e da riqueza nacional, en todo caso sen ánimo de lucro, ou

2. ^a Que non se financien maioritariamente con ingresos, calquera que for a súa natureza, obtidos como contrapartida á entrega de bens ou á prestación de servizos.

Non obstante, non terán a consideración de administracións públicas as entidades públicas empresariais estatais e os organismos asimilados dependentes das comunidades autónomas e entidades locais.

b) Contra actos de entes con personalidade xurídico-privada pero que, a pesar disto, se cualifican como poderes adxudicadores. Dentro destes, pódense incluír:

- As entidades públicas empresariais estatais e os organismos asimilados.

- As sociedades públicas, é dicir, as sociedades mercantís en cuxo capital social a participación, directa ou indirecta, de entidades do sector público (de natureza pública ou privada) sexa superior ao 50 por cento.

b) Ámbito obxectivo.

1) Contratos respecto dos cales cabe o recurso.

En primeiro lugar, soamente procede o recurso en relación con determinados tipos de contratos e, en segundo lugar, dentro deses tipos, contra certos actos anteriores á adxudicación definitiva.

O recurso especial en materia de contratación rexe respecto dos seguintes contratos:

- Contratos suxeitos a regulación harmonizada, incluídos os contratos subvencionados a que se refire o artigo 17 da LCSP,
- Os contratos de servizos comprendidos nas categorías da 17 á 27 do anexo II de contía igual ou superior a 206. 000 euros, e
- Os contratos de xestión de servizos públicos en que o orzamento de gastos de primeiro establecemento sexa superior a 500. 000 euros e o prazo de duración superior a cinco anos.

Quedan en todo caso excluídos os procedementos de adxudicación que sigan o trámite de emerxencia previsto no artigo 97 da LCSP.

Por tanto, o ámbito de aplicación do recurso especial é máis amplo que o previsto na Directiva 89/665/CEE, que contemplaba unicamente os contratos de obras, servizos e fornecementos suxeitos a regulación harmonizada.

Como puxo de manifesto GUINOT BARONA⁴, esta ampliación do ámbito de aplicación xera unha contradición entre o artigo 37 e o artigo 21. 2, ambos da LCSP.

O artigo 37 da LCSP prevé que contra a resolución do recurso soamente se poderá interpor recurso contencioso-administrativo.

Pero, de acordo co artigo 21. 2, a orde xurisdiccional civil é a competente para coñecer de cantas cuestións litixiosas afecten a preparación e adxudicación dos contratos non suxeitos a regulación harmonizada celebrados polas entidades que, encontrándose suxeitas á LCSP, non teñan a condición de Administración pública.

GUINOT BARONA sinala que a contradición se debe salvar a favor da aplicación do artigo 21. 2, pois a mención exclusiva á xurisdición contenciosa no artigo 37 só pode ser debida a un erro do lexislador, que “despois de ampliar no seu punto primeiro o ámbito de aplicación do recurso especial a certos contratos privados, no décimo non lembra telo feito, quizá pola excesiva extensión do precepto”.

Sentada a competencia da xurisdición civil para coñecer destes supostos, que tratamento procesual civil se debería dar á falta de interposición do previo recurso especial? Teñamos en conta que na vía civil non existe a excepción de falta de

⁴ *Op. cit.*

esgotamento da vía administrativa previa. Ante o silencio da lei, GUINOT BARONA⁵ conclúe que non é exixible ese requisito, e para isto baséase na doutrina do Tribunal Constitucional (STC 172/2007) que se pronunciou sobre o requisito da reclamación administrativa previa e se decantou pola súa aplicación flexible.

Non obstante, a doutrina a que aludiu a citada autora refírese á xurisdición social, e a sentenza citada a un suposto en que o traballador perdía o dereito a reclamar contra un despedimento por non ter interposto a reclamación previa. O Tribunal ten en conta que os presupostos procesuais deben ser interpretados de conformidade cun criterio finalista e de proporcionalidade. O fundamento da reclamación previa é dar á entidade pública a posibilidade de se pronunciar sobre a cuestión evitando así un litixio.

Pero a configuración do recurso extraordinario responde a unha finalidade distinta: ao servizo do principio de seguranza xurídica no proceso de adxudicación da contratación pública. Por isto, a lei quixo establecer un prazo de espera entre a adxudicación provisoria e a definitiva nestes supostos, co fin de evitar, na medida do posible, adxudicacións irregulares. Esta finalidade legal veríase frustrada se un licitador decide acudir directamente á vía civil, posto que cando fose comunicada polo órgano xudicial a interposición da demanda, o contrato xa estaría adxudicado en case todos os casos. Con isto prodúcese tamén unha situación contraria ao espírito das directivas en materia de recursos que, como se sinalou, impoñen a posibilidade de que as decisións en materia de contratación sexan inmediatamente impugnables mediante procedementos áxiles e que permitan adoptar unha decisión rápida. E isto non soamente en garantía do recurrente, senón tamén en garantía do adxudicatario, evitando que este poida verse inquietado por reclamacións posteriores.

Con todo, na falta de norma procesual que expresamente dispoña a inadmisibilidade da demanda civil por falta de interposición previa do recurso especial nesta materia, parécenos difícil que, a día de hoxe, os órganos xudiciais civís vaian repeler as demandas baseándose en que non se esgotou a vía previa do recurso especial.

2) Decisións impugnables.

Só son impugnables certas decisións adoptadas na fase de preparación e adxudicación dos contratos, previa á formalización do contrato que ten lugar mediante a adxudicación definitiva (art. 27. 1 da LCSP). Estas decisións son as seguintes:

- Acordos de adxudicación provisoria,
- Os pregos reguladores da licitación e os que establezan as características da prestación, e
- Os actos de trámite adoptados no procedemento antecedente, sempre que estes últimos decidan directa ou indirectamente sobre a adxudicación, determinen a imposibilidade de continuar o procedemento ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos.

⁵ *Op. cit.*

GUINOT BARONA⁶ sinala que esta delimitación dos actos impugnables non parece axustarse ás exixencias da Directiva 89/665/CEE, unha vez que esta se refire á posibilidade de interpor recurso contra as decisións adoptadas polas entidades adxudicadoras, sen ulteriores precisións.

Así o confirman determinados pronunciamentos do Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea:

a) A STSXCE do 28 de outubro de 1999, Alcatel Austria e outros, sinalaba que a Directiva 89/665/CEE non establece restrición ningunha no que atinxe á natureza e contido das decisións a que se refire e declaraba que é en todo caso impugnabile a decisión da entidade adxudicadora, anterior á celebración do contrato, pola cal resolve a que licitador adxudicará o contrato.

b) Así mesmo, é susceptible de recurso a decisión da entidade adxudicadora de cancelar a licitación para a adxudicación dun contrato público (STXCE do 18 de xuño de 2002).

A STXCE do 11 de xaneiro de 2005 parte da premisa de que a noción de decisión impugnabile se debe delimitar a partir do teor das disposicións da propia directiva e, en particular, en función do obxectivo de tutela eficaz e rápida que persegue, para concluír que unha interpretación restritiva do concepto de decisión impugnabile sería incompatible co disposto no art. 2. 1. a) da mesma directiva.

IV. LEXITIMACIÓN PARA RECORRER.

O número 1. 3 da Directiva 89/665/CEE exige que o procedemento de recurso sexa accesible, como mínimo, a calquera persoa que teña ou tivese interese en obter o contrato de que se trate e que se vise ou se poida ver prexudicada por unha presunta infracción.

A lei española optou por unha aplicación extensiva da norma comunitaria, recoñecendo lexitimación para promover o recurso, con carácter xeral, ás persoas físicas e xurídicas cuxos dereitos ou intereses lexítimos se visen prexudicados ou poidan resultar afectados polas decisións obxecto de recurso e, en todo caso, aos licitadores.

Esta previsión é moito máis ampla que a da directiva, pois permite recorrer aos que teñan un interese lexítimo distinto ao de obter a adxudicación. Á luz da regulación da LCSP poderíase admitir a lexitimación, por exemplo, aos usuarios dun servizo público para impugnar o cadro de tarifas aprobado pola Administración.

E, ademais, esta regulación amplía moito a lexitimación activa nesta materia, se temos en conta a súa concepción tradicional á luz da xurisprudencia do Tribunal Supremo. A regra xeral establecida pola doutrina xurisprudencial pódese resumir na seguinte idea: para ter un interese lexítimo que dote unha persoa de lexitimación para recorrer contra a licitación ou adxudicación dun contrato público, a persoa debe ter participado na licitación, xa que só quen foi parte no procedemento contractual pode obter un beneficio no caso de que prospere o recurso promovido (STS do 20 de xullo de

⁶ *Op. cit.*

2005 (RX 2005, 6526)). Ao anterior hai que engadir que tamén poderán os interesados impugnar aqueles requisitos establecidos nos pregos que lles impidan participar no proceso de licitación (v. gr. as condicións exixidas para reputar solvente o licitador). Non obstante, hai que ter en conta que a doutrina foi revisada recentemente pola STC 119/2008⁷, que, sen se apartar dela no esencial, a modulou concedéndolle un sentido máis amplo.

V. COMPETENCIA.

O tema da competencia para resolver o recurso é abordado con bastante detalle polos números 4 e 5 do artigo 37 da LCSP. Loxicamente, non se trata aquí de reproducir eses preceptos, polo que nos limitaremos a destacar algunhas particularidades de interese.

O lexislador ten que se enfrontar aquí a un novo problema. Unha vez que non todos os poderes adxudicadores teñen a consideración de Administración pública, quen será o órgano competente para resolver os recursos contra as decisións desas entidades cando carezan da condición de Administración pública?

Se o contrato o celebra unha Administración pública, a cuestión non reviste ningún problema, e a competencia para resolver corresponde ao órgano de contratación no caso da Administración xeral do Estado, ou aos órganos que determinen as comunidades autónomas na súa normativa propia que, en todo caso, deberán atribuír a competencia a un órgano cuxas resolucións esgoten a vía administrativa.

Se os contratos están celebrados por entidades que non teñen o carácter de Administración pública, a lei atribúe a competencia ao titular do departamento, órgano, ente ou organismo a que estea adscrita a entidade contratante ou a que corresponda a súa tutela.

Se a entidade está vinculada a máis dunha administración, entón será competente o órgano correspondente da que teña a participación maioritaria ou o control dela.

No suposto de contratos subvencionados, a competencia corresponderá ao titular do departamento, órgano, ente ou organismo que outorgase a subvención, ou ao que estea adscrita a entidade que subvenciona, cando non teña a consideración de Administración pública. Establécese unha regra para o suposto de concorrencia de subvencións de distintos suxeitos: en primeiro lugar, será competente o órgano que outorgase a subvención de maior contía e, en caso de igualdade de contía, o que outorgase antes a subvención.

O parágrafo 5º establece unha delegación tácita, de tal forma que se se delega a competencia para contratar, enténdese delegada a competencia para resolver o recurso especial. No entanto, a facultade de acordar unha indemnización por prexuízos non será susceptible de delegación, polo que deberá resolver sobre ela, en todo caso, o órgano delegante.

⁷ José Antonio Razquin Lizarraga realizou un interesante estudo sobre esta recente sentenza do Tribunal Constitucional no *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* núm. 28/2008 (comentario), publicado pola Editorial Aranzadi (BIB 2008\2792)

VI. PRAZOS E LUGARES DE PRESENTACIÓN.

Na regulación da tramitación do recurso destaca especialmente a brevidade dos prazos e o establecemento, tamén neste punto, de numerosas especialidades respecto das regras xerais sobre recursos administrativos. Ao mesmo tempo, tamén se establecen especialidades canto aos lugares de presentación.

Nunha primeira aproximación á regulación que se establece, podería parecer que se tentou dar cumprimento ás directivas en materia de contratación cando exixen que se establezan procedementos que permitan que os acordos en materia de contratación pública “poidan ser impugnados de maneira eficaz e, en particular, o máis rapidamente posible (...)”. No entanto, ao meu xuízo, o lexislador estableceu uns prazos tan breves que, na práctica, moitas decisións ficarán firmes e consentidas polo transcurso do prazo. A eficacia e a rapidez non coliden coa garantía dos dereitos dos interesados. O establecemento de prazos tan fugaces nun recurso que, ademais, se configura como obrigatorio, pode cuestionar a eficacia real deste medio impugnatorio.

O prazo para interpor o recurso especial en materia de contratación será de dez días hábiles, que se reducen a sete en caso de contratos adxudicados polo procedemento de urxencia do art. 96 da LCSP, contados a partir do seguinte a aquel en que se notifique ou publique o acto impugnado.

Como regra especial de cómputo prevese que, cando o acto impugnado sexa o de adxudicación provisoria do contrato, o prazo se contará desde o día seguinte a aquel en que se publique nun diario oficial ou no perfil de contratante do órgano de contratación⁸.

A lei di que os días son hábiles. Con isto, a lei apártase da regra xeral contida na súa disposición adicional 15ª, segundo a cal o cómputo de prazos se fará, xeralmente, por días naturais. O sinalamento do prazo en días hábiles é dubidosamente compatible co dereito comunitario, porque pode introducir certa inseguranza xurídica obrigando o licitador non español a un labor de investigación sobre o calendario laboral aplicable á Administración pública española que efectúa a contratación.

A nova Directiva 2007/66/CE, que ha ser trasposta ao noso dereito, como xa se dixo, antes do final deste ano, prevé que os prazos se computen en “días civís”, é dicir, en días naturais⁹.

Como dicíamos antes, ás dificultades derivadas da fugacidade dos prazos, a persoa que se pretenda valer deste recurso especial deberá sumar as relativas ao lugar de presentación. E é que a lei exixe que o escrito de interposición do recurso se presente no

⁸ Como sinala GUNOT BARONA (*Op. cit.*), esta norma resulta sorprendente pois que se debe notificar persoalmente o acordo de adxudicación provisoria aos candidatos ou licitadores concorrentes (art. 135. 3 da LCSP) e a garantía dos seus dereitos exixiría que o cómputo do prazo para recorrer se inicie respecto daqueles o día en que se practicase a notificación, se esta for posterior á publicación. A adecuación desta regra especial á doutrina constitucional sobre o dereito de defensa resulta, cando menos, cuestionable. (v. STC 179/2003).

⁹ O dicionario da Real Academia Española define o día civil como “tiempo comprendido entre dos medias noches consecutivas.”

registro do órgano de contratación ou no do órgano competente para a súa resolución. Isto supón unha importantísima limitación respecto das posibilidades de presentación de escritos que se prevén no art. 38. 4 da LPAC.

Por suposto, o escrito poderase enviar por correo pero, para efectos de entender presentado en prazo o recurso, haberá que observar en todo caso a data en que ese correo se reciba no registro do órgano competente.

Esta regra resulta sumamente gravosa para os licitadores comunitarios non españois que carezan de oficina ou sucursal aberta no noso país. Novamente, a regulación establecida neste aspecto resulta de dubidosa compatibilidade co dereito comunitario.

VII. SUSPENSIÓN DO ACTO IMPUGNADO.

Cando a impugnación se dirixa contra o acto de adxudicación provisoria, o recurso ten un efecto suspensivo automático, para evitar que se produza a adxudicación definitiva do contrato, e con ela a súa perfección, o que ocasionaría maiores prexuízos caso de ser posteriormente estimado o recurso e anulada a adxudicación provisoria, previsión que constitúe unha excepción á regra xeral en materia de suspensión contida no art. 111. 1 da LPAC.

Esta suspensión automática non vén exixida polas directivas 89/665/CEE e 92/50/CEE, polo que, neste aspecto, a normativa nacional é máis garantista. Si será obrigatoria unha vez que transcorra o prazo de adaptación da Directiva 2007/66/CE.

A suspensión mantense até se ditar resolución expresa, e continúa subsistente naqueles supostos en que, por falta de resolución en prazo, o recurso se poida considerar desestimado por silencio administrativo.

Consecuentemente, a lei establece un prazo necesario de espera entre a adxudicación provisoria e a definitiva. O artigo 135. 4 da LCSP dispón: “A adxudicación provisoria deberase elevar a definitiva dentro dos dez días hábiles seguintes a aquel en que expire o prazo sinalado no parágrafo primeiro deste número, sempre que o adxudicatario presentase a documentación sinalada e constituíse a garantía definitiva, en caso de ser exixible, e sen prexuízo da eventual revisión daquela en vía de recurso especial, conforme o disposto no artigo 37”¹⁰.

¹⁰ A mención exclusiva ao recurso previsto no artigo 37, sen facer referencia á posibilidade de interpor os recursos ordinarios, podería dar enseño para deducir *sensu contrario* que non cabe interpor máis recurso que o especial en materia de contratación. Por tanto, nos contratos non suxeitos ao recurso especial, non caberían os recursos ordinarios contra o acto de adxudicación provisoria. Tendo en conta que os citados recursos se poden interpor no prazo de un mes, non tería sentido o prazo de espera establecido nestes supostos, se se puideren interpor eses recursos.

Con todo, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa no seu Informe 48/2008, do 29 de xaneiro de 2009, chegou á conclusión de que “o sistema de recursos establecido na Lei de contratos do sector público prevé que contra os contratos mencionados no seu artigo 37. 1 se pode interpor o recurso especial en materia de contratación e só este, e contra os restantes contratos os recursos administrativos ordinarios, é dicir, os previstos no artigo 107 da Lei 30/1992.

Cando o recuso se dirixa contra calquera outro acto distinto do de adxudicación provisoria aplicarase o réxime xeral da suspensión contido no art. 111 da Lei 30/1992.

VIII. RESOLUCIÓN DO RECURSO.

Contra a resolución do recurso só caberá recurso contencioso-administrativo. Isto exclúe con toda clareza o recurso administrativo de reposición.

No entanto, hai que ter en conta a puntualización que ao principio deste comentario efectuamos sobre os contratos non harmonizados adxudicados por poderes adxudicadores que non teñan a condición de Administración pública. Neste caso, o artigo 21. 2 da LCSP atribúe a competencia á xurisdición civil.

A este respecto convén, ademais, indicar que o recurso a interpor será normalmente o potestativo de reposición como previo ao contencioso-administrativo, pois por regra xeral as resolucións ditadas polos órganos de contratación poñen fin á vía administrativa. ”

No mesmo senso se pronuncia o Informe 18/2008, do 21 de xullo, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

ÓRGANOS COMPETENTES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN, ÓRGANOS DE ASISTENCIA E ÓRGANOS CONSULTIVOS. OS REXISTROS OFICIAIS.

Patricia Iglesias Rey.

Letrada da Xunta de Galicia.

I. INTRODUCCIÓN.

En relación aos requisitos subxectivos dos contratos administrativos, destaca, sen dúbida pola súa relevancia, a necesidade de que as partes contratantes teñan a precisa e suficiente capacidade para contratar, xa que a súa ausencia podería determinar a nulidade de pleno dereito ou a anulabilidade do contrato ao abeiro do disposto nos artigos 32 e 33 da 30/2007, de contratos do sector público (en diante LCSP).

Neste artigo centraremos a nosa análise xurídica, primeiro, na competencia específica para contratar dos órganos da Administración pública autonómica da Xunta de Galicia, a continuación tratarán sobre as especialidades dos seus órganos de asistencia e consultivos, para finalizar coa referencia ao Rexistro de contratistas da Comunidade Autónoma galega.

A Lei de contratos regula esta materia no libro V baixo a rúbrica de "Organización administrativa para a xestión da contratación" nos artigos 291 e seguintes, preceptos que non constitúen lexislación básica ao abeiro do prevista disposición derradeira sétima da LCSP, polo que será preciso acudir á normativa autonómica existente para completar e particularizar a organización da contratación administración na Comunidade Autónoma galega, á que aludiremos ao longo dos distintos puntos deste artigo.

O libro V divídese, pola súa vez, nos seguintes tres títulos, coa seguinte estrutura:

Título I - Órganos de contratación.

- Capítulo I: órganos de contratación (artigos 291-294).
- Capítulo II: órganos de asistencia (artigos 295- 298).
- Capítulo III: órganos consultivos (299 e 300).

Título II- Rexistros oficiais de licitadores e empresas clasificadas.

- Capítulo I: Rexistro oficial de licitadores e empresas clasificadas (artigos 301-307).

- Capítulo II: Rexistro de contratos do sector público (artigo 308).

Título III- Xestión da publicidade contractual por medios electrónicos (artigo 309).

Como idea nuclear desta regulación, podemos aseverar que non se engaden novidades significativas non previstas no Real decreto lexislativo 2/2000, do 16 de xuño, polo que a aproba o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas (en diante TRLCAP). Porén, o certo é que a nova LCSP regula con maior amplitude o relativo ao funcionamento interno dos órganos de contratación do aparato administrativo referente á Administración xeral do Estado, introducindo modificacións substanciais en relación cos rexistros oficiais de licitadores e empresas clasificadas e apostando decididamente polo impulso do uso dos medios electrónicos e informáticos, superando as previsións da Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos, e que antes se concretaba na práctica na simple posibilidade de que algunhas administracións públicas, ou algúns dos seus órganos permitisen as comunicacións por medios electrónicos.

Nese marco legal, unha das liñas fundamentais de actuación diríxese a mellorar os sistemas de información sobre a actividade contractual, creando novas figuras, como o perfil do contratante e as plataformas de contratación que, a través da internet, serán ferramentas de grande axuda para o coñecemento e seguimento dos procedementos contractuais abertos ou en curso e mesmo para coñecer posibilidades de negocio co sector público.

Na Comunidade Autónoma de Galicia, a Consellería de Economía e Facenda, a través da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa e en colaboración coa Dirección Xeral de Calidade e Avaliación das Políticas Públicas da Consellería de Presidencia e Administracións Públicas e Xustiza, asumiu a tarefa de coordinar os traballos necesarios para adaptar e redeseñar, cos cambios de filosofía e contidos previstos na nova normativa, o ámbito informático existente antes da entrada en vigor da lei.

Por outra banda, cabe poñer de manifesto que o título V da Lei de contratos, obxecto de estudo, non resulta aplicable aos entes do sector público que non teñan a consideración de Administración pública, e que na Comunidade Autónoma de Galicia (ao non ser preceptos básicos, como xa apuntamos) deberemos atender á normativa autonómica para análise das especialidades en materia de contratación que existen no noso nivel autonómico.

O artigo 28. 2 do Estatuto de autonomía de Galicia, aprobado pola Lei orgánica 1/1981, (en diante EAG) atribúe á Comunidade Autónoma competencias de desenvolvemento lexislativo e a execución da lexislación do Estado, nos termos que esta estableza, na materia relativa aos contratos administrativos. Ademais, en virtude dos artigos 27. 1 e 5 do EAG, a Comunidade Autónoma galega ten a competencia sobre a organización propia dos poderes públicos galegos.

No exercicio dos títulos competencias citados ditáronse normas autonómicas relativas ás seguintes materias: órganos de contratación, para o que atenderemos á Lei 1/1983, do 22 de febreiro, reguladora da Xunta e da Presidencia e o Decreto 87/1990; competencias do Consello Consultivo nos expediente de contratación segundo o previsto no artigo 11 g) na Lei 9/1995, do Consello Consultivo de Galicia; o Rexistro de contratistas da Comunidade Autónoma de Galicia, adscrito á Consellería de Innovación e Industria, e que terá como obxecto, ao abeiro do disposto no artigo 1 Decreto 262/200, do 20 de setembro, polo que se refunde a normativa reguladora do Rexistro de contratistas da Comunidade Autónoma galega, actuar como instrumento auxiliar da contratación administrativa, facilitando a concorrencia de licitadores para axilizar a tramitación dos procedementos da contratación pública; e, finalmente, haberá que facer referencia á recentemente creada Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma galega regulada polo Decreto 237/2007, do 5 de decembro.

En resumo, a Administración da Comunidade Autónoma galega está sometida á lexislación básica de contratación administrativa do Estado, sen prexuízo das disposicións específicas que se conteñen na normativa autonómica en relación coas materias que acaban de ser mencionadas e cuxo estudo abordaremos a continuación.

II. ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN: ANÁLISE DOS ÓRGANOS COMPETENTES DA ADMINISTRACIÓN XERAL DO ESTADO E DAS ESPECIALIDADES DA ADMINISTRACIÓN DA COMUNIDADE AUTÓNOMA GALEGA.

Entrando de cheo na análise dos órganos competentes para contratar na Administración da Comunidade Autónoma galega sabemos que só poderá contratar validamente o órgano de contratación cuxa competencia determina a propia LCSP e que a súa falta poderá determinar a nulidade de pleno dereito ou a anulabilidade do contrato, segundo rezan os artigos 32 e 33 da LCSP.

En efecto, o artigo 32 establece *"que son causas de nulidade de dereito administrativo as seguintes:*

a. As indicadas no artigo 62. 1 da Lei 30/1992, do 26 de novembro.

b. A falta de capacidade de obrar ou de solvencia económica, financeira, técnica ou profesional, debidamente acreditada, do adxudicatario, ou estar este incurso nalgunha das prohibicións para contratar sinaladas no artigo 49.

c. A carencia ou insuficiencia de crédito, de conformidade co establecido na Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria, ou nas normas orzamentarias das restantes administracións públicas suxeitas a esta lei, salvo os supostos de emerxencia. "

O artigo 33, pola súa vez, establece *"que son causas de anulabilidade de dereito administrativo as demais infraccións do ordenamento xurídico e, en especial, as das regras contidas na presente lei, de conformidade co artigo 63 da Lei 30/1992, do 26 de novembro. "*

Nesta sentido, debemos ter en conta a sentenza do Tribunal Supremo, Sala Terceira, do Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, sentenza do 4 de outubro de 2005 - Rec 151/2002.

O artigo 291 da LCSP regula os órganos competentes para contratar da Administración xeral do Estado, e non se aplica na Comunidade Autónoma galega, ao non ser un precepto básico. Son órganos de contratación no nivel central da Administración, os ministros e os secretarios de Estado e, en consecuencia, están facultados para celebrar no seu nome os contratos no ámbito da súa competencia. Nos

departamentos ministeriais en que existan varios órganos de contratación, a competencia para celebrar os contratos de subministración e de servizos que afecten o ámbito de máis dun deles corresponderá ao ministro, salvo nos casos en que esta se atribúa á Xunta de Contratación.

Os presidentes ou directores dos organismos autónomos, axencias estatais, entidades públicas empresariais e demais entidades públicas estatais e os directores xerais das distintas entidades xestoras e servizos comúns son os órganos de contratación duns e outros, a falta de disposición específica sobre o particular, recollida nas correspondentes normas de creación ou reguladoras do funcionamento desas entidades.

O director xeral do Patrimonio do Estado é o órgano de contratación do sistema estatal de contratación centralizada regulado nos artigos 190 e 191 da LCSP.

A capacidade para contratar dos representantes legais das sociedades e fundacións do sector público estatal rexerase polo disposto nos seus estatutos e polas normas de dereito privado que en cada caso lles sexan se aplicación.

Os órganos de contratación dos departamentos ministeriais, organismos autónomos, axencias estatais e entidades de dereito público estatais, así como os das entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social, necesitarán a autorización do Consello de Ministros para asinar contratos nos seguintes supostos:

- a. Cando o valor estimado do contrato, calculado conforme o sinalado no artigo 76, sexa igual ou superior a doce millóns de euros.
- b. Nos contratos de carácter plurianual cando se modifiquen as porcentaxes ou o número de anualidades legalmente previstas a que se refire o artigo 47 da Lei 47/2003, do 26 de novembro.
- c. Cando o pagamento dos contratos se concerte mediante o sistema de arrendamento financeiro ou mediante o sistema de arrendamento con opción de compra e o número de anualidades supere os catro anos.

A autorización do Consello de Ministros deberase obter antes da aprobación do expediente. A aprobación do expediente e a aprobación do gasto corresponderán ao órgano de contratación.

O Consello de Ministros poderá reclamar discrecionalmente o coñecemento e autorización de calquera outro contrato. Igualmente, o órgano de contratación, a través do ministro correspondente, poderá elevar un contrato non comprendido no número 1 á consideración do Consello de Ministros.

Cando o Consello de Ministros autorice a celebración do contrato deberá autorizar igualmente a súa modificación, cando sexa causa de resolución, e a súa resolución, se é o caso.

Os titulares dos departamentos ministeriais a que se achen adscritos os organismos autónomos, entidades públicas e as entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social poderán fixar a contía a partir da cal será necesaria a súa autorización para a celebración dos contratos.

En canto á extensión da competencia, o artigo 4 do Real decreto 1098/ 2001, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas (RLCAP), especifica que a competencia comprende a facultade de aprobación do proxecto, a de aprobación dos pregos, a de adxudicación, a formalización deste e as restantes facultades que a normativa sobre contratación administrativa atribúa ao órgano de contratación.

As autoridades e o persoal ao servizo das administracións públicas que interveñan nos procedementos de contratación deberán absterse ou poderán ser recusados nos casos formas previstas nos artigos 28 e 29 da Lei 30/1992, do 26 de novembro. En caso de incumprimento sobre as normas de recusación e abstención, estaríamos ante un suposto de nulidade de pleno dereito do contrato; así se puxo de manifesto na sentenza do Tribunal Supremo, Sala Terceira, do Contencioso-Administrativo, Sentenza do 20 de decembro de 1999, recurso 8118/1992.

Hai que precisar neste punto a posibilidade de incorrer nun delito de prevaricación, o cal tutela o correcto funcionamento da función pública de acordo cos parámetros constitucionais. A conduta típica consistente (artigo 404 do CP 1995) en ditar unha resolución arbitraria nun asunto administrativo, coñecendo da súa inxustiza, como así se sinalou na sentenza número 674/1998, do 9 de xuño.

No nivel autonómico, é obrigado facer referencia á diversa normativa dispersa que recolle regras competenciais específicas para asinar contratos suxeitos á nova LCSP.

A salvo de que as competencias para contratar estean delegadas (suposto ao que despois nos referiremos con máis atención), todos os decretos de estrutura orgánica das doce consellerías e a vicepresidencia establecen que son competentes para asinar contratos administrativos os conselleiros respecto aos seus propios contratos e os ditados por órganos dependentes destes, así como aos actos dos órganos superiores de goberno dos organismos autónomos e entes de dereito público que teñan adscritos, a salvo que na respectiva lei de creación se dispoña outra cousa.

Con respecto á Administración institucional autonómica, con carácter xeral serán considerados órganos de contratación os presidentes ou directores dos organismos autónomos, axencias galegas (reguladas na disposición adicional quinta do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, aprobado polo Decreto legislativo 1/1999, do 7 de outubro, introducida pola Lei 16/2007, do 26 de decembro, de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2008) e as demais entidades de dereito público da comunidade autónoma, a falta de disposición específica sobre o particular, recollida nas correspondentes normas de creación ou reguladoras do funcionamento desas entidades.

Nas leis anuais de orzamentos da Comunidade Autónoma galega régulanse as contías a partir das cales se requirirá autorización do Consello da Xunta para contratar. Deste xeito a vixente Lei 16/2007, do 26 de decembro, de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2008, establece no artigo 40 que *“requirirá autorización previa por parte do Consello da Xunta a tramitación de expedientes de gasto dos capítulos II e VI por contía superior a 3. 500. 000 euros. Tras obterse a autorización, a aprobación do gasto corresponderá ao órgano de contratación do departamento, organismo ou sociedade pública que xestione o crédito.”*

É preciso recordar outras disposicións legais de aplicación ao sector público galego, como son a Lei 4/2006, do 30 xuño, de transparencia e boas prácticas na Administración pública galega, así como a Lei 10/1996, do 5 novembro, de actuación en materia de persoal e contratación nas sociedades públicas en que ten participación maioritaria a Xunta.

Recordemos que, aínda que non é o obxecto de estudo específico deste artigo, de acordo coa Lei 4/2006, do 30 xuño, de transparencia e boas prácticas na Administración

pública galega, nos contratos adxudicados por concurso (isto é, na dicción da LCSP, cando se utilice máis dun criterio de adxudicación), e salvo das excepcións que se poidan establecer en resolución motivada do órgano de contratación cando a relación entre a calidade e o prezo así o exixa, a ponderación do prezo como criterio de adxudicación do contrato non será inferior ao 40% da puntuación máxima que poida atribuírse ás ofertas (artigo 10. 5).

Así mesmo, debemos ter presente a Lei 9/1996, do 18 de outubro, de incompatibilidades dos membros da Xunta de Galicia para participar como membros das mesas e como órganos de contratación. De tal xeito que as persoas que desempeñen un cargo dos comprendidos no ámbito de aplicación da devandita lei non poderán posuír a titularidade de participacións, xunto co seu cónxuxe, persoa unida por análoga relación, fillos dependentes e persoas tuteladas, superiores ao 10% en empresas que teñan concertos ou contratos de calquera natureza co sector público estatal, autonómico ou local.

Para finalizar con este punto resta por facer unha breve referencia aos supostos de delegación e desconcentración de competencias. No ámbito da Administración autonómica as competencias en materia de contratación poderán ser desconcentradas por norma regulamentaria e, no ámbito da administración Xeral do Estado exíxese tamén real decreto acordado polo Consello de Ministros. Admítase a desconcentración, en calquera órgano, sexa ou non dependente do órgano de contratación.

Na delegación de competencias do exercicio das facultades contractuais deberá, en todo caso, facerse referencia expresa a que se delega a competencia para aprobación do gasto, se é o caso; do contrario, entenderase que non delega e na desconcentración de competencias entenderase que é completa salvo que o correspondente decreto ou real decreto estableza limitacións. É relevante sinalar que nos supostos en que se efectúe delegación da aprobación do gasto, esta se deberá realizar de forma expresa. Sobre esta cuestión, hai que traer a colación a diferenza existente entre as competencias para contratar e para gastar; a primeira réxese polas normas de contratación e a segunda polas normas orzamentarias, podendo recaer en órganos distintos, aínda que funcionalmente é conveniente que sexa un mesmo órgano quen teña ambas as competencias.

Ao abeiro do artigo 34. 3 da LCSP, salvo determinación expresa en contrario, a competencia para declarar a nulidade ou lesividade entenderase conxuntamente coa competencia para contratar. Porén, a facultade de acordar unha indemnización por danos e perdas en caso de nulidade non será susceptible de delegación, debendo resolver sobre ela, en todo caso, o órgano delegante; para estes efectos, se se estimase pertinente recoñecer unha indemnización, elevarase o expediente ao órgano delegante, o cal, sen necesidade de advocación previa e expresa, resolverá o procedente sobre a declaración de nulidade conforme o previsto no artigo 102. 4 da Lei 30/1992, do 26 de novembro.

Sobre a desconcentración e delegación de competencias, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado (en diante XCCE) pronunciouse nun informe 50/1996, do 18 de outubro.

III. ÓRGANOS DE ASISTENCIA: MESAS DE CONTRATACIÓN.

Esta materia, como xa expuxemos na punto de introdución deste artigo, regúlase no capítulo II do título I do libro V da LCSP (artigos 295- 298).

Ao abeiro do disposto no artigo 295 da LCSP, nos procedementos abertos e restrinxidos e nos negociados con publicidade a que a refire o artigo 161. 1 da LCSP, os órganos de contratación das administracións públicas estarán asistidos por unha mesa, salvo que a competencia para contratar corresponda a unha Xunta de Contratación, que será o órgano competente para a valoración das ofertas. Deste xeito, a mesa de contratación configúrase como un órgano técnico cuxa función exclusiva é a do exame das proposicións ao órgano de contratación. Neste sentido, a sentenza do Tribunal Supremo do 7 de maio de 1987 en que se asevera que *"sexo a natureza que se queira atribuír á mesa de contratación, o que en ningún caso se pode chegar a admitir é que aquela sexa unha mera caixa de correo colexiado para a recepción de ofertas e apertura de plicas"*.

Nos procedementos negociados en que non sexa necesario publicar os anuncios de licitación, a constitución da mesa será potestativa para o órgano de contratación.

É preciso resaltar a importancia que desempeña a mesa, pois non é admisible en dereito a súa substitución nos procedementos de adxudicación por outro órgano asimilado conculcándose o disposto no artigo 295 da LCAP, pois a proposta de adxudicación non

viría formulada por un órgano competente e facultado para o efecto polo precepto indicado. Así se manifestou o Tribunal Supremo na sentenza do 3 de novembro de 2004 e a Xunta Consultiva de Contratación do Estado no seu informe 3/1997, do 10 de novembro. No devandito informe maniféstase que ante a posibilidade de celebrar un convenio de colaboración entre o concello e un Colexio Oficial de Arquitectos de Castela- León. Neste convenio atribuíase á comisión mixta a facultade de convocar un concurso público logo da elaboración dun prego de prescricións técnicas e fixación dos criterios de valoración que se van ter en conta. Considérase no informe da XCCE que se atribúen ao citado colexio, directamente ou a través da comisión mixta, facultades indelegables do órgano de contratación e facilmente se pode concluír que o sistema pretendido vulnera os principios esenciais de publicidade e concorrência e traspasa funcións propias do órgano de contratación a un organismo distinto cal é o Colexio Oficial de Arquitectos e, polo tanto, non resulta axustado ás prescricións da Lei de contratos das administracións públicas.

O réxime xurídico da mesa de contratación será, ao tratarse dun órgano colexiado, o establecido nos artigos 22 a 27 da Lei 30/1992, do 26 de novembro.

En canto á súa composición, a mesa estará constituída por un presidente, os vogais que se determinen regulamentariamente, e un secretario, nomeados polo órgano de contratación. O artigo 79 do RLCAP amplía o número de vogais que se establecía no artigo 22 do Real decreto 390/1996, do 1 de marzo, pasándose na Administración xeral do Estado, organismos autónomos, entidades de dereito público dun mínimo de tres vogais a catro. Os membros das mesas serán designados polo órgano de contratación. O secretario deberá ser designado entre funcionarios ou, no seu defecto, por outro tipo de persoal dependente do órgano de contratación; entre os vogais deberá figurar, necesariamente, un funcionario que teña atribuído legal ou regulamentariamente o asesoramento xurídico do órgano de contratación e un interventor ou, na falta destes, unha persoa ao servizo do órgano de contratación que teña atribuídas as funcións correspondentes ao asesoramento xurídico, e outra que teña atribuídas as relativas ao control económico-orzamentario. No artigo 295. 3 da LCSP estende a necesaria presenza dun interventor nas entidades de dereito público, e que no anterior TRLCAP non se prevía.

Respecto á substitución dos membros das mesas de contratación, véxase o Informe da XCCE 3/2000, do 11 de abril, no cal se sinala que a suplencia do asesor xurídico e do interventor se efectuará polas normas organizativas de suplencia do Servizo Xurídico ou da Intervención. Nesta sentido, a disposición adicional oitava do RLCAP dispón que a substitución dos letrados nas mesas de contratación das entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social unicamente terá lugar nos supostos de imposibilidade de asistencia dos membros do corpo superior de letrados da Administración da Seguridade social.

En canto á ausencia do avogado do Estado, tivo ocasión de se pronunciar o Consello de Estado no Ditame nº 46211, do 7 de xuño de 1984, en que se chega á conclusión de que, (malia que o Consello de Estado no Ditame nº 35326 e o Tribunal Supremo en sentenza do 20 de abril de 1971, cualificaron de esencial para o procedemento de constitución da mesa a presenza do asesoramento xurídico), os defectos na composición da mesa non poden provocar a nulidade absoluta do actuado, debendo proceder de inmediato á emenda por unha nova mesa correctamente constituída en que xa asiste o avogado do Estado, todo iso antes de que recaese un acto finalizador do procedemento. A citada sentenza do 20 de abril de 1971 afirma que a constitución da mesa con falta dalgúns dos seus membros é unha infracción manifesta da lei sen que se admita a emenda ulterior, é dicir, hai nulidade de pleno dereito ao se prescindir de forma absoluta do procedemento establecido para a formación da vontade dos órganos colexiados e, en concreto, da presenza do asesor xurídico.

Presentouse tamén a cuestión de se poden ser membros das mesas de contratación o persoal eventual. Pois ben, a XCCE no seu Informe 13/2001, do 3 de xullo de 2001, entende que o persoal eventual a que a refire o artigo 20. 2 da Lei 30/1984, do 2 de agosto, non pode formar parte, como vogais, das mesas de contratación das entidades locais, ao non reunir a condición de funcionario, persoal laboral ou concelleiro, tal e como se exige no número 3 da disposición adicional novena da LCAP e que o carácter xenérico do artigo 81. 3 da LCAP non exclúe que os informes técnicos aos cales se alude poidan ser solicitados polo persoal eventual, correspondendo adoptar a decisión ás propias mesas de contratación, ponderando competencias sobre aspectos técnicos da persoa ou órgano que solicita o informe.

A función da mesa de contratación, segundo o artigo 295 da LCSP, é a valoración das ofertas. A mesa para realizar a valoración das proposicións cualificará previamente a documentación presentada en sobre distinto ao que conteña a proposición polos licitadores acreditativa do cumprimento dos requisitos previos (documentos que se enumeran no artigo 130), que deberán presentar os licitadores.

Sobre a forma de funcionamento das mesas e a forma de valorar as proposicións á luz da nova regulación da LCSP, é obrigado facer referencia ás clarificadoras notas elaboradas polo xefe de Gabinete de Asesoramento e Apoio á Actualización Normativa da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia, o 19 de maio de 2008, sobre os modelos de pregos elaborados polos grupos de traballo para a adaptación á Lei de contratos do sector público dos pregos de cláusulas administrativas particulares da administración autonómica, en que se establece, entre outros aspectos de relevancia, o seguinte:

“En efecto, a forma de presentación da documentación aparece condicionada, polo contido do artigo 134 da Lei de contratos do sector público. Este precepto indica que "a avaliación das ofertas conforme os criterios cuantificables mediante a mera aplicación de fórmulas realizarase tras efectuar previamente a daqueloutros criterios en que non concorran esta circunstancia, deixándose constancia documental diso. As normas de desenvolvemento desta lei determinarán os supostos e condicións en que se deba facer pública tal avaliación previa, así como a forma en que se deberán presentar as proposicións para facer posible esta valoración separada".

Cabe destacar que, aínda que a segunda parte do precepto en canto á forma en que se deben presentar as proposicións e as condicións en que se debe facer pública a avaliación previa está pendente de desenvolvemento regulamentario, non acontece o mesmo co mandato do precepto de que se efectúe previamente a avaliación das ofertas conforme os criterios que dependen da aplicación dun xuízo de valor.

Este mandato implica, para non lle restar efecto útil ao precepto, a necesidade da presentación da proposición técnica e económica, dividida en dous sobres, un para recoller a parte de oferta que vai ser avaliada mediante xuízos de valor (sen fórmulas), que debe ser obxecto dunha previa apertura e valoración, e outro sobre onde se recollería a parte de oferta técnica e económica que vai ser obxecto de valoración mediante a aplicación de fórmulas.

Esta opción legal determina a necesidade de que a avaliación dos criterios que dependen de xuízos de valor se efectúe sen que a Administración coñeza os aspectos da oferta valorables mediante fórmulas. Como é evidente, se se produce a presentación das proposicións técnicas e económicas nun único sobre, como establece aínda o artigo 80 do RXLCAP, e se abre a totalidade da documentación nun acto público, non tería sentido nin eficacia práctica a exixencia do precepto legal da previa avaliación dos criterios que dependen de xuízos de valor. Polo tanto, consideramos que o RXLCAP non se adapta neste punto á nova exixencia disposta na LCSP.

En definitiva, para adaptar a forma de presentación da documentación ao novo mandato legal entendemos necesaria a separación da oferta nos dous sobres indicados.

Como se pode observar, a xeneralización hoxe na lei desta forma de funcionamento para aqueles casos en que se valoren aspectos que dependen dun xuízo de valor vai supoñer unha alteración na forma de funcionamento das mesas de contratación, do modo que se indica a continuación:

- a. Será necesaria sempre unha reunión da mesa para a apertura do sobre B das empresas admitidas á licitación. Neste sobre deberá figurar a parte da oferta valorable con criterios que dependen dun xuízo de valor.
- b. Unha vez feita a avaliación dos criterios que dependen dun xuízo de valor deberase deixar constancia documental diso. Isto suporá, normalmente, a presentación á mesa de contratación do informe técnico elaborado e a súa decisión ao respecto, todo iso documentado na correspondente acta da mesa.
- c. Unha vez efectuada esta avaliación, procederase á apertura do sobre C.

Polo demais, en relación coa redacción actual da Lei de contratos de sector público cabe referirnos tamén ao aspecto de se é necesario que a apertura do sobre B se efectúe ou non en acto público.

É coñecido que no sistema do texto refundido da Lei de contratos das administracións pública), nos seus artigos 82 e 88, para a poxa e o concurso respectivamente dicíase que a mesa de contratación, logo de cualificación dos

documentos presentados en tempo e forma, procedería, en acto público, á apertura das propostas admitidas.

De forma coherente coas indicadas previsións legais en que se sustenta, o RXLCAP (que, como vimos, establece que a proposición dos interesados, comprendendo tanto os seus aspectos económicos como técnicos, se presentará nun único sobre) refírese nos seus artigos 83 e seguintes ao acto público de apertura de proposicións.

Hoxe, a LCSP dispón, no seu artigo 144, que o órgano competente para a valoración das proposicións, logo de cualificación da documentación a que se refire o artigo 130, procederá, posteriormente, á apertura e exame das proposicións, indicando que "en todo caso, a apertura da oferta económica se realizará en acto público, salvo cando se prevexa que na licitación se poidan empregar medios electrónicos".

Como se pode observar, este precepto non ordena a apertura en acto público da totalidade da proposición senón tan só da "oferta económica". Neste sentido, presenta interese aludir a que o texto do precepto é froito dunha modificación no íter parlamentario da LCSP. O proxecto de lei remitido polo Goberno establecía que "a apertura das proposicións se realizará en acto público, salvo que nos pregos ou no anuncio se previse o contrario". A comparación coa redacción actual parece evidenciar que a intención da LCSP é a de restrinxir a necesidade do acto público só á oferta económica e non o impoñer para a apertura da totalidade da proposición.

Por outro lado, cabe recordar que o artigo 129. 2 da LCSP segue dispoñendo, como facía o TRLCAP, que as proposicións serán secretas e se arbitrarán os medios que garantan tal carácter ata o momento da licitación pública (artigo 129. 2 LCSP).

No sistema do TRLCAP e do RXLCAP considerábase que a apertura en acto público das plicas pechadas era un mecanismo previsto esencialmente para garantir a preservación do segredo da oferta, tanto técnica como económica, ata o momento da licitación.

No sistema da LCSP, o feito de optar expresamente só pola necesidade de apertura en acto público da oferta económica estritamente considerada e non da totalidade da proposición leva consigo que non se identifica a obriga de preservar o segredo das ofertas ata o momento da licitación pública coa necesaria apertura en acto público da totalidade dos extremos que comprenden as proposicións, tanto técnicos como económicos.

Para rematar con este punto do traballo, resta por facer unha breve referencia ao establecemento de regras específicas para a constitución da mesa en atención á cualificación dos seus membros, como son a mesa especial do Diálogo Competitivo (artigo 296) e a mesa dos Xurados de Concursos (artigo 298).

Na mesa do Diálogo Competitivo, o lexislador opta pola incorporación de persoas cualificadas na materia sobre a que versa o diálogo, designadas polo órgano de contratación, nun número igual ou superior a un terzo dos compoñentes que terán voz e voto. Nos contratos de colaboración público-privada, a mesa elaborará o documento de avaliación previa, e configúrase no artigo 166 da LCSP como esencial a participación da mesa no diálogo cos candidatos, en que se poderán debater todos os aspectos do contrato cos que resultan seleccionados. O procedemento poderase artellar en fases sucesivas, co fin de reducir progresivamente o número de solucións para examinar durante a fase de diálogo. No diálogo competitivo teranse en conta na valoración varios criterios, sen que sexa posible adxudicar o contrato unicamente baseándose no prezo ofertado, (artigo 167. 2).

Na mesa dos xurados de concursos, o artigo 298 da LCSP tamén establece regras especiais para a constitución do órgano pola cualificación dos seus membros. Deberanse incorporar na mesa especial ata cinco personalidades de notoria competencia no ámbito designados polo órgano de contratación que teñan voz e voto. Os membros dos xurados deben ser persoas físicas independentes dos participantes no concurso e, cando se exixa aos candidatos ter determinada cualificación ou experiencia, polo menos unha terceira parte dos membros do xurado deberán estar en posesión desta ou doutra equivalente.

IV. ÓRGANOS CONSULTIVOS: A XUNTA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DO ESTADO; ESPECIAL REFERENCIA Á RECENTEMENTE CREADA XUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA GALEGA.

O artigo 299 da LCSP configura a Xunta de Contratación Administrativa do Estado como un órgano consultivo específico da Administración xeral do Estado, dos

seus organismos autónomos, axencias e demais entidades públicas estatais, en materia de contratación administrativa. A Xunta de Contratación Administrativa do Estado está adscrita ao Ministerio de Economía e Facenda, e a súa composición e réxime xurídico estableceranse regulamentariamente.

En canto aos órganos consultivos en materia de contratación que creen as comunidades autónomas, segundo o artigo 300 da LCSP exercerán as súas competencias no seu respectivo ámbito territorial, en relación coa contratación das administracións autonómicas, dos órganos e entidades dependentes ou vinculadas a estas e, de se establecer así nas súas normas reguladoras, das entidades locais incluídas nel, sen prexuízo das competencias da Xunta de Contratación Administrativa do Estado.

No ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, é obrigado facer referencia ao Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia e se regulan a súa composición e funcións.

A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia é o órgano consultivo adscrito á Consellería de Economía e Facenda, e iniciou a súa andaina coa reunión constitutiva que tivo lugar o día 31 de marzo de 2008.

A creación da Xunta Consultiva foi impulsada coa finalidade de desempeñar un papel decisivo na aplicación uniforme do réxime xurídico da contratación pública por parte dos distintos órganos de contratación da Comunidade Autónoma de Galicia. O novo órgano ten funcións asesoras e de tutela da lexislación vixente á vez que constitúe un instrumento útil para a elaboración de proxectos de disposicións legais e a adopción das medidas necesarias para a adecuada coordinación da contratación e a normalización dos instrumentos contractuais na Comunidade Autónoma.

En canto á súa organización e composición: os órganos permanentes da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma galega son o Pleno, a Comisión Permanente, a Presidencia e a Secretaría Xeral. Ademais, poderanse crear comisións non permanentes.

O Pleno da Xunta Consultiva estará composto polos seguintes membros:

- a. **Presidencia:** a persoa titular da presidencia da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa.
- b. **Vicepresidencia:** a persoa titular da Secretaría Xeral da consellería a que estea adscrito o Rexistro Xeral de Contratistas da Comunidade Autónoma de Galicia.
- c. **Vogais:**
- A persoa titular da Dirección da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia ou persoa en quen delegue.
 - A persoa titular da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma ou persoa en quen delegue.
 - Unha persoa designada entre funcionarios/as con tarefas relacionadas coa contratación administrativa, que polo menos desempeñe o posto de xefe/a de servizo, por cada un dos departamentos da Xunta de Galicia.
 - Unha persoa representante da Federación Galega de Municipios e Provincias, designada por esta, con coñecementos e experiencia en contratación administrativa.
 - Unha persoa en representación das universidades públicas galegas, designada polo Consello Galego de Universidades, con coñecementos en contratación administrativa.
 - Dúas persoas representantes das organizacións empresariais de sectores afectados pola contratación administrativa, con coñecementos na materia, designadas pola persoa titular da Consellería de Economía e Facenda, por proposta daquelas.
- d. **Secretaría:** exerceraa a persoa titular da Secretaría Xeral da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa.

O réxime de funcionamento dos órganos da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia e, de ser o caso, das comisións non permanentes que se poidan crear, en canto a convocatorias, constitución e adopción de

acordos, axustarase ao establecido no título II, capítulo II da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, sendo competente o Pleno da Xunta Consultiva para establecer ou complementar as súas propias normas de funcionamento.

En relación ás competencias da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, correspóndelle:

- a. Emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no artigo 1 do seu decreto de creación. Entre outras materias, correspóndelle emitir informe con este carácter sobre as propostas de adxudicación que se presuman de cumprimento normal imposible como consecuencia de baixas desproporcionadas ou temerarias, logo de petición do órgano de contratación e tras o trámite de audiencia previsto na normativa vixente en materia de contratación administrativa.
- b. Emitir informe con carácter preceptivo nos supostos en que así se estableza na normativa estatal básica sobre contratación administrativa.
- c. Ademais, no ámbito da administración autonómica, os seus organismos autónomos, sociedades públicas, fundacións do sector público autonómico e demais entidades de dereito público vinculadas ou dependentes da Comunidade Autónoma de Galicia emitirán informe preceptivamente sobre as cuestións seguintes:
 - Os proxectos e anteprojectos normativos que afecten a contratación administrativa cuxa aprobación sexa competencia da Xunta de Galicia ou dos seus conselleiros ou conselleiras e non fosen elaborados ou propostos pola propia Xunta Consultiva de Contratación.
 - Os pregos de cláusulas administrativas xerais e os pregos de prescricións técnicas xerais.

- Os pregos de cláusulas administrativas particulares e os pregos de prescricións técnicas particulares que propoñan a inclusión de estipulacións contrarias aos respectivos pregos xerais.
 - As demais cuestións determinadas polas disposicións vixentes.
- d. Acordar a clasificación e revisión da clasificación para os contratos que celebren os órganos de contratación da Comunidade Autónoma de Galicia, dos seus organismos autónomos e demais entidades públicas sinaladas no punto anterior, nos termos que establece o artigo 28. 3 da Lei de contratos das administracións públicas ou norma que a substitúa.
 - e. Elaborar e propoñer as normas, instrucións e medidas que considere precisas para a mellora e eficacia da contratación da Administración autonómica, dos seus organismos e sociedades, fundacións do sector público e demais entidades de dereito público dela dependentes.
 - f. Realizar estudos e investigacións sobre contratación administrativa, trasladando aos órganos de contratación as recomendacións que deriven
 - g. daqueles.
 - h. Aprobar e elevar ao conselleiro/a de Economía e Facenda, para a súa remisión ao Consello da Xunta, a memoria anual sobre a xestión contractual da Comunidade Autónoma nos seus aspectos administrativos, económicos e técnicos, con proposta das medidas pertinentes para a mellora da eficacia da contratación.
 - i. Colaborar, no ámbito das súas funcións, cos organismos homónimos das comunidades autónomas e da Administración xeral do Estado.
 - j. Especificamente, correspóndenlle todas aquelas competencias que a lexislación estatal lles atribúe ás xuntas consultivas de contratación administrativa das comunidades. Os informes da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia non

serán vinculantes, aínda que terán carácter de elemento interpretativo da norma ou situación obxecto de exame e aplicación.

Os informes serán emitidos no prazo de 15 días, a partir do momento da recepción da solicitude. Cando nesta se faga constar motivadamente a urxencia do informe, o prazo será de 7 días. Os informes que se consideren de interese xeral serán publicados na páxina web da Xunta Consultiva.

Anualmente, a Secretaría Xeral da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia elaborará unha memoria baseándose nos informes emitidos e nos datos que poidan resultar dos rexistros de contratos e de contratistas e na información facilitada polos órganos, entes e sociedades dependentes das administracións públicas galegas.

A memoria incluirá, de ser o caso, o seguimento e a valoración da implantación na contratación pública da Marca Galega de Excelencia en Igualdade, segundo a regulación establecida no artigo 19. 3 da Lei 2/2007, do 28 de marzo, do traballo en igualdade das mulleres de Galicia, así como de calquera outra medida ou consideración que proceda para o seguimento do criterio xeral de actuación dos poderes públicos establecido no artigo 14. 2 da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes, de potenciación do empresariado feminino. Incluirá tamén a desagregación por sexos dos datos e conclusións en que esta sexa pertinente.

V. O REXISTRO XERAL DE CONTRATISTAS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA.

Mediante o Decreto 199/1995, do 10 de maio, creouse o Rexistro xeral de contratistas da Comunidade Autónoma de Galicia que ten por obxecto, como instrumento auxiliar da contratación administrativa, facilitar a concorrencia de licitadores e axilizar a tramitación dos procedementos de contratación pública. Posteriormente, mediante Decreto 258/1995, do 5 de outubro, produciuse a adaptación do antedito decreto á Lei 13/1995 e o Decreto 408/1996, do 31 de outubro, modificou de novo o decreto inicial.

Actualmente, toda esta normativa foi refundida polo Decreto 262/2001, do 20 de setembro, polo que se refunde a normativa reguladora do Rexistro xeral de contratistas. O Rexistro xeral de contratistas está situado nas dependencias da Consellería de

Innovación e Industria, Secretaría Xeral, no edificio administrativo San Caetano, s/n - bloque 5 - 4ª planta, 15781 Santiago de Compostela.

A inscrición no rexistro é voluntaria, polo que non impedirá concorrer ás licitacións aos contratistas non inscritos, que terán que presentar, neste caso, todos os documentos exixidos nos pregos de cláusulas que rexan nas diferentes contratacións.

Poderanse inscribir no rexistro todas aquelas persoas, físicas ou xurídicas, que pretendan concorrer ás licitacións que convoque a Administración autonómica a través das súas consellerías, organismos, entidades e empresas, referidas a contratos de obra, servizos públicos, subministracións, consultoría e asistencia e servizos e, en xeral, outros de natureza administrativa de conformidade co establecido na lexislación de contratos. As solicitudes de inscrición no rexistro tramitaranse perante a Secretaría Xeral da Consellería de Innovación e Industria, e presentaranse en modelo normalizado.

A inscrición vixente no momento da presentación da oferta eximirá os licitadores de presentar nas licitacións a documentación que conste no Rexistro xeral de contratistas.

O Rexistro xeral de contratistas certificará sobre a personalidade xurídica e capacidade de obrar, representación, declaración de non estar incurso en causas de prohibición para contratar do artigo 49 da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, datos referidos ao IAE (alta e pagamento do último exercicio), situación tributaria, e clasificación, de ser o caso.

ALGÚNS ASPECTOS PRÁCTICOS EN RELACIÓN COA DINÁMICA DAS MESAS DE CONTRATACIÓN TRAS A APROBACIÓN DA LEI DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO. SUPOSTOS PRÁCTICOS.

CARLOS ABUÍN FLORES.

Letrado da Xunta de Galicia.

Esta parte do módulo ten como finalidade estudar diversas cuestións que xorden coa entrada en vigor da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público (a partir de agora LCSP). Son fiel reprodución das que foron analizadas no curso dirixido a funcionarios o 8 de maio de 2008 pasado, na sede da Escola Galega de Administración Pública.

Certamente, mentres que as demais rúbricas dos módulos responden a partes ben diferenciadas da nova lei, neste caso óptase por un título de contido xenérico que nos permite abordar aquelas cuestións que parecen máis interesantes (ou que a este autor lle parecen máis aconsellables para o estudo), relacionadas coas mesas de contratación. Do contrario, e dada a propia natureza destes órganos colexiados e a súa participación decisiva en gran parte das licitacións e nas distintas fases do procedemento de contratación, calquera cuestión de fondo ou de forma podería ser obxecto de análise nesta parte. Porén, non se trata diso.

I. OBRIGATORIEDADE OU NON NA CONSTITUCIÓN DE MESAS DE CONTRATACIÓN.

¿Todos os poderes adxudicadores, de acordo coa nova lei de contratos, deberán constituír mesas de contratación que os asistan nos procedementos de contratación?

A cuestión resulta crucial, á vista do artigo 295. 1 da LCSP, cando advirte que “salvo no caso en que a competencia para contratar corresponda a unha xunta de contratación, nos procedementos abertos e restrinxidos e nos procedementos negociados

con publicidade a que se refire o artigo 161. 1, os órganos de contratación das administracións públicas estarán asistidos por unha mesa de contratación. . . ”. Obsérvese que o precepto di “. . . os órganos de contratación das administracións públicas. . . ”. Consecuentemente, só no ámbito de contratación das “administracións públicas” opera preceptivamente a intervención das mesas de contratación.

Isto exige acudir á peza angular da nova lei, o ámbito subxectivo de aplicación, que regula o artigo 3. Recordemos que mentres no número 1 do precepto se describe a extensión do “sector público”, no punto segundo concrétase que “Dentro do sector público, e para os efectos desta lei, terán a consideración de administracións públicas os seguintes entes, organismos e entidades: a) Os mencionados nas alíneas a) e b) do número anterior (as administracións territoriais e as entidades xestoras e os servizos comúns da Seguridade Social); b) Os organismos autónomos; c) As universidades públicas; d) As entidades de dereito público que, con independencia funcional ou cunha especial autonomía recoñecida pola lei, teñan atribuídas funcións de regulación ou control de carácter externo sobre un determinado sector ou actividade, e e) As entidades de dereito público vinculadas a unha ou varias administracións públicas ou dependentes delas que cumpran algunha das características seguintes: 1. ^a que a súa actividade principal non consista na produción en réxime de mercado de bens e servizos destinados ao consumo individual ou colectivo, ou que efectúen operacións de redistribución da renda e da riqueza nacional, en todo caso, sen ánimo de lucro, ou 2. ^a que non se financien maioritariamente con ingresos, calquera que sexa a súa natureza, obtidos como contrapartida á entrega de bens ou á prestación de servizos. Non obstante, non terán a consideración de administracións públicas as entidades públicas empresariais estatais e os organismos asimilados dependentes das comunidades autónomas e entidades locais”.

Sen prexuízo do estudo máis pormenorizado do precepto no primeiro módulo, basta agora insistir en que, de acordo co artigo 295. 1 da LCSP, seguindo a súa interpretación literal, só aqueles órganos, entidades ou organismos que respondan ao concepto de Administración pública, segundo o artigo 3. 2, terían a obriga de constituír mesa de contratación para os procedementos que se sinalan no artigo. Para os demais poderes adxudicadores, a previsión da constitución de mesa de contratación sería

meramente facultativa. Tal posibilidade queda imbricada no artigo 121. 2 da lei, ao prever para os poderes adxudicadores que non teñan o carácter de Administración pública, especificamente nos seus contratos de contía superior a 50. 000 euros, a obriga de elaborar un prego no cal se establezan as características básicas do contrato, o réxime de admisión de variantes, as modalidades de recepción das ofertas, os criterios de adxudicación e as garantías que deben constituír. Consecuentemente, neste prego tamén poderá preverse naturalmente a constitución dunha mesa, como un órgano de asistencia na contratación.

II. A CONDICIÓN DE SECRETARIO NAS MESAS DE CONTRATACIÓN.

Un traballador que teña a consideración de persoal laboral da Xunta de Galicia, ¿poderá ser designado secretario dunha mesa de contratación tras a entrada en vigor da LCSP?.

O artigo 295. 2 da LCSP, seguindo as previsións da anterior lexislación, establece que “A mesa estará constituída por un presidente, os vogais que se determinen regulamentariamente e un secretario”. Respecto do secretario, o número 3 do precepto indica que “deberá ser designado entre funcionarios ou, na falta deles, outro tipo de persoal dependente do órgano de contratación. . .”. A expresión “na falta deles” obriga os órganos de contratación a nomear primordialmente persoal funcionario como secretario e só se poderá acudir a outro tipo de persoal cando non haxa no cadro de persoal funcionarios. Así se deberá xustificar no expediente de contratación. Obsérvase tamén que o precepto indica “calquera outro tipo de persoal dependente. . .”, co que non hai dúbidas da legalidade de incorporar como secretario, subsidiariamente, persoal eventual, por exemplo.

III. SOBRE A PARTICIPACIÓN DA REPRESENTACIÓN DA INTERVENCIÓN E DA ASESORÍA XURÍDICA.

¿Cabe validamente celebrar unha mesa de contratación sen o asesor xurídico ou sen o interventor?

O artigo 295. 3 da lei indica que “. . . entre os vogais deberán figurar necesariamente un funcionario de entre os que teñan atribuído legal ou regulamentariamente o asesoramento xurídico do órgano de contratación e un interventor. . . ”. O precepto segue a liña do que xa establecía o artigo 81. 1 do Real decreto legislativo 2/2000, do 16 de xuño, e o artigo 79. 1 do Regulamento 1098/2001, do 12 de outubro (a partir de agora, RC).

A verdadeira cuestión é determinar se a expresión “deberán figurar necesariamente. . . ” se está referindo á simple composición e convocatoria da mesa de contratación, de tal maneira que bastaría que o asesor xurídico e o interventor fosen designados efectivamente como membros da mesa de contratación e fosen debidamente convocados, ou, como segunda interpretación, sería necesario que os mesmos asesor e interventor deban figurar e estar presentes na constitución do órgano colexiado. O asunto non resulta fútil, senón que é de suma importancia, xa que afecta a regra común de constitución por maioría simple, prevista con carácter xeral para os órganos colexiados no artigo 26. 1 da Lei 30/1992, do 26 de novembro.

Pois ben, nas “liñas de actuación que deben seguir os letrados da Xunta de Galicia nas mesas de contratación”, elaboradas de acordo coas conclusións operadas nas xornadas sobre contratación que tiveron lugar os días 15 e 16 de novembro de 2007, acordouse interpretar que “non é necesario para a válida constitución da mesa que estean presentes, en todo caso, o asesor xurídico e o representante da intervención. O artigo 79 do Regulamento de contratación débese entender no sentido de que prevé os que deben ser vogais da mesa, isto é, como vai estar integrada, pero non impón a presenza de todos os vogais para a válida constitución. . . ”.

Mantidos os termos dos preceptos anteriores, a interpretación débese manter.

IV. CONCURSOS DE PROXECTOS CON XURADO; MESA DE CONTRATACIÓN E XURADO.

Como sucedía no Real decreto legislativo 2/2000, do 16 de xuño (artigo 216), nos concursos de proxectos con xurado, ¿habrá unha mesa de contratación que estude a documentación administrativa e un xurado que faga a valoración técnica?

Efectivamente, aquel precepto establecía que nestes concursos o xurado “composto exclusivamente por persoas físicas independentes dos participantes”, adoptaba “as súas decisións ou ditames con total independencia. . . e atendendo unicamente os criterios indicados no anuncio de celebración do concurso”. Á marxe da actuación do xurado actuaba a mesa de contratación, como órgano de asistencia na contratación.

Pois ben, a LCSP, no seu artigo 298. 1, di claramente que “nos concursos de proxectos, a mesa de contratación constituirase en xurado dos concursos de proxectos (obsérvase a clamorosa redundancia), incorporando á súa composición ata cinco personalidades de notoria competencia no ámbito relevante, designadas polo órgano de contratación, que poidan contribuír de forma especial a avaliar as propostas presentadas”.

Consecuentemente, na nova solución aparece un único órgano de asistencia, para o principio de economía. Isto non quere dicir que deban ser desatendidas as funcións propias dunha mesa de contratación ordinaria, como pode ser o estudo da documentación administrativa. No exercicio desta función resulta necesario que por vía regulamentaria se limite a intervención dos membros designados especificamente para avaliar as propostas, razón que habilita o propio nomeamento destes como xurados, asumindo, non obstante, o máximo protagonismo no estudo técnico e na valoración das ofertas.

V. DOCUMENTACIÓN CONFIDENCIAL NA CONTRATACIÓN.

¿Que documentación terá carácter confidencial no procedemento de contratación?

De maneira dispersa, a normativa anterior trataba de solucionar os importantes problemas que suscitaba esta cuestión, por un lado, a través do artigo 12 do RC que obrigaba e obriga a que o órgano de contratación “deberá respectar en todo caso o carácter confidencial dos datos facilitados polos empresarios en cumprimento dos artigos 16 a 19 da lei”(os referidos ás solvencias), e por outro, o artigo 10. 3 da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e boas prácticas, que afianzaba a seguinte observancia: “Non procederá a divulgación da información facilitada polos operadores económicos que estes

designasen como confidencial. Esta información inclúe, en particular, os segredos técnicos ou comerciais e os aspectos confidenciais das ofertas.

Así mesmo, poderá non publicarse aquela información relativa á adxudicación do contrato no caso de que a súa divulgación constitúa un obstáculo para aplicar a lexislación, sexa contraria ao interese público ou prexudique os intereses comerciais lexítimos dos operadores económicos públicos ou privados, ou poida prexudicar a competencia leal entre eles, debendo motivarse a concorrencia destas circunstancias en cada caso.”

Ambos os preceptos deben estudarse agora á luz do artigo 124 da LCSP, que sinala nos seus dous puntos o seguinte:

“1. Sen prexuízo das disposicións desta lei relativas á publicidade da adxudicación e á información que se lles debe dar aos candidatos e aos licitadores, os órganos de contratación non poderán divulgar a información facilitada polos empresarios que estes designasen como confidencial; este carácter afecta, en particular, os segredos técnicos ou comerciais e os aspectos confidenciais das ofertas.

2. O contratista deberá respectar o carácter confidencial daquela información a que teña acceso con ocasión da execución do contrato á cal se lle dese o referido carácter nos pregos ou no contrato, ou que pola súa propia natureza deba ser tratada como tal. Este deber manterase durante un prazo de cinco anos desde o coñecemento desa información, salvo que os pregos ou o contrato establezan un prazo maior.”

Estas previsións aconsellan, ao noso entender, que nos pregos que se redacten se incorporen dúas cláusulas de interese. En primeiro lugar, a advertencia aos licitadores de que indiquen expresamente na súa documentación e nas súas ofertas aqueles aspectos que consideren confidenciais para os efectos do artigo 124 da lei, o que permitirá ao órgano de contratación defenderse ante posteriores comunicacións de información que o licitador non considerase como confidenciais. En segundo lugar, o prego poderá establecer un prazo maior aos cinco anos establecidos no artigo 124. 2, o que terá moita razón de ser nos casos de contratos relevantes de gran duración ou de longo tracto.

VI. PRESENTACIÓN INDIVIDUAL E EN UTE: EFECTOS.

¿Que deberá facer a mesa de contratación se un licitador, ademais de presentarse individualmente, se presenta formando parte dunha UTE?

A solución á cuestión aparece reflectida no artigo 129. 3 da LCSP que establece preceptivamente a “non admisión de todas as propostas por el subscritas”.

VII. SOBRE A CLASIFICACIÓN EXTEMPORÁNEA OU TARDÍA.

¿Que debe facer a mesa de contratación se o licitador non está clasificado pero xustifica a presentación da solicitude de clasificación dentro do prazo de presentación de ofertas?

Coa normativa anterior era criterio pacífico centrar o cumprimento dos requisitos de capacidade para contratar coa Administración no último día do prazo para presentar as solicitudes. Tiña como finalidade garantir a concorrencia leal e a igualdade total dos licitadores, de tal maneira que para seren admitidos na licitación, deberían dispor dos requisitos necesarios para contratar nese momento final, e só no caso de non presentar os documentos necesarios no prazo de presentación das solicitudes se outorgaba o prazo de emenda, pero sempre coa obriga de acreditar a existencia efectiva do requisito naquel momento final.

Tal teoría, coa lei anterior, predicábase con toda intensidade respecto da clasificación. Se o prego exixía unha determinada clasificación, o licitador debía dispoñer dela o último día do prazo de presentación das solicitudes. Se non dispoñía deste requisito, aínda que acreditase que tiña solicitada a renovación da clasificación xa caducada, debía ser excluído da licitación. En situacións coma esta, achegábase pola súa claridade a sentenza do TSX de Illes Balears, Sala do Contencioso-Administrativo, do 6 de outubro de 2000, que no seu fundamento de dereito segundo aseveraba:

“ . . O artigo 80. 2. b) da Lei de contratos exige que a proposta vaia acompañada de diversos documentos, entre os que se encontra os que acrediten a clasificación da empresa”(en caso de ser necesario pola contía do contrato).

Pola súa parte, a cláusula nº 17 do prego de cláusulas administrativas exige que o licitador presente "dentro do prazo de presentación de proposicións" unha determinada documentación en que se inclúe o certificado de clasificación.

A mesa de contratación, tras o exame da documentación e se aprecia defectos emendables, poderá conceder "un prazo non superior a tres días hábiles para os emendar". No noso caso a mesa detectou a deficiencia, pediu informes xurídicos, escoitou as alegacións da agora demandante, pero transcorreu o prazo indicado sen que se achegase a certificación que, conforme o prego de cláusulas, debía achegarse previamente.

O recorrente alega que a certificación é necesaria ao "contratar" e o nulo é o contrato con entidade que careza da dita clasificación "no momento de contratar", o que non é o caso da recorrente que no momento da adxudicación xa dispoñía do certificado.

Non obstante, non se comparte esta interpretación xa que os pregos das cláusulas administrativas son a "lei do contrato" e nelas establécese claramente o requisito de que a documentación indicada se debe achegar "dentro do prazo de presentación de proposicións" e, por tanto, unha vez transcorrido o prazo de emenda caducou a posibilidade de achegar unha documentación que debía presentarse con carácter previo. É máis, o exame da documentación administrativa é previo á apertura das proposicións económicas e técnicas. As deficiencias na presentación de documentos do sobre B (que é o caso) xa motivan a exclusión antes da apertura dos sobres A e C coas proposicións económicas e técnicas (cláusula nº 18 do prego).

En canto á alegación de que a entidade demandante tiña solicitado o certificado de clasificación tres meses antes de que finalizase o prazo de presentación de propostas,

polo que non pode ser vítima da inactividade administrativa que emitiu con atraso a indicada documentación, debe ser matizada por canto ben que é certa unha dilación administrativa do Estado (Administración distinta da contratante), o certo é que tamén concorre unha deixación ou descoido por parte da agora demandante que desde xaneiro de 1996 tiña caducado o seu certificado de clasificación, sen preocuparse da súa renovación ata despois de se publicar o concurso.

De ter mantido a vixencia da clasificación, que se podía solicitar meses antes de cando se solicitou, non se produciría a deficiencia. Ademais, a empresa demandante, como titular da concesión, era coñecedora do vencemento da súa contrata e o máis que previsible concurso, polo que debía ter preparado a documentación necesaria.

Pero é que, ademais, a Administración contratante non podía facer outra cousa que exixir a achega do certificado, séndolle alleas as causas polas que a empresa ofertante carecía da clasificación. Os eventuais atrasos na tramitación administrativa non poden ser invocados ante unha Administración distinta e que non é responsable do atraso. Unicamente xerarían un hipotético dereito a reclamar danos e perdas derivados do atraso administrativo na tramitación da solicitude. . . ”.

Pois ben, sendo este o estado da situación, a LCSP cambia totalmente de criterio na solución do problema. O artigo 130. 1, alínea b) da nova lei, aclara que “de a empresa se encontrar pendente de clasificación, deberase achegar o documento que acredite que se presentou a correspondente solicitude para iso, e deberá xustificar estar en posesión da clasificación exixida no prazo previsto nas normas de desenvolvemento desta lei para a reparación de defectos ou omisións na documentación”. Isto é, non é necesario que o licitador dispoña da clasificación exixida no prego o último día do prazo de presentación das solicitudes, basta que acredite a presentación da solicitude para obtela. Iso si, para ser definitivamente admitido á licitación deberá achegar o documento acreditativo da obtención da debida clasificación antes de que finalizase o prazo de emenda. Se non será excluído.

Trátase, en fin, dunha solución excepcional para a clasificación, que non obsta a necesidade de manter o criterio do cumprimento dos demais requisitos para contratar no último día do prazo de presentación das solicitudes, en beneficio, como dixeron, da igualdade dos licitadores e da garantía da concorrencia. Non obstante, resulta a todas luces sorprendente e pouco entendible que o artigo 135. 4 da LCSP, logo da adxudicación provisional, lle permita ao licitador elixido presentar nese momento posterior, xunto cos certificados de estar ao día, “. . . calquera outro documento acreditativo da súa aptitude para contratar”, cando tal documentación xa debeu ser acreditada ou achegada, como moi tarde, no trámite de emenda, antes da apertura das ofertas económicas.

VIII. SOBRE O COMITÉ DE EXPERTOS.

No artigo 134. 2 da LCSP prevese a constitución dun comité de expertos para a valoración das ofertas cando o prego determina uns criterios de adxudicación que non se cuantifiquen mediante cifras ou porcentaxes obtidas a través da mera aplicación de fórmulas. Di a lei que este comité estará formado “por expertos non integrados no órgano proponente do contrato”¿Que debemos entender por órgano proponente do contrato?.

Esta cuestión é un dos aspectos máis innovadores da lei. A creación do comité de expertos como órgano encargado da “avaliación das ofertas” suscita unha boa chea de preguntas. A principal está directamente relacionada coa redacción do propio artigo 134. 2 da lei, pois na composición do comité establécese a exigencia de que estea “formado por expertos non integrados no órgano proponente do contrato”. Pero, ¿que debemos entender por órgano proponente do contrato?.

Das distintas posibilidades hermenéuticas, dúas parecen as máis afortunadas pois están ligadas á necesidade de garantir un certo grao de independencia na avaliación das propostas. A primeira opción consistiría en entender que os expertos non deberán formar parte da mesa de contratación, pois a propia mesa de contratación é o órgano colexiado que “propón”o adxudicatario do contrato. Así, igual que na lexislación anterior, o artigo 144. 2 da LCSP prevé que a formulación da proposta de adxudicación no procedemento aberto non crea dereito en favor do licitador proposto aínda que, se o órgano de

contratación non lle adxudicase o contrato, deberá motivarse a decisión. A proposta de adxudicación será formalizada polo “órgano competente para a valoración das proposicións”, segundo dicción expresa do artigo 144. 1 da nova lei, referencia esta que deberá entenderse á mesa de contratación, cando sexa necesaria (artigo 295. 1 da Lei).

A segunda opción interpretativa sería considerar “órgano proponente” o propio órgano de contratación, dado que é este o que oferta a contratación, isto é, o que propón o contrato. Se así é, os expertos non poderán estar integrados neste órgano de contratación.

Calquera das dúas interpretacións resultan razoables e teñen suficiente sustento coa letra da lei.

IX. ESTUDO DOS CRITERIOS EN VARIAS FASES.

No procedemento de adxudicación dun contrato, en que se establecesen varios criterios de adxudicación, ¿a adxudicación pódese articular en distintas fases?

Trataríase de dividir o proceso de puntuación dos distintos licitadores admitidos. Por exemplo, estudar primeiro as ofertas técnicas baixo limiar, para logo valorar só a oferta económica dos licitadores que superen o limiar técnico; ou subdividir a puntuación técnica das ofertas en varias fases, con fixación de limiares, etc.

O artigo 134. 4 da LCSP non deixa lugar a dúbida e establece que “cando se tome en consideración máis dun criterio, deberá precisarse a ponderación relativa atribuída a cada un deles, que poderá expresarse fixando unha banda de valores cunha amplitude adecuada. No caso de que o procedemento de adxudicación se articule en varias fases, indicárase igualmente en cales delas se irán aplicando os distintos criterios, así como o limiar mínimo de puntuación exixido ao licitador para continuar no proceso selectivo”. Loxicamente, será nos pregos onde se deberán determinar todos estes elementos.

X. PRESENTACIÓN DE CERTIFICADOS DEFINITIVOS.

Se un licitador presentase no sobre A as correspondentes declaracións de estar ao día, e logo resultase a súa oferta ser a mellor das presentadas; ¿cando presentará os certificados definitivos da Seguridade Social e das facendas públicas?.

Opcións:

- a) Antes da adxudicación provisional.
- b) Logo da adxudicación provisional.
- c) Logo da adxudicación definitiva.
- d) Debeu ser excluído como resultado da mesa A.

A solución encontrámola no artigo 135. 4 da LCSP que obriga o licitador que resulte adxudicatario provisional a que presente “a documentación xustificativa de estar ao día no cumprimento das obrigas tributarias e coa Seguridade Social e calquera outro documento acreditativo da súa aptitude para contratar ou da efectiva disposición dos medios que se comprometesen a dedicar ou adscribir á execución do contrato. . . , así como constituír a garantía que, de ser o caso, sexa procedente. . . ”. En congruencia co artigo 130. 1, alínea c), coa solicitude de participación bastará a presentación dunha declaración responsable de estar ao día, para logo presentar os certificados antes da adxudicación definitiva.

XI. XUSTIFICACIÓN DE OFERTAS DESPROPORCIONADAS OU TEMERARIAS.

Cando se identifique unha proposición que poida ser considerada desproporcionada ou anormal, deberase dar audiencia ao licitador que a presentou para que xustifique a valoración da oferta e precise as súas condicións.

Seguindo a tese que xa establecía o artigo 83 da lexislación anterior, o artigo 136. 3 da LCSP, exige que “cando se identifique unha proposición que poida ser considerada desproporcionada ou anormal, deberáse dar audiencia ao licitador que a presentou para que xustifique a valoración da oferta e precise as condicións desta. . . ”. É aquí onde a

nova lei incorpora unha serie de xustificacións que habilitarían para a debida motivación da baixa, na diferenza da normativa anterior que non establecía nada concreto. A LCSP, apostila que “. . . en particular no que se refire ao aforro que permita o procedemento de execución do contrato, as solucións técnicas adoptadas e as condicións excepcionalmente favorables de que dispoña para executar a prestación, a orixinalidade das prestacións propostas, o respecto das disposicións relativas á protección do emprego e as condicións de traballo vixentes no lugar en que se vaia realizar a prestación, ou a posible obtención dunha axuda de Estado. . . ”. As previsións da nova lei son o suficientemente amplas para dar cabida a todo tipo de explicacións razoables que se poidan dar no caso, aínda que non se deben descartar outras, se demostran a fiabilidade da oferta.

XII. DESISTENCIA DO PROCEDEMENTO DE CONTRATACIÓN.

Unha vez anunciado o procedemento de licitación e coñecidos os pregos, ¿a Administración pode desistir do procedemento de contratación?

Acudindo á lexislación anterior, desde unha perspectiva dos licitadores, nin sequera a proposta de adxudicación crearía dereito a favor destes, por prescrición do artigo 82. 2 do Real decreto lexislativo 2/2000, do 16 de xuño (vid. sentenzas do TS do 20. 9. 1991 e do 2. 10. 2001, entre outras). Ademais, é coñecida a xurisprudencia que identifica a convocatoria de procedementos de licitación como unha actividade discrecional da Administración, que só tería os límites da interdicción da arbitrariedade e o servizo ao interese xeral.

Destacamos, neste ámbito, a sentenza do TS do 14. 02. 1989, que expón: “. . . o anuncio de licitación nun concurso non pode cualificarse de oferta de contrato, senón de acto administrativo de convite que, ademais, contén as condicións do procedemento de selección, posto que a oferta está constituída polas proposicións dos licitadores aos cales, de ser o caso, presta a súa conformidade ou aceptación- mediante a adxudicación definitiva- a Administración que, en consecuencia, non queda obrigada a concluír indefectiblemente o contrato; ou sexa que o que a Administración reserva para si é a facultade de emitir ou non a súa aceptación, pois lonxe de se ver obrigada a aceptar a

proposta máis vantaxosa, reserva para si a facultade de exame e de apreciación tan ampla como sexa mester, para determinar se en último termo é ou non conveniente para o ente público a celebración do contrato; xa que o concurso como sistema de contratación supón un convite da Administración a que se lle presentan ofertas de contrato, ofertas que pode aceptar ou rexeitar,. . . aínda que algúns dos licitadores cumprisen o prego, a Administración segue tendo facultades discrecionais en canto á adxudicación. . .”.

Esta doutrina resulta tamén citada pola sentenza do TSX de Galicia do 4 de xuño de 1998, recordando tamén a sentenza do TS do 19 de decembro de 1991, que conclúe; “así, terá que rexeitarse o carácter regrado da adxudicación o cal, obviamente, se opón ao establecido nos referidos preceptos e á doutrina xurisprudencial mencionada, o que, non obstante, non exclúe que esta xurisdición efectúe un control co fin de constatar se tivo lugar un racional exercicio da discrecionalidade que se lle debe recoñecer á Administración neste ámbito, ou se pola contra, aquela foi utilizada neste caso para alcanzar un acto de arbitrariedade. . .”. Na mesma liña, entre outras, están a sentenza do TSX de Andalucía do 19 de decembro de 2003; sentenza do TSX de Castela-León do 24 de novembro do 2000, etc.

Pois ben, a nova LCSP reflicte no artigo 139 o que xa alcanzara carta de natureza por vía xurisprudencial. O precepto, que leva a rúbrica “Renuncia á celebración do contrato e desistencia do procedemento de adxudicación pola Administración”, habilita tales opcións, e exige o cumprimento dos seguintes requisitos:

- 1. - Notificación aos candidatos ou licitadores e comunicación tamén á Comisión Europea cando o contrato fose anunciado no DOUE.
- 2. - Que se acorde antes da adxudicación provisional.
- 3. - Que se compensen os candidatos ou licitadores na forma prevista no anuncio ou no prego, ou de acordo coa institución da responsabilidade da Administración.
- 4. - Por último, a renuncia a un contrato convocado deberase xustificar en razón de interese público e a desistencia ao procedemento deberá estar fundado nunha infracción non emendable das normas de preparación do contrato ou das reguladoras do procedemento de adxudicación, e xustificarse así no expediente de contratación.

APUNTAMENTOS SOBRE A INTEGRACIÓN DA SOLVENCIA E SOBRE A EXECUCIÓN DO CONTRATO ADMINISTRATIVO POR UN TERCEIRO NA LCSP.

ANTONIO LÓPEZ MIÑO.

Letrado da Xunta de Galicia.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MEDIOS DE ACREDITACIÓN DA SOLVENCIA. III. INTEGRACIÓN DA SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS. IV. SUBCONTRATACIÓN. V. UNIÓNS DE EMPRESARIOS.

I. INTRODUCCIÓN.

As administracións públicas, como calquera outra entidade contratante, buscan asegurar que quen realice prestacións para elas reúna unhas condicións subxectivas suficientes para levar a cabo a prestación comprometida. O singular é que a lexislación administrativa ritualiza a existencia de tales condicións, integrándoas nun procedemento administrativo específico –a contratación administrativa- de obrigado cumprimento para toda Administración.

A clave da ritualización atópase na xeralmente obrigatoria previsión da concorrencia en cada procedemento de licitación. A participación de varios candidatos obriga a instaurar un sistema de ‘igualdade de armas’ a través de mecanismos de competencia interna. Ao anterior súmanse os principios de legalidade e non arbitrariedade na actuación administrativa (art. 9 CE). Todo iso conduce a que sexa a propia LCSP a que estableza uns mínimos de capacidade e solvencia que os participantes deberán satisfacer se pretenden obter a condición de adxudicatarios.

Unha vez reunidas as *condicións mínimas de existencia* do licitador (capacidade), a lei interésase en asegurarlle á Administración que os participantes no procedemento de contratación poidan efectivamente executar o contrato, porque *posúen ou poden dispor* de músculo financeiro, de infraestrutura e de persoal suficientes para a materialización da prestación á satisfacción da entidade contratante.

A lei non exige que a empresa adxudicataria conte con mecanismos financeiros, técnicos e humanos propios; pola contra, abóndalle que acredite que pode dispor efectivamente deles, aínda que pertenzan a un terceiro. Así pois, a LCSP utiliza a normativa de solvencia para favorecer a participación no contrato dun número maior de empresas á adxudicataria, en particular PEMES. A priori, isto supón o afondamento da competencia e o potenciamento das pequenas e medianas empresas; ambos, dous obxectivos das políticas comunitarias de contratación administrativa.

Pero a normativa comunitaria e estatal de contratación prevé outros dous sistemas clásicos de participación empresarial na contratación administrativa: as unións temporais de empresas e a subcontratación.

II. MEDIOS DE ACREDITACIÓN DA SOLVENCIA.

A LCSP fixa nos artigos 64 a 68 a relación de medios de acreditación da solvencia económica e financeira, técnica e profesional. Con base no disposto nas directivas comunitarias, o artigo 63 LCSP atribúelles os seguintes caracteres: natureza documental; numerus clausus; os pregos de cláusulas administrativas particulares poderán exixir a concorrencia dun ou de varios dos citados en cada concreto suposto.

Sobre tales medios pronúnciase o Informe 7/2002, do 12 de xullo, da Comisión Permanente, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Cataluña:

Os artigos 16 a 19 do TRLCAP relacionan os medios de acreditación da solvencia económica, financeira e técnica das empresas licitadoras.

Os medios de acreditación da solvencia económica e financeira relaciónanse no artigo 16 e, aínda que se mencionan concretamente na letra a) tres medios de acreditación, o punto 2 deste artigo abre a posibilidade de que os licitadores poidan acreditar tamén a súa solvencia económica se xustifican a súa imposibilidade de achegar os documentos previstos na letra a) mediante outros sistemas.

Os medios de acreditación da solvencia técnica están previstos no artigo 17 para o contrato de obras, no artigo 18 para o contrato de subministracións e no artigo 19

para o resto de contratos. Os medios que se relacionan nestes artigos teñen carácter exhaustivo, o que quere dicir que os órganos de contratación están carentes da posibilidade de pedir outras referencias comprobables. Son medios taxados, de forma que só estes medios poden ser requiridos como válidos para a acreditación da solvencia técnica (Sentenza do TXCE do 10 de febreiro de 1982, asunto 76/1981, Transporoute)¹.

Poderanse exixir un, diversos ou todos os medios de acreditación. O órgano de contratación deberá considerar qué medios permiten valorar adecuadamente a solvencia económica e técnica ou profesional da empresa licitadora. En xeral, será conveniente establecer diversos criterios, con carácter complementario, para ter unha visión máis ampla da capacidade da empresa e permitir que exista unha concorrencia empresarial suficiente.

Como se afirmou anteriormente, todos estes criterios pretenden comprobar os aspectos económicos e técnicos xerais da empresa que se consideren suficientes para executar contratos dun determinado tipo e/ou os medios materiais e/ou humanos con que conta a mencionada empresa para a execución do contrato en particular que se licita.

Podemos afirmar, pois, que os medios de acreditación da solvencia económica e técnica das empresas licitadoras, regulados nos artigos 16 a 19 do TRLCAP, se refiren a consideracións xerais da empresa como son a experiencia anterior da mesma empresa, a análise dos contratos levados a cabo en exercicios anteriores e, se é o caso, acompañados de certificados de boa execución, as certificacións acreditativas de que os procesos de produción ou industriais da empresa se axustan a normas de calidade (certificacións ISO) etc, para a execución do contrato. Así, a

¹ O carácter taxativo dos criterios de solvencia fora xa recoñecido pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado no seu Informe 11/1999, do 30 de xuño: “5. A Lei de contratos das administracións públicas, como non podía ser doutra maneira, contén preceptos moi similares aos das directivas comunitarias e, por tanto, deben ser interpretados no sentido sinalado en relación co dereito comunitario. A solvencia económica financeira e técnica das empresas regúlase nos artigos 16 a 19 da lei, concretamente a solvencia técnica en contratos de obras no artigo 17 en termos literais case idénticos aos do artigo 27 da Directiva 93/37/CEE polo que o carácter taxativo dos medios de xustificación desa solvencia, demostrada pola declaración do artigo 15. 3 de que os órganos de contratación precisasen no anuncio dos medios de acreditación que se vaian utilizar e pola fórmula máis flexible utilizada no artigo 16 en relación coa solvencia económica e financeira, conduce á conclusión de que o dato da sinistralidade laboral na empresa non pode xogar como requisito de solvencia técnica.”

descripción do equipo técnico e as unidades técnicas participantes no contrato; as titulacións académicas e profesionais dos responsables da execución do contrato; a maquinaria, o material e o equipo técnico de que disporá o empresario para a execución do contrato.

Valorar tanto a experiencia anterior da empresa ou a posesión dunha certificación emitida polo organismo competente sobre a calidade nos procesos de produción da empresa, como a maquinaria que porá á disposición da execución do contrato ou os profesionais e as súas titulacións non valoran aínda a proposta concreta de execución do obxecto contractual que formula a empresa.

O requirimento do órgano de contratación dunha determinada solvencia económica, financeira, técnica e profesional dos licitadores ten carácter selectivo. Non se pretende exclusivamente recibir información das empresas, senón valorar se teñen suficiente solvencia para a execución do contrato que se licita.

O órgano de contratación debe considerar a acreditación da solvencia económica e técnica das empresas licitadoras como un proceso selectivo que deben superar estas empresas que, no seu defecto, quedarían excluídas da licitación. Nestes termos exprésanse os artigos 15. 3 e 20. k) do TRLCAP e os artigos 11, 67 nos seus puntos 3. b), 4. b), 5. b) e 6. b) e 82 do RXLCAP.

É sabido que o artigo 25 do TRLCAP establece un sistema específico de acreditación da solvencia económica e técnica en determinados contratos mediante a clasificación empresarial previa das empresas licitadoras. O sistema de clasificación empresarial tamén establece uns mínimos selectivos mediante a fixación da categoría do grupo e do subgrupo de actividade. Este procedemento selectivo vese reforzado coa modificación legal do artigo 15 do TRLCAP, operada mediante a Lei 24/2001, do 27 de decembro.

Esta modificación, á marxe da confusa redacción do precepto, habilita que un órgano de contratación poida requirir, ademais da clasificación empresarial, a achega dun nivel mínimo de medios materiais e persoais para a correcta execución do contrato. As empresas deberán achegar, ademais do certificado acreditativo da clasificación empresarial, a información correspondente para responder a este requirimento, e o órgano de contratación pode excluír da licitación unha empresa se o compromiso de

achega de medios técnicos e humanos non corresponde cos requirimentos da administración contratante.

Nalgúns casos, a acreditación dunha suficiente solvencia para a execución do contrato non é considerada por algúns órganos de contratación como unha primeira fase de selección das empresas máis capaces. Algúns órganos de contratación consideran que a selección das empresas se fai unicamente no momento da apertura das proposicións. Así, inclúen como criterios de adxudicación a experiencia anterior da empresa, a calidade dos seus profesionais etc.

Con base nestas argumentacións, este criterio non é correcto. A primeira fase selectiva atópase xa na análise da solvencia económica e técnica das empresas e neste sentido, por tanto, o órgano de contratación deberá indicar no prego de cláusulas administrativas particulares os niveis mínimos que, en relación con cada medio de acreditación, deberán cumprir as empresas licitadoras.

Esta determinación dos niveis mínimos deberá ser establecida polo órgano de contratación cun respecto absoluto ao principio de proporcionalidade, de forma que non se deberán exixir niveis mínimos de solvencia que non observen a adecuada proporción coa complexidade técnica do contrato e coa súa dimensión económica. Unha exixencia de niveis mínimos de solvencia económica e técnica desproporcionada afectaría a propia concorrencia empresarial e podería constituír causa de anulación da validez da licitación.

Non parece posible que este órgano consultivo poida establecer uns parámetros orientativos sobre os niveis mínimos que se deberán requirir para a acreditación da solvencia suficiente. Debe depender necesariamente, tal e como se dixo, das características do contrato.

III. INTEGRACIÓN DA SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS.

A Directiva 93/37/CEE asignáballe á empresa licitadora o labor de acreditar a súa solvencia técnica e profesional acudindo aos seus propios medios. Ao menos, esa é a interpretación que se desprendía do artigo 27. Porén, o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas admitiu a apelación a terceiros por medio da interpretación

ampla dos supostos c) e e) do punto 1º. De acordo con estes, a empresa podería acreditar a súa solvencia... c) por unha declaración mencionando os útiles, o material e o equipo técnico *de que disporá* o contratista para a execución da obra...; e) por unha declaración que mencione os técnicos ou os organismos técnicos, estean ou non integrados na empresa, *de que disporá* o contratista para a execución da obra.

A sentenza *Holst Italia* reconece esta posibilidade e establece os seus límites:

“O único obxectivo dos criterios de selección cualitativa fixados no capítulo 2 do título VI da Directiva 92/50 é definir as regras de apreciación obxectiva da capacidade dos licitadores, en particular, en materia financeira e económica e en materia técnica. Unha delas, prevista no artigo 31, punto 3, permite ao prestador xustificar a súa capacidade financeira e económica mediante calquera documento que as entidades adxudicadoras consideren apropiado. Outra destas disposicións, que figura no artigo 32, punto 2, letra c), prevé expresamente a posibilidade de xustificar a capacidade técnica do prestador mediante a descrición do equipo técnico ou dos organismos técnicos de que disporá a empresa do prestador de servizos para a execución do servizo, independentemente de que estean integrados nela (véxase, no mesmo sentido, en relación coa Directiva 71/305, a sentenza *Ballast Nedam Groep I*, antes citada, punto 12).

Tanto do obxecto como do teor das citadas disposicións dedúcese que ningún prestador de servizo pode ser excluído dun procedemento de adxudicación dun contrato público de servizos polo mero feito de que, para a execución do contrato, proxecte empregar medios que non lle pertencen, senón que son propiedade dunha ou varias entidades distintas del (véxase, no mesmo sentido, en relación coas directivas 71/304 e 71/305, a sentenza *Ballast Nedam Groep I*, antes citada, punto 15).

Por conseguinte, un prestador que non cumpre, por si mesmo, os requisitos mínimos necesarios para participar no procedemento de adxudicación dun contrato de servizos, pode invocar ante a entidade adxudicadora as capacidades de terceiros a que proxecta recorrer se se lle adxudica o contrato.

Non obstante, este emprego de referencias exteriores non se pode admitir incondicionalmente. Correspóndelle, en efecto, á entidade adxudicadora, como establece o artigo 23 da Directiva 92/50, comprobar a aptitude dos prestadores de

servizos consonte os criterios enumerados. O obxecto desa comprobación é, en particular, brindarlle á entidade adxudicadora a garantía de que, durante o período a que se refire o contrato, o licitador poderá efectivamente utilizar os medios de todo tipo invocados.

Así, cando, para demostrar a súa capacidade financeira, económica e técnica con vistas á súa admisión nun procedemento de licitación, unha sociedade se refire ás capacidades de organismos ou empresas a que está unida por vínculos directos ou indirectos, calquera que sexa a súa natureza xurídica, debe probar que pode efectivamente dispor dos medios deses organismos ou empresas que non son da súa propiedade e que son necesarios para a execución do contrato (véxase, neste sentido, en relación coas directivas 71/304 e 71/305, a sentenza *Ballast Nedam Groep I*, antes citada, punto 17)².

A sentenza *Siemens* recolle a doutrina anterior e insiste na proba da dispoñibilidade efectiva dos medios propiedade dun terceiro e necesarios para a execución do contrato:

“A este respecto, débese lembrar que a Directiva 92/50, cuxo obxecto é eliminar os obstáculos á libre circulación de servizos con motivo da adxudicación de contratos públicos de servizos, prevé expresamente, no seu artigo 25, a posibilidade de que o licitador lles subcontrate a terceiros unha parte do contrato, xa que esta norma dispón que a entidade adxudicadora lle poderá exixir ao licitador que mencione na súa oferta a parte dese contrato que se propoña subcontratar. Ademais, en canto aos criterios de selección cualitativa, o artigo 32, punto 2, letras c) e h), desta directiva establece expresamente a posibilidade de xustificar a capacidade técnica do prestador de servizos mediante a descrición do equipo técnico ou dos organismos técnicos, estean ou non integrados na empresa do prestameiro, de que este dispoña para a realización do servizo, ou incluso mediante a indicación da parte do contrato que, de ser o caso, se propoña subcontratar.

Como declarou o Tribunal de Xustiza nos puntos 26 e 27 da sentenza *Holst Italia*, antes citada, tanto do obxecto como do teor desas disposicións dedúcese que ninguén pode ser excluído dun procedemento de adxudicación dun contrato público de

² STXUE do 2 de decembro de 1999, *Holst Italia*, C-176/98. Considerandos 25 a 29.

servizos polo mero feito de que, para a execución do contrato, proxecte empregar medios que non lle pertencen, senón que son propiedade dunha ou varias entidades distintas del. Isto implica que é posible que un prestador que, en por si, non cumpre os requisitos mínimos exixidos para participar no procedemento de adxudicación dun contrato público de servizos invoque ante a entidade adxudicadora as capacidades de terceiros a que ten previsto recorrer se se lle adxudica o contrato.

Non obstante, segundo o Tribunal de Xustiza, correspóndelle ao prestador que pretenda referirse ás capacidades de organismos ou empresas a que estea unido por vínculos directos ou indirectos, co fin de que se admita a súa participación nun procedemento de licitación, acreditar que dispón efectivamente dos medios de tales organismos ou empresas que non son da súa propiedade e que son necesarios para a execución do contrato (sentenza Holst Italia, antes citada, punto 29).

Como sinalou acertadamente a Comisión das Comunidades Europeas, a Directiva 92/50 non se opón á prohibición nin á restrición do recurso á subcontratación para a execución de partes esenciais do contrato cando precisamente a entidade adxudicadora non puidese comprobar as capacidades técnicas e económicas dos subcontratantes ao examinar as ofertas e seleccionar o licitador que presentase a proposición máis vantaxosa.

Do que precede dedúcese que a premisa sobre a que se basea a segunda cuestión só sería exacta se se acreditase que o punto 1. 8 da licitación prohibe, na fase do exame das ofertas e da selección do adxudicatario do contrato, que este último se valla da subcontratación para prestacións esenciais do contrato. En efecto, unha persoa que invoque as capacidades técnicas e económicas de terceiros a que se propoña recorrer se se lle adxudica o contrato só pode ser excluída no caso de que non demostre que, efectivamente, dispón de tales capacidades. ”

A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, no seu informe 45/2002, do 28 de febreiro de 2003, trata de determinar se as empresas poden acreditar o cumprimento dos criterios de solvencia que fixe o órgano de contratación no prego de cláusulas administrativas particulares mediante medios que non son propios da empresa senón que pertencen a outras distintas e cal será a conduta que

debe seguir na súa valoración o órgano de contratación. De acordo co citado informe, podemos diferenciar tres supostos:

1º. - Grupos de sociedades. O lexislador español admitiu a integración da solvencia económica, financeira, técnica e profesional entre sociedades pertencentes ao mesmo grupo. Para iso, incorporou no artigo 15. 1, parágrafo segundo, da Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas, o ditame da sentenza do 14 de abril de 1994 cando dispón que no suposto de persoas xurídicas dominantes dun grupo de sociedades, se poderá ter en conta as sociedades pertencentes ao grupo, para efectos de acreditación da solvencia económica, financeira e técnica ou profesional, ou da correspondente clasificación, de ser o caso, da persoa xurídica dominante, sempre e cando esta acredite que ten efectivamente á súa disposición os medios desas sociedades necesarios para a execución dos contratos.

2º. - Operadores económicos non pertencentes ao mesmo grupo de sociedades. Neste suposto, o informe admite a integración da solvencia mediante a apelación directa á xurisprudencia do TXUE. “A sentenza Holst Italia, que recolle nos seus fundamentos xurídicos os expresados na sentenza Ballast Nedam Groep, realiza tamén unha valiosa achega nesta materia ao referir, por unha banda, que a competencia para definir as regras de apreciación obxectiva dos licitadores en materia financeira, económica e técnica lle corresponde ao órgano de contratación, a quen compete tamén comprobar a aptitude dos candidatos consonte tales criterios, toda vez que o obxecto desa comprobación é brindarlle á entidade adxudicadora a garantía de que o licitador poderá efectivamente utilizar os medios aducidos durante a execución do contrato. Por outra, advirte que un candidato non pode ser excluído porque, para a execución do contrato, proxecte empregar medios que non lle pertencen, senón que son propiedade dunha ou varias entidades distintas del, podendo referirse ás capacidades (medios) de *organismos ou empresas a que está unido por vínculos directos ou indirectos, calquera que sexa a súa natureza xurídica,*”.

A única obriga do licitador que apela a un terceiro para acreditar a súa solvencia é a de “probar que pode efectivamente dispor de tales medios que non son da súa propiedade, pero que son necesarios para a execución do contrato..., considerar que *unha empresa que proba que, para executar un contrato, dispón, como se reitera, de*

maneira efectiva dos medios que son necesarios e que pertencen a outra empresa ou organismo con que mantén vínculos directos ou indirectos, calquera que sexa a súa natureza xurídica, debe ser admitida para concorrer á adxudicación”³.

3º. - *Excepción á integración da solvencia por terceiros.* O informe 45/2002, porén, exclúe da apelación a medios alleos a aqueles que se refiren a aspectos propios deses organismos ou empresas distintos, os cales “é evidente que non poden ser admitidos para tal fin. Tal é o caso da acreditación da solvencia financeira mediante referencia a empresas ou organismos distintos, pois trátase dunha referencia inequivocamente unida á empresa non substituíble por referencias externas. ”.

A Xunta Consultiva considera que a empresa licitadora debe posuír e acreditar a súa propia solvencia económica e financeira, pois esta constitúe o elemento seminal e indelegable de competencia para a execución do contrato. A isto únese a dificultade de probar a solvencia económica doutros operadores. “Así, o informe de institucións financeiras ou o seguro de riscos profesionais ou as contas anuais que, en todo caso, estarán referidas a elementos ou partidas consignadas nelas, a que se refiren os puntos a) e b) do artigo 16 da lei, por tratarse de medios directamente relacionados cunha empresa e que carecen de valor para acreditar a solvencia de empresas distintas. Porén, a dispoñibilidade de persoal técnico cualificado, de medios materiais tales como maquinaria, material, instalacións e equipamento técnico, da experiencia exixida pode ser acreditada mediante as citadas referencias a medios doutras empresas”.

³ Á hora de definir a actuación da Administración contratante na comprobación da dispoñibilidade pola empresa licitadora de medios de solvencia alleos, o informe subliña que “a conduta que debe seguir o órgano de contratación será, en primeiro lugar, analizar o contido sobre o que versa a execución do contrato, para a continuación determinar con que medios debe contar a empresa para executalo e que antecedentes ou experiencia relativos a el debe ter quen resulte adxudicatario e, consecuentemente, quen pretenda concorrer á adxudicación, medios que necesariamente deben estar en relación directa coa prestación e coas especificacións técnicas que, de ser o caso, se exixan. Establecida tal condición, as empresas candidatas acreditarán mediante a presentación dos correspondentes documentos a dispoñibilidade efectiva de tales medios e a experiencia de desenvolvemento dos traballos que se vaian realizar, e a Mesa de contratación será quen, conforme o establecido no artigo 82 do regulamento, determine quen dispón dos medios exixidos, admitindo as que o acrediten e rexeitando as que non proben tal dispoñibilidade efectiva, valoración que debe efectuarse en tal momento, toda vez que a falta de solvencia para o contrato, conforme o establecido no artigo 20, k) da lei, implica un suposto de prohibición para contratar. Unha característica ten este sistema que o distingue dos criterios de adxudicación no concurso e é que nesta fase se valora unicamente se se cumpren ou non os requisitos especificados, sen que sexa posible ponderar se un cumpre mellor que outro tal requirimento e puntuar a dispoñibilidade de tales medios. “

En apoio desta argumentación, o artigo 26 da Directiva 93/37 non contiña unha previsión similar á recollida no artigo 27, punto 1º, letras c) e e)

Porén, esta última interpretación naceu ‘morta’. E iso porque a Directiva 2004/18/CE permite expresamente basearse nas capacidades doutras entidades, independentemente da natureza xurídica dos vínculos entre elas, para fundar a solvencia económica e financeira, técnica e profesional.

En relación coa solvencia económica, o artigo 47 establece: “2. De ser o caso, e para un contrato determinado, o operador económico poderase basear nas capacidades doutras entidades, independentemente da natureza xurídica dos vínculos que teña con elas. En tal caso, deberá demostrar ante o poder adjudicador que disporá dos medios necesarios, por exemplo, mediante a presentación do compromiso desas entidades para tal efecto. 3 Nas mesmas condicións, as agrupacións de operadores económicos a que fai referencia o artigo 4 poderanse basear nas capacidades dos participantes nas agrupacións ou doutras entidades”.

Respecto á capacidade técnica e profesional da empresa licitadora, o artigo 48 dispón: “3. De ser o caso, e para un contrato determinado, o operador económico poderase basear nas capacidades doutras entidades, independentemente da natureza xurídica dos vínculos que teña con elas. En tal caso, deberá demostrar ante o poder adjudicador que disporá dos medios necesarios para a execución do contrato, por exemplo, mediante a presentación do compromiso desas entidades de pór á disposición do operador económico os medios necesarios. 4. Nas mesmas condicións, as agrupacións de operadores económicos a que fai referencia o artigo 4 poderanse basear nas capacidades dos participantes nas agrupacións ou doutras entidades”.

A LCSP incorpora os preceptos da directiva no moi xenérico artigo 52, conforme o cal:

Artigo 52. Integración da solvencia con medios externos.

Para acreditar a solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, o empresario poderase basear na solvencia e medios doutras entidades, independentemente da natureza xurídica dos vínculos que teña con elas,

sempre que demostre que, para a execución do contrato, dispón efectivamente deses medios.

As consecuencias prácticas deste precepto virán determinadas pola súa aplicación nos correspondentes procedementos contractuais, así como polas posicións adoptadas pola doutrina e os órganos consultivos e xurisdicionais. Porén, podemos extraer as seguintes ideas clave:

1º. - Admite a integración con medios externos da solvencia económica, financeira, técnica e profesional.

2º. - A apelación a terceiros verifícase na fase de selección do contratista e adxudicación do contrato (Libro III). Con anterioridade, pois, á execución, polo que esta figura non pode nin debe asimilarse á da subcontratación, nin na súa natureza nin no seu réxime xurídico. Como expresión da súa diferenza, o artigo 48. da Directiva 2004/18 reconéceas como medios distintos de acreditación da solvencia técnica (punto 2. i) e punto 3).

3º. - A diferenza da subcontratación, a integración da solvencia pode chegar a ser total. É dicir, a oferta do licitador podería basear *toda* a súa solvencia, en todas as súas modalidades, nas capacidades e medios de terceiros. Como exporemos posteriormente, esta circunstancia podería converter o licitador nun mero intermediario, e xerar múltiples problemas prácticos.

4º. - O licitador poderá basear a súa solvencia na solvencia e medios dun terceiro con base nun vínculo xurídico mantido entre ambos. Diso conclúese, por unha parte, que é necesaria a existencia dunha relación xeradora de obrigas polo menos para a parte que achega a solvencia ('vínculo'), a cal pode ser exixida polo licitador polos medios establecidos en dereito ('xurídico'). Pero, en segundo lugar, tamén se deduce que a relación entre as partes pode adoptar calquera natureza; xa organizativa (grupo de sociedades), contractual, ou calquera outra que garanta a dispoñibilidade dos medios.

5º. - O elemento decisivo é, pois, a garantía para a Administración de que o contratista poida dispor efectivamente dos medios materiais e humanos no momento da execución do contrato. E que dispoña deles de forma suficiente e sen mora. Por iso, entendemos que os pregos de cláusulas poden facer as precisións que coiden

oportunas en garantía desa dispoñibilidade, sempre que non impliquen unha interpretación *contra legem* do artigo 52 LCSP.

6º. - O licitador debe dispor “efectivamente” dos medios postos á súa disposición polo terceiro. Isto significa que poderá empregalos desde o inicio da execución do contrato –ou na fase deste en que sexan necesarios- sen sometemento a prazo, condición suspensiva ou resolutoria na súa utilización por parte do cedente.

7º. - En caso de que os pregos prevexan a “concreción das condicións de solvencia” no sentido previsto no artigo 53 LCSP, a entidade terceira deberá cumprir coas previsións deste.

8º. - Non deberá ser admitida a integración da capacidade por aquela entidade que incorra nas prohibicións de contratar previstas no artigo 49 LCSP; cando menos, naquelas que poidan pór en perigo a legalidade da súa actuación ou a execución do contrato.

9º. - Obviamente, o licitador pode acudir na súa oferta a diferentes entidades colaboradoras para completaren distintos elementos de solvencia.

10º. - O licitador pode acudir á solvencia da entidade terceira, pero tamén a elementos singulares, persoais, patrimoniais ou de equipo que lle permitan completar a súa, cando esta non colmase *per se* as exixencias do prego.

IV. SUBCONTRATACIÓN.

A subcontratación presenta na LCSP unha serie de notas características respecto á integración da solvencia e ás unións temporais de empresas. Unha breve exéxese do artigo 210 da lei permite definir tales elementos esenciais:

1º. - Opera con posterioridade á adxudicación do contrato. A súa finalidade non é garantir á Administración a solvencia do licitador non adxudicatario, senón favorecer a execución do contrato. Por iso, a súa regulación atópase no libro IV (“Efectos, cumprimento e extinción dos contratos administrativos”).

2º. - A finalidade da subcontratación non é lograr unha mellor selección do contratista debido á colaboración de empresarios que melloren a eventual puntuación do licitador. O seu obxectivo é, en principio, unha mellor e máis rápida execución do contrato xa adxudicado. En ocasións, ese obxectivo é substituído polo de fomento da

participación doutras empresas, en particular PEMES. Así ocorre cando os pregos ou o anuncio de licitación prevén que os licitadores indiquen na oferta a parte do contrato que pretenden subcontratar (punto 2. a).

3º. Carácter parcial: o contratista poderá concertar con terceiros a realización parcial da prestación (punto 1), as prestacións parciais que o adxudicatario subcontrate con terceiros non poderán exceder a porcentaxe que se fixe no prego de cláusulas administrativas particulares. Se non figurase un límite especial, o contratista poderá subcontratar ata unha porcentaxe que non exceda o 60 por cento do importe da adxudicación (punto 2 e).

4º. Intervención administrativa. Ben que o artigo 210 parte do carácter voluntario da subcontratación (punto 1), a Administración pode impoñela con carácter forzoso, aínda que deixará ao licitador a determinación da parte que subcontrate (punto 2 a). En calquera caso, o adxudicatario deberá comunicar anticipadamente e por escrito á Administración a intención de celebrar os subcontratos, sinalando a parte da prestación que se pretende subcontratar e a identidade do subcontratista, e xustificando suficientemente a aptitude deste para a executar por referencia aos elementos técnicos e humanos de que dispón e á súa experiencia. De incumprir os requisitos esenciais, pódesele impor unha penalidade de ata un 50 por cento do importe do contrato Ademais, deberá informar da subcontratación os representantes dos traballadores (puntos 2 a, b, 3 e 6).

5º. - Condicións de solvencia dos subcontratistas. Serán as previstas nos puntos 2. a) e 7, nos supostos e condicións previstos por eles. Do mesmo modo, están sometidos ás prohibicións de contratar na forma prevista no punto 5.

6º. - Inexistencia de responsabilidade solidaria dos subcontratistas. Estes quedarán obrigados só ante o contratista principal, o cal asumirá a total responsabilidade da execución do contrato fronte á Administración (punto 4).

V. UNIÓN DE EMPRESARIOS.

Baixo a rúbrica “*unións de empresarios*” a LCSP dedica un só artigo, o 48, ás tradicionalmente coñecidas como “unións temporais de empresas”. En realidade non introduce modificacións relevantes e, en todo caso, debe ser completado co disposto no artigo 24 do aínda vixente Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da LCSP.

A unión temporal de empresas, malia non supor unha integración organizativa, implica un grao máis íntimo de conexión entre as entidades participantes que o nacido das dúas figuras anteriormente estudadas. A diferenza da subcontratación, a interacción entre as empresas prodúcese no momento da licitación e ambas relaciónanse con e responden solidariamente ante a Administración contratante, a diferenza do que ocorre coa responsabilidade do subcontratista.

É certo que se trata dunha figura xurídica nacida co exclusivo fin de proceder con maiores garantías de éxito á concertación de contratos coa Administración, ao unir a súa experiencia e potencial económico na execución dunha obra ou xestión dun servizo, sen que implique nacemento dunha nova personalidade xurídica. Pola contra, mantense para todos os efectos a propia e individual personalidade das empresas (STS do 7 de febreiro de 1996). Pero é certo que o contrato se adxudica á unión temporal; ademais, as empresas agrupadas quedan obrigadas solidariamente e deben nomear un representante único.

En termos de solvencia⁴, os aspectos que cómpre destacar son os seguintes:

1. Para os efectos da licitación, os empresarios que desexen concorrer integrados nunha unión temporal deberán indicar os nomes e as circunstancias dos que a constitúan e a participación de cada un, así como que asumen o compromiso de se constituíren formalmente en unión temporal en caso de resultaren adxudicatarios do contrato.
2. Para os casos en que sexa exixible a clasificación e concorran na unión empresarios nacionais, estranxeiros que non sexan nacionais dun Estado membro da Unión Europea e estranxeiros que sexan nacionais dun Estado

⁴ Un dos aspectos máis debatidos é o da clasificación das empresas que forman a unión temporal. Dado que excede os termos deste traballo, remitímonos á abundante doutrina sobre el.

membro da Unión Europea, os que pertencen aos dous primeiros grupos deberán acreditar a súa clasificación, e estes últimos a súa solvencia económica, financeira e técnica ou profesional.

3. De acordo co artigo 24. 1 do regulamento, cada un dos que a compoñen deberá acreditar a súa capacidade e solvencia conforme os artigos 64 e seguintes da lei e 9 a 16 deste regulamento, acumulándose para efectos da determinación da solvencia da unión temporal as características acreditadas para cada un dos seus integrantes, sen prexuízo do que para a clasificación se establece no artigo 52 do regulamento.

A PREPARACIÓN DOS CONTRATOS NA NOVA LEI 30/2007, DO 30 DE OUTUBRO, DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.

BEATRIZ ALLEGUE REQUEIJO

Letrada da Xunta de Galicia

A nova Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, dedica o seu libro II á preparación dos contratos.

Dentro do citado libro a lei distingue, pola súa vez, entre a preparación dos contratos polas administracións públicas (título I, do artigo 93 ao artigo 119) e a preparación dos contratos celebrados por poderes adxudicadores¹ que non teñan o carácter de administracións públicas e de contratos subvencionados (título II, artigo 121).

Así mesmo, dentro das normas relativas á preparación dos contratos polas administracións públicas (título I), a lei dedica unha parte inicial a abordar normas xerais aplicables a todos os contratos (capítulo I) e un conxunto de normas especiais aplicables só a algúns deles (capítulo II):

- a. Actuacións preparatorias do contrato de obras (sección 1ª).
- b. Actuacións preparatorias do contrato de concesión de obra pública (sección 2ª).
- c. Actuacións preparatorias do contrato de xestión de servizos públicos (sección 3ª).
- d. Actuacións preparatorias dos contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado (sección 4ª).

¹ As agrupacións europeas de cooperación territorial reguladas no Regulamento (CE) número 1082/2006 do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de xullo de 2006, cando teñan o seu domicilio social en España, axustarán a preparación dos seus contratos ás normas establecidas nesta lei para os poderes adxudicadores (disposición adicional trixésimo segunda.)

Por outro lado, se temos en conta o ámbito subxectivo de aplicación da lei (artigo 3), a norma non sinala en materia de preparación dos contratos ningunha regra específica, destinada a aqueles entes, entidades e organismos do sector público que non sexan poderes adxudicadores. Porén, iso non significa que tales entes teñan unha absoluta liberdade á hora de articular e preparar estes contratos que se encontran sometidos á citada lei.

En efecto, o artigo 1 da norma legal sinala os principios a que se deberán someter, en todo caso, tales organismos. Respetaranse os principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos e non-discriminación e igualdade de trato entre os candidatos. Así mesmo, o precepto sinala que unha eficiente utilización dos fondos para a formalización de tales contratos exige a definición previa² das necesidades que se pretende satisfacer.

Neste sentido o artigo 22, dentro das disposicións xerais sobre a contratación do sector público (libro I, título I) e, por tanto, non só aplicables ás administracións públicas ou a poderes adxudicadores, senón a todos os entes do sector público, sinala que, en todo caso, se deberá deixar constancia na documentación preparatoria³, antes de iniciar o procedemento de adxudicación:

- a. Da natureza e extensión das necesidades que se pretenden cubrir, e
- b. Da idoneidade do obxecto e do seu contido.

I. O EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN NAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS. TRAMITACIÓN ORDINARIA.

O primeiro precepto legal en materia de preparación de contratos polas administracións públicas está dedicado ao expediente de contratación: inicio e contido (artigo 93).

² En materia de adxudicación de contratos das administracións públicas pode suceder que non sexa posible determinar con precisión nun momento inicial o obxecto do contrato, para o cal se poderá acudir ao chamado diálogo competitivo que permite iniciar un diálogo cos candidatos co fin de desenvolver unha ou varias solucións para satisfacer as necesidades da Administración (art. 163 e ss.)

³ Fálase dun expediente de contratación aínda que non dun expediente administrativo propiamente dito.

En materia de expediente de contratación, a nova lei, na diferenza da anterior, que distinguía, por un lado, “*actuacións administrativas preparatorias dos contratos*”e, por outro lado, “*da tramitación do expediente de contratación*”; quixo facer referencia desde un primeiro momento ás tres formas de tramitación do expediente :

- a. Tramitación ordinaria (artigo 93 a 95).
- b. Tramitación abreviada do expediente:
 - b. 1. Tramitación urgente (artigo 96).
 - b. 2. Tramitación de emerxencia (artigo 97).

A lei regula, como regra xeral, dentro da tramitación ordinaria, as distintas fases que deberá seguir a tramitación do expediente desde o seu inicio ata a súa aprobación, así como os documentos que se deberán incorporar a el.

Desta maneira, tal como sinala o articulado da lei, a celebración de contratos por parte das administracións públicas requirirá a tramitación previa do correspondente expediente, que será iniciado polo órgano de contratación motivando a necesidade do contrato.

En relación ao concepto de expediente de contratación a XCCA no seu informe 31/05, do 29 de xuño, sinalou que non é necesario que o inicio do expediente se acorde mediante un acto expreso formalmente adoptado polo órgano de contratación:

“2. En primeiro lugar, debemos sinalar que se entende por expediente de contratación o conxunto de actuacións a través das cales a Administración forma a súa vontade contractual mediante a elaboración e aprobación dun conxunto de actos administrativos. Como principio xeral, non pode haber contrato administrativo sen que previamente se tramitase un expediente de contratación, excepto na tramitación

de emerxencia. Así o confirma o artigo 67. 1 do Real decreto legislativo 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, ao establecer que “o expediente de contratación será iniciado polo órgano de contratación xustificando a súa necesidade”. Igualmente, o artigo 73 do seu regulamento determina que “os expedientes de contratación serán iniciados polo órgano de contratación determinando a necesidade da prestación obxecto do contrato”. Así, a falta de incoación do expediente, tal e como establece o artigo 61 do TRLCAP vicia o contrato de nulidade.

4. Cabería sinalar unha terceira consideración: o esencial na tramitación do expediente de contratación non é o seu inicio, entendendo como tal a iniciativa de preparar as actuacións precisas que conclúan coa adxudicación e posterior recepción da prestación, senón o acto do órgano de contratación polo que se aproba este e se autoriza o gasto necesario, é dicir, se aproban os pregos de cláusulas administrativas particulares e de prescricións técnicas conforme o disposto no artigo 69. 1 da lei, procedendo seguidamente á convocatoria da licitación pública, acto de significada transcendencia que permite ás empresas interesadas admitir o contido dos pregos e, de ser o caso, presentar as súas proposicións ou impugnalos conforme o procedemento establecido”

Do articulado dedúcese que ao expediente se deberá incorporar, ademais da memoria inicial xustificativa da necesidade e idoneidade do contrato a que fixemos referencia anteriormente, a seguinte documentación:

- a. O prego de cláusulas administrativas particulares e o de prescricións técnicas que vaian rexer o contrato.⁴
- b. O certificado de existencia de crédito ou documento que legalmente o substitúa e, de ser o caso, a fiscalización previa da intervención.⁵

⁴ No caso de o procedemento elixido para adxudicar o contrato ser o de diálogo competitivo regulado no sección 5ª, do capítulo I, do título I, do libro III, os pregos de cláusulas administrativas e de prescricións técnicas serán substituídos polo documento descritivo a que fai referencia o artigo 165. 1.

⁵ Decreto legislativo 1/1999, do 7 de outubro, de réxime financeiro e orzamentario de Galicia.

- c. No expediente xustificárase adecuadamente a elección do procedemento e a dos criterios que se terán en consideración para adxudicar o contrato.
- d. A resolución motivada ditada polo órgano de contratación en que aprobe o expediente e dispoña a apertura do procedemento de adxudicación.
- e. Se o financiamento do contrato se debe realizar con achegas de distinta procedencia, aínda que se trate de órganos dunha mesma Administración pública, o órgano de contratación ao cal lle corresponda a adxudicación do contrato, tramitará un só expediente e nel deberá acreditar a plena dispoñibilidade de todas as achegas, incorporándose ao expediente os documentos xustificativos da efectiva disposición (convenios de colaboración, transferencia, etc)

A resolución do órgano de contratación implicará tamén a aprobación do gasto, agás o suposto excepcional previsto na alínea a) do número 3 do artigo 134⁶, ou que as normas de desconcentración ou o acto de delegación establecesen o contrario, caso en que se deberá solicitar a aprobación do órgano competente.

Os expedientes de contratación poderanse ultimar incluso coa adxudicación e formalización do correspondente contrato, aínda cando a súa execución, xa se realice nunha ou en varias anualidades, se deba iniciar no exercicio seguinte. Para estes efectos poderanse comprometer créditos coas limitacións que se determinen nas normas orzamentarias das distintas administracións públicas suxeitas a esta lei. Neste punto recolle a lei, como a anterior, o suposto de tramitación anticipada do expediente.

Merece facer, tamén, unha especial mención ao establecido no número 2 do artigo 93, en relación ao fraccionamento dos contratos. Igual que sinalaba o artigo 68 do anterior TRLCAP, non se poderá fraccionar un contrato con obxecto de diminuír a súa contía e eludir así os requisitos de publicidade, de procedemento ou a forma de adxudicación que corresponda.

⁶ Para aquelas licitacións cuxos proxectos ou orzamentos non puidesen ser establecidos previamente e deban ser presentados polos licitadores

O artigo 74 da nova lei encárgase agora de regular o fraccionamento do contrato dunha maneira máis detallada ca a realizada pola anterior normativa. Engade ademais da posibilidade da división en lotes do contrato sempre que estes sexan susceptibles de utilización ou aproveitamento separado e constitúan unha unidade funcional, ou así o exixa a natureza do obxecto, que se poderán contratar separadamente prestacións diferenciadas dirixidas a se integrar nunha obra, cando esas prestacións reúnan os seguintes requisitos:

- a. Que gocen dunha substantividade propia,
- b. Que permitan unha execución separada, e
- c. Que teñan que ser realizadas por empresas que conten cunha determinada habilitación.

Nestes casos, as normas procedementais e de publicidade que se deben aplicar na adxudicación de cada lote ou prestación diferenciada determinaranse en función do valor acumulado do conxunto, agás o disposto nos artigos 14. 2, 15. 2 e 16. 2, para o suposto de que o valor acumulado dos lotes iguale ou supere a cantidade indicada para os contratos suxeitos a regulación harmonizada.

En relación coa tramitación do expediente, nestes casos sinala que este se deberá referir á totalidade do obxecto do contrato, sen prexuízo do previsto no número 3 do artigo 74 acerca da súa eventual división en lotes, para efectos da licitación e adxudicación.

Con tales preceptos quérese impedir que diversas prestacións sexan obxecto de contratacións independentes coa única finalidade de evitar a utilización dun determinado procedemento ou a existencia dunha determinada publicidade, vulnerando desta maneira o principio da libre concorrencia de licitadores.

Un exemplo⁷ diso encontrámolo coa formalización de diversos contratos menores (artigo 95), cuxa tramitación é menos complexa, por canto que non é necesaria a elaboración dun prego para, coa celebración de todos eles, obter un único resultado.

Sobre o fraccionamento dos contratos e a división por lotes pronunciouse a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa no seu Informe 41/2000, do 30 de outubro.

II. TRAMITACIÓN ABREVIADA: TRAMITACIÓN URXENTE DO EXPEDIENTE E TRAMITACIÓN DE EMERXENCIA.

Dentro da tramitación abreviada do expediente, a LCSP regula dous tipos de tramitacións distinguindo as causas e a gravidade que exixen excepciónar as normas da tramitación ordinaria.

Por un lado encóntrase a tramitación de urxencia (artigo 96), para supostos que respondan a unha necesidade inaprazable ou que sexa preciso acelerar por razóns de interese público e, por outro lado, a tramitación de emerxencia (artigo 97), por causa de acontecementos catastróficos, situacións de grave perigo ou necesidades que afecten a defensa nacional.

2. 1. Tramitación urxente do expediente.

Tal como se sinalou, poderán ser obxecto de tramitación urxente os expedientes correspondentes aos contratos cuxa celebración responda a unha necesidade inaprazable ou cuxa adxudicación sexa preciso acelerar por razóns de interese público. Para tales efectos, é necesario que no expediente se incorpore, ademais da documentación sinalada, unha declaración de urxencia feita polo órgano de contratación, debidamente motivada.

⁷ Informe da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia do 19 de novembro de 2002, sobre fraccionamento dos contratos e interpretación do artigo 195 do RLCAP.

Tal requisito non é puramente formal senón que debe existir unha verdadeira causa obxectiva de urxencia, por canto que un dos efectos é a redución de prazos na licitación, o que podería ser entendido, se a causa non existise, como unha vulneración do principio de concorrencia.

A declaración debe ser motivada e razoada, tal requisito non se cumprirá con simples manifestacións apelando ao interese público, á perda do crédito orzamentario ou á simple enunciación da declaración de urxencia.⁸

Os expedientes urxentes tramitaranse seguindo o mesmo procedemento ca os ordinarios, pero coas seguintes particularidades:

a. Os expedientes gozarán de preferencia para o seu despacho polos distintos órganos que interveñan na tramitación, que disporán dun prazo de cinco días para emitir os respectivos informes ou completar os trámites correspondentes.

Cando a complexidade do expediente ou calquera outra causa igualmente xustificada impida cumprir o prazo antes indicado, os órganos que deban realizar o trámite porano en coñecemento do órgano de contratación que declarase a urxencia. En tal caso o prazo quedará prorrogado ata dez días.

b. Os prazos establecidos na lei para a licitación e adxudicación do contrato reduciranse á metade, salvo o prazo de quince días hábiles establecido no parágrafo primeiro do artigo 135. 4 como período de espera antes da elevación a definitiva da adxudicación provisoria, que quedará reducido a dez días hábiles.

⁸ STS do 28 de outubro de 1992; STS do 19 de novembro de 2004: “a urxencia debe ter carácter obxectivo e basearse en razóns claras e suficientes, de modo que non pode ser produto da negligencia ou da voluntariedade da Administración”.

Non obstante, cando se trate de procedementos relativos a contratos suxeitos a regulación harmonizada, esta redución non afectará os prazos establecidos nos artigos 142 e 143 para o fornecemento de información aos licitadores e a presentación de proposicións no procedemento aberto.

Nos procedementos restrinxidos e nos negociados en que, conforme o previsto no artigo 161. 1, proceda a publicación dun anuncio da licitación, o prazo para a presentación de solicitudes de participación poderase reducir ata quince días, contados desde o envío do anuncio de licitación, ou ata dez, se este envío se efectúa por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos, e o prazo para facilitar a información suplementaria a que se refire o artigo 150. 4 reducirase a catro días.

No procedemento restrinxido, o prazo para a presentación de proposicións previsto no artigo 151. 1 poderase reducir ata dez días a partir da data do envío da invitación para presentar ofertas.

c. A Administración poderá acordar o comezo da execución do contrato aínda que non se formalizase este, sempre que, de ser o caso, se constituíse a garantía correspondente.

d. O prazo de inicio da execución do contrato non poderá ser superior a quince días hábiles, contados desde a notificación da adxudicación definitiva. De se exceder este prazo, o contrato poderá ser resolto, salvo que o atraso se deba a causas alleas á Administración contratante e ao contratista e así se faga constar na correspondente resolución motivada.

En relación á redución de prazos, preguntóuselle no seu momento á Xunta Consultiva de Contratación Administrativa sobre a posibilidade ou non de reducir o prazo fixado de dez días para a espera da recepción das ofertas enviadas por correo, de acordo co artigo 80. 4 do anterior RLCAP. A Xunta Consultiva de Contratación, no seu informe 44/00, do 20 de outubro, entendeu que

tal prazo non podía ser reducido posto que o anterior artigo 56, e agora o artigo 96 da LCSP, só se refería aos prazos de licitación e adxudicación.

2. 2. Tramitación de emerxencia.

A LCSP, como a anterior, regulan un réxime excepcional de contratación: a tramitación de emerxencia (artigo 97), cando a Administración teña que actuar de maneira inmediata por mor de acontecementos catastróficos, de situacións que supoñan grave perigo ou de necesidades que afecten a defensa nacional.

Antes de chegar a tal situación hai que distinguir a posibilidade dunha tramitación urxente, a través dun procedemento negociado sen publicidade, chamado de urxencia imperiosa, a que os órganos de contratación poden acudir cando unha imperiosa urxencia, resultante de acontecementos imprevisibles para o órgano de contratación e non imputables a el, demande unha pronta execución do contrato que non se poida lograr mediante unha aplicación da tramitación de urxencia regulada no artigo 96 (artigo 154 da LCSP).

A Xunta Consultiva de Contratación no seu Acordo do 20 de xuño 2003, analizou as características deste forma de tramitación e destacou os seguintes aspectos:

“6. Como resumo do exposto e a modo de conclusións derivadas da doutrina xurisprudencial e criterios desta xunta sobre o artigo 27 da Lei de contratos do Estado e 72 do texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas pódense sentar as seguintes:

a. A chamada “tramitación de emerxencia” prevista no artigo 72 do texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas que, en realidade, é un réxime excepcional caracterizado pola dispensa de tramitar expediente, só procede nos casos taxativos do número 1 do dito artigo, é dicir, acontecementos catastróficos, situacións que supoñan grave perigo ou necesidades que afecten a defensa nacional.

b. A tramitación de emerxencia, polo seu mesmo concepto excepcional, só se poderá utilizar cando non sexa posible a tramitación urxente (artigo 71 da Lei de contratos das administracións públicas) ou a utilización do procedemento negociado sen publicidade por motivos de urxencia (artigos 141. c), 182 d) e 210 c) da Lei de contratos das administracións públicas).

c. A apreciación da emerxencia corresponde exclusivamente ao órgano de contratación ben que dentro dos parámetros previstos no artigo 72 sen que, a diferenza da tramitación de urxencia, requira unha especial declaración, bastando a posterior xustificación documental.

d. A tramitación de emerxencia débese limitar ao estritamente indispensable no ámbito obxectivo e temporal para previr ou remediar os danos derivados da situación de emerxencia. No ámbito obxectivo, débese limitar a tramitación de emerxencia, segundo expresión do artigo 72 da Lei de contratos das administracións públicas, “ao necesario para remediar o acontecemento producido ou satisfacer a necesidade sobrevida”. No ámbito temporal debe operar un dobre límite, pois, dun lado, a emerxencia require a inmediatez coa acción que a xustifica, sen que se poida dilatar no tempo e, doutro lado, debe cesar cando a situación desaparecese ou, como di o número 2 do artigo 72 da Lei de contratos das administracións públicas “a xestión do resto da actividade necesaria para completar o obxectivo proposto pola Administración, pero que xa non teña carácter de emerxencia, contratarase conforme o establecido nesta lei”.

Como regras recollidas na nova lei para a tramitación de emerxencia cabe destacar:

- a. O órgano de contratación, sen obriga de tramitar expediente administrativo, poderá ordenar a execución do necesario para remediar o acontecemento producido ou satisfacer a necesidade sobrevida, ou contratar libremente o seu obxecto, en todo ou en parte, sen se suxeitar aos requisitos formais⁹ establecidos nesta lei, incluso o da existencia de crédito suficiente.

⁹ Non será exigible clasificación. XCCA Informe 24/01, do 3 de xullo.

O acordo correspondente irá acompañado da oportuna retención de crédito ou documentación que xustifique a iniciación do expediente de modificación de crédito.

- b. Se o contrato foi celebrado pola Administración xeral do Estado, os seus organismos autónomos, entidades xestoras e servizos comúns da seguridade Social ou demais entidades públicas estatais, daráselle conta¹⁰ dos ditos acordos ao Consello de Ministros no prazo máximo de sesenta días.¹¹
- c. Simultaneamente, o Ministerio de Economía e Facenda, se se trata da Administración xeral do Estado, ou os representantes legais dos organismos autónomos e entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social, autorizarán o libramento dos fondos precisos para lles facer fronte aos gastos, con carácter de a xustificar.
- d. Executadas as actuacións obxecto deste réxime excepcional, procederáse a realizar os trámites necesarios para a intervención e aprobación da conta xustificativa, sen prexuízo dos axustes precisos que se establezan regulamentariamente para os efectos de dar cumprimento ao artigo 49 da Lei xeral orzamentaria.
- e. O prazo de inicio da execución das prestacións non poderá ser superior a un mes, contado desde a adopción do acordo previsto na alínea a). De se exceder este prazo, a contratación das devanditas prestacións requirirá a tramitación dun procedemento ordinario.
- f. Así mesmo, transcorrido o dito prazo, renderase a conta xustificativa do libramento que, de ser o caso, se efectuase, con reintegro dos fondos non investidos. Nas normas de desenvolvemento desta lei desenvolverase o procedemento de control destas obrigas.

¹⁰ XCCA Informe 23/85, do 20 de xuño.

¹¹ Non ten carácter básico.

III. CONTRATOS MENORES.

En relación aos contratos menores non se establecen grandes novidades, agás as que resultan do cambio das contías dos contratos. A súa regulación encóntrase recollida fundamentalmente nos artigos 95 e 122. 3 da nova lei.

Considéranse contratos menores os contratos de importe inferior a 50. 000 €, cando se trate de contratos de obras, ou a 18. 000 €, cando se trate doutros contratos, sen prexuízo do disposto no artigo 190 en relación ás obras, servizos e subministracións centralizadas no ámbito estatal.

Os contratos menores poderanse adxudicar directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación, segundo o citado artigo 122 da LCSP.

En canto á súa tramitación, o artigo 95 sinala que, só exixirá a aprobación do gasto e a incorporación a el da factura¹² correspondente, que deberá reunir os requisitos que as normas de desenvolvemento da lei establezan.

Non obstante, hai que sinalar que tampouco existe obstáculo legal para que se elabore un prego de condicións ou as cláusulas dun contrato cando a complexidade da contratación así o requira.

Como particularidade, no contrato menor de obras, deberase engadir, ademais, o orzamento das obras, o correspondente proxecto sempre e cando normas específicas así o requiran e un informe de supervisión a que se refire o artigo 109 da lei cando o traballo afecte a estabilidade, seguridade ou estanquidade da obra.

Este tipo de contratos presenta dúas limitacións, o mesmo que na anterior regulación (artigo 22. 3) :

¹² A XCCA, nos informes 50/97 e 10/98, admite a posibilidade da existencia de varias facturas cando se pactasen pagamentos á conta.

1. - Non poderán ter unha duración superior a un ano.
2. - Non poderán ser obxecto de prórroga.

Tampouco se procederá á revisión de prezos por imperativo do artigo 77. 2 da LCSP.

En canto ao réxime xurídico dos contratos menores, a Xunta Consultiva de Contratación pronunciouse sobre os requisitos necesarios para a súa tramitación no Informe 40 /1995, do 7 de marzo de 1996:

“A interpretación literal destes conduce á conclusión de que para que un contrato sexa menor basta atender á súa contía e que, respecto a eles só serán exixibles a aprobación do gasto e a incorporación da factura correspondente, sen prexuízo de que no contrato menor de obras se exixa o orzamento e o proxecto, este último cando normas específicas o requiran, debendo significarse a utilización do adverbio “só”equivalente a “unicamente”e a circunstancia de que cando a lei quixo precisar a exixencia doutros requisitos o fixo expresamente co propio artigo 57 para o contrato menor de obras.

Desde o punto de vista dos seus antecedentes resulta ilustrativo que a Lei de contratos das administracións públicas suprimise o contido dos artigos 125. 2, referente ás subministracións menores en que non procede a constitución de fianza, e 89 da Lei de contratos do Estado, referente á factura como substitutiva do documento contractual, en subministracións, co que se demostra que a propia Lei de contratos das administracións públicas considera omnicompreensiva a regulación dos contratos menores contida nos seus artigos 57, 121, 177 e 202, e que os seus requisitos son os únicos exixibles, sen que considere oportuno mencionar expresamente a non exixencia doutros (garantías e documento de formalización) que resulta dos artigos citados por simple exclusión e omisión da súa cita.

Desde o punto de vista finalista ou teleolóxico, a exposición de motivos da Lei de contratos das administracións públicas sinala como un dos seus obxectivos “a simplificación do procedemento xurídico administrativo de contratación”(número 1.

5) e un dos medios para conseguilo “a potenciación dos contratos menores”(número 2. 6), obxectivo e medio que dificilmente se concilian coa exixencia doutros requisitos non establecidos na súa regulación específica para os contratos menores.

Non obstante, non se debe excluír, en principio, a aplicación do artigo 11 da propia lei, en canto establece os principios e os requisitos xerais a que se deben axustar os contratos das administracións públicas. O artigo 11 sinala no seu número 1 que os contratos das administracións públicas se axustarán aos principios de publicidade e concorrência, agás as excepcións establecidas na mesma lei. No número 2 fixa os requisitos xerais para a celebración dos contratos administrativos, agás que expresamente se dispoña outra cousa nela. Pois ben, débese analizar en primeiro lugar o alcance do requisito de exixencia dos principios de publicidade e concorrência nos contratos menores para posteriormente examinar o cumprimento dos requisitos xerais. Respecto da aplicación dos principios de publicidade e concorrência débense determinar, na precisión do número 1, as excepcións establecidas na Lei de contratos das administracións públicas. No contexto xeral da lei podemos sinalar que as únicas excepcións á observancia do principio de publicidade son as contidas respecto dos contratos menores no artigo 57 e na aplicación do procedemento negociado sen publicidade nos termos establecidos nos artigos 74, 79 e 93 para todo tipo de contratos e nos artigos 141, 183 e 211 respecto dos contratos de obras, de subministración e de consultoría e asistencia e de servizos, respectivamente no que afecta o obxecto da consulta. En canto se refire ao principio de concorrência as excepcións resultan do disposto no artigo 57, que non require a concorrência de ofertas, e nos artigos 74. 4 e 141, 183 e 211 cando a adxudicación dos contratos só poida estar referida a unha única empresa mediante o procedemento negociado. En segundo lugar, en canto se refire ao cumprimento dos requisitos especificados no número 2 do artigo 11 debe facer unha especial mención ao carácter destes antes de comentar o alcance da exixencia do seu cumprimento a teor do disposto no artigo 57. Os requisitos correspondentes ás alíneas a) (competencia do órgano de contratación), b) (capacidade do contratista), c) (determinación do obxecto do contrato) e d) (fixación do prezo) débense cumprir necesariamente por seren requisitos sen os cales non se pode celebrar ningún

contrato, nin podería, no referente á determinación do obxecto, coñecer ante que contrato nos encontramos, nin no referente ao prezo, se se trata dun contrato menor. Os requisitos correspondentes ás alíneas e) (existencia de crédito adecuado e suficiente), g) (fiscalización previa dos actos de contido económico) e h) (aprobación do gasto) non son consecuencia da natureza propia do contrato senón do establecido nas correspondentes normas orzamentarias das distintas administracións públicas no proceso de execución do orzamento. Finalmente, os requisitos f) (tramitación de expediente con incorporación dos pregos de cláusulas que rexerán o contrato) e i) (formalización do contrato) son requisitos propios do sistema procedemental dos distintos contratos.

O artigo 57, ao regular os contratos menores, na acción de simplificación do procedemento xurídico da contratación e como medio para potencialos, de entre os requisitos sinalados no artigo 11, só exige o cumprimento expreso de dous deles, sen prexuízo da concorrencia daqueles que resulten imprescindibles para que se poida considerar a existencia dun contrato e dos que resulten das normas orzamentarias específicas aplicables. Así, será exixible, en todo caso, a tramitación do expediente de contratación, ben que queda excluída a incorporación a el dos pregos de cláusulas administrativas particulares e de prescricións técnicas, indicando que nos contratos menores de obras se incorporará ao expediente de contratación o seu orzamento e o proxecto cando normas específicas o requiran, e a aprobación do gasto, que se incorporará a este e requirirá o cumprimento das normas que o regulen, nas cales se exixen, con carácter xeral, a existencia de crédito adecuado e suficiente e, en función da contía, o cumprimento do requisito da fiscalización previa dos actos de contido económico. Por último, exíxese a incorporación ao expediente da factura correspondente que reúna os requisitos regulamentariamente establecidos, requisito que vén exixido pola consecuencia lóxica do disposto no artigo 100 sobre pagamento do prezo e por así resultar da culminación do proceso de execución do gasto.

Como conclusión deste punto débese soste, por tanto, que na Lei de contratos das administracións públicas, os contratos menores só exixen para a súa celebración os

requisitos establecidos no artigo 57, que a súa contía non exceda as sinaladas nos artigos 121, 177 e 202 da propia lei e os resultantes do artigo 11 nos termos que quedaron sinalados. ”

Do exposto, dedúcese que os contratos menores se definen por razón da súa contía e que encontran a súa xustificación na intención por parte do lexislador de regular un procedemento moito menos formalista, máis eficaz e rápido para determinadas contratacións, ao prescindir dos requisitos formais de calquera outro procedemento, tales como a necesidade de publicación, a elaboración de pregos, o establecemento de criterios de adxudicación ou a non necesidade de constitución de garantías¹³. Non obstante, tal como sinala o artigo 122. 3 da LCSP é necesario que o empresario teña capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional correspondente. En consecuencia, sonlle de aplicación as prohibicións de contratar do artigo 49 da LCSP, de tal maneira que no suposto de que incorra nalgunha das prohibicións, unha vez adxudicado o contrato, estará ante unha das causas de nulidade de dereito administrativo do artigo 32. b) da LCSP, producíndose os efectos previstos en materia de declaración de nulidade.

Unha novidade incorporada en materia de contratos menores encontrámola na disposición adicional décimo segunda da LCSP para a subscripción a revistas e outras publicacións, calquera que sexa o seu soporte, así como a contratación do acceso á información contida en bases de datos especializadas, que se poderán efectuar, calquera que sexa a súa contía, sempre que non teñan o carácter de contratos suxeitos a regulación harmonizada, de acordo coas normas establecidas na lei para os contratos menores e con suxeición ás condicións xerais que apliquen os provedores, incluíndo as referidas ás fórmulas de pagamento.

O aboamento do prezo, nestes casos, farase na forma prevista nas condicións que rexan estes contratos, sendo admisible o pagamento con anterioridade á entrega ou realización da prestación, sempre que iso responda aos usos habituais do mercado.

¹³ Informe XCCA 12/02, do 13 de xuño.

Cando estes contratos se celebren por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos, os entes, organismos e entidades do sector público contratantes terán a consideración de consumidores, para os efectos previstos na lexislación de servizos da sociedade da información e comercio electrónico.

IV. PREGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS E DE PRESCRICIÓN TÉCNICAS.

Dentro da epígrafe de pregos de cláusulas administrativas e de prescricións técnicas, a nova LCSP recolle diversos aspectos sobre a aprobación dos pregos de cláusulas administrativas (artigo 98 e artigo 99), os pregos de prescricións técnicas e as regras de establecemento (artigo 100 e artigo 101), as condicións especiais de execución dos contratos (artigo 102) e a información sobre as obrigas relativas á fiscalidade, protección do ambiente, emprego, condicións laborais e condicións de subrogación nos contratos de traballo (artigo 103 e 104).

4. 1. Pregos de cláusulas administrativas xerais.

O artigo 98 da LCSP prevé a elaboración de pregos de cláusulas administrativas xerais por parte das administracións.

A finalidade deste tipo de pregos non é máis que a de uniformar o réxime xurídico da contratación da Administración que a aproba.

Un aspecto polémico na doutrina sobre este tipo de pregos entráñao a súa natureza xurídica. Así, foron diversas as categorías en que se puideron encadrar tales pregos. Por un lado, a de condicións xerais da contratación incluídas nos contratos de adhesión, e por outro lado, a de auténticas normas xurídicas.

A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa tamén tivo oportunidade de se pronunciar sobre a súa natureza xurídica, determinando finalmente que non se

pode falar de verdadeiras normas xurídicas (informes 65/96, do 20 de marzo, e 22/04, do 7 de xuño).

En canto á competencia para aprobar este tipo de pregos, sinala o citado artigo que o Consello de Ministros, por iniciativa dos ministerios interesados, por proposta do ministro de Economía e Facenda, e logo do ditame do Consello de Estado, poderá aprobar pregos de cláusulas administrativas xerais, que se deberán axustar no seu contido aos preceptos desta lei e das súas disposicións de desenvolvemento, para a súa utilización nos contratos que celebren os órganos de contratación da Administración xeral do Estado, os seus organismos autónomos, as entidades xestoras e os servizos comúns da Seguridade Social e demais entidades públicas estatais.

Cando se trate de pregos xerais para a adquisición de bens e servizos relacionados coas tecnoloxías para a información, a proposta ao Consello de Ministros corresponderalles conxuntamente ao ministro de Economía e Facenda e ao ministro de Administracións Públicas.

O número terceiro do artigo 98 refírese tamén a que as comunidades autónomas e as entidades que integran a Administración local poderán aprobar pregos de cláusulas administrativas xerais, de acordo coas súas normas específicas, co ditame previo do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma respectiva, de o haber.

Dentro deste tipo de pregos, aprobados pola Administración estatal, aínda que utilizados en numerosas ocasións pola Administración autonómica e local, ao incorporalos dentro do clausulado dos pregos particulares, podemos destacar os seguintes:

- Decreto 3854/1970, do 31 de decembro, que aproba o prego de cláusulas administrativas xerais para a contratación de obras do Estado.

- Orde do 8 de marzo de 1972 pola que se aproba o prego para a contratación de estudos e servizos técnicos competencia do Ministerio de Obras Públicas e Urbanismo.

- Real decreto do 18 de decembro de 1981 polo que se aproba o prego de cláusulas administrativas xerais para a contratación de subministracións para o Ministerio de Defensa.

4. 2. Pregos de cláusulas administrativas particulares.

Os pregos de cláusulas administrativas particulares constitúen un dos documentos esenciais dentro do expediente de contratación, por canto que conteñen os dereitos e as obrigas das partes, tal como recolle expresamente o número 2 do artigo 99 da nova LCSP. Nos pregos de cláusulas administrativas particulares inclúense os pactos e condicións definidores dos dereitos e obrigas das partes do contrato e as demais mencións requiridas pola lei e as súas normas de desenvolvemento.

Neste aspecto a nova lei non establece ningunha novidade especial en materia de pregos de contratación. Regúlase igualmente o momento de aprobación dos pregos, a necesidade de que emitan informe os correspondentes servizos xurídicos antes da súa aprobación e a posibilidade de aprobar modelos de prego para determinadas categorías de contratos de natureza análoga (o que coa anterior normativa se denominaba pregos tipo).

En relación aos modelos de pregos, anteriormente denominados pregos tipo, a particularidade encóntrase en que non é necesario solicitar de novo informe por parte dos servizos xurídicos, cada vez que se pretenda empregar o dito prego para unha contratación.¹⁴

¹⁴ XCCA Informe 8/01, do 3 de xullo.

Non obstante, tales pregos produciron disfuncións á hora de os utilizar para licitacións de natureza análoga. En reiteradas ocasións confúndese clase de contrato e obxecto de contrato, e utilizaranse pregos tipo para calquera subministración, obras ou servizos aínda a pesar de teren unha natureza e obxecto dispar.

Isto tamén provocou que en moitas ocasións se utilicen pregos tipo trasladando o verdadeiro contido obrigacional do contrato a un cadro de características ou ao propio prego de prescricións técnicas.

A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa (nos seus informes 8/01 e 46/01) sentou o criterio de que o establecemento de modelos tipo de pregos, segundo o anterior TRLCAP (e agora tamén na nova lei) constitúe unha mera posibilidade que se debe referir a contratos que, con reiteración e en número significativo, celebre o órgano de contratación. Por conseguinte, recoméndase a redacción e aprobación de pregos de cláusulas administrativas particulares específicos destinados a rexer aquelas contratacións cando non se dean estas características. A citada doutrina sinalaba o seguinte:

“O establecemento de modelos tipo de pregos, segundo a vixente Lei de contratos das administracións públicas, constitúe unha simple posibilidade que se debe referir a contratos que, con reiteración e en número significativo, celebra o órgano de contratación, producíndose o efecto característico de que o informe preceptivo do Servizo Xurídico se cumpre en relación cos pregos tipo, quedando exentos de tal trámite os correspondentes pregos particulares. En definitiva, constitúen unha facilidade de tramitación que non pretende furtar ao informe do Servizo Xurídico aspectos esenciais do contrato, senón que persegue unha finalidade máis sinxela e procedemental de evitar, por innecesarios, pronunciamentos reiterados do Servizo Xurídico sobre aspectos concretos xa que se os expresa en relación cun prego tipo non ten por que volvelos reiterar en relación cun prego particular.

Isto significa a necesidade de que o prego tipo conteña as determinacións necesarias para os pronunciamentos do Servizo Xurídico e, á vez, que o prego particular non

conteña cláusulas contraditorias ou distintas en aspectos esenciais do contrato, pois, se isto sucedese, produciríase o efecto de que o prego particular, a pesar da existencia de pregos tipo, non quedaría excluído do informe preceptivo do Servizo Xurídico, o que conduce a examinar o posible contido dos pregos tipo en relación cos distintos extremos que se consignan no escrito de consulta, volvendo insistir en que moitas das dificultades interpretativas que se puidesen suscitar quedan resoltas se os pregos tipo se aplican correctamente aos contratos que reiteradamente e en numero elevado celebra o órgano de contratación. ”

Os pregos de cláusulas administrativas particulares deberanse aprobar previamente á autorización do gasto ou conxuntamente con ela, e sempre antes da licitación do contrato, ou de non existir esta, antes da súa adxudicación provisional.

Non obstante, a pesar da obriga recollida na nova lei, sobre a aprobación dos pregos, en termos análogos á anterior normativa, existen diversos supostos en que non resulta necesario a súa aprobación:

- a. Nos supostos de tramitación de emerxencia (artigo 97)
- b. Nos contratos celebrados no estranxeiro (disposición adicional 1ª)
- c. Nos contratos menores (artigo 95)

A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado deberá emitir informe, con carácter previo, de todos os pregos particulares en que se propoña a inclusión de estipulacións contrarias aos correspondentes pregos xerais.

Na Administración xeral do Estado, os seus organismos autónomos, entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social e demais entidades públicas estatais, a aprobación dos pregos e dos modelos requirirá o informe previo do servizo xurídico respectivo. Este informe non será necesario cando o prego de cláusulas administrativas particulares se axuste a un modelo de prego que fose previamente obxecto deste informe.

4. 3. Pregos de prescricións técnicas.

Os artigos 100 e 101 da nova lei dedican o seu contido a regular os pregos de prescricións técnicas e as regras para o seu establecemento, este último precepto constitúe unha das novidades e reproduce o establecido no artigo 23 da Directiva 18/2004, do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos.

Dentro destas regras destaca a de que as especificacións técnicas non poderán mencionar unha fabricación, unha procedencia determinada, nin facer referencia a unha marca, patente, tipo, orixe ou a unha produción coa finalidade de favorecer ou destacar certas empresas ou certos produtos.

Non obstante, tal referencia excepciónase, podendo chegar a incluír unha marca determinada nos pregos de prescricións técnicas -de maneira excepcional-, sempre e cando se xustifiquen no expediente tres requisitos:

- que o exixa o obxecto do contrato,
- que non sexa posible facer unha descrición o bastante precisa e intelixible do obxecto do contrato,
- que a dita mención ou referencia deba ir acompañada da mención “*equivalente*”.

O órgano de contratación aprobará, con anterioridade á autorización do gasto ou conxuntamente con ela, e sempre antes da licitación do contrato, ou de non existir esta, antes da súa adxudicación provisional, os pregos e documentos que conteñan as prescricións técnicas particulares que deban rexer a realización da prestación e definan as súas calidades, de conformidade cos requisitos que para cada contrato establece a lei.

As prescricións técnicas definiranse, na medida do posible, tendo en conta criterios de accesibilidade universal e de deseño para todos, tal como son definidos estes termos na Lei 51/2003, do 2 de decembro, de igualdade de oportunidades, non discriminación e accesibilidade universal das persoas con discapacidade, e, sempre que o obxecto do contrato afecte ou poida afectar o ambiente, aplicando criterios de sustentabilidade e protección ambiental, de acordo coas definicións e principios regulados nos artigos 3 e 4, respectivamente, da Lei 16/2002, do 1 de xullo, de prevención e control integrados da contaminación.

De non ser posible definir as prescricións técnicas tendo en conta criterios de accesibilidade universal e de deseño para todos, deberase motivar suficientemente esta circunstancia.

As prescricións técnicas deberán permitir o acceso en condicións de igualdade dos licitadores, sen que poidan ter por efecto a creación de obstáculos inxustificadas á apertura dos contratos públicos á competencia.

Sen prexuízo das instrucións e regulamentos técnicos nacionais que sexan obrigatorios, as prescricións técnicas poderanse definir dalgunha das seguintes formas:

- a. Facendo referencia, de acordo coa seguinte orde de prelación, a especificacións técnicas contidas en normas nacionais que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidade técnica europeos, a especificacións técnicas comúns, a normas internacionais, a outros sistemas de referencias técnicas elaborados polos organismos europeos de normalización ou, no seu defecto, a normas nacionais, a documentos de idoneidade técnica nacionais ou a especificacións técnicas nacionais en materia de proxecto, cálculo e realización de obras e de posta en funcionamento de produtos, acompañando cada referencia da mención «ou equivalente».

- b. En termos de rendemento ou de exixencias funcionais, incorporando a estas últimas, cando o obxecto do contrato afecte ou poida afectar o ambiente, a previsión de características ambientais. Os parámetros empregados deben ser suficientemente precisos como para permitir a determinación do obxecto do contrato polos licitadores e a súa adxudicación aos órganos de contratación.
- c. En termos de rendemento ou de exixencias funcionais, conforme o indicado na alínea b), facendo referencia, como medio de presunción de conformidade con eles, ás especificacións citadas na alínea a).
- d. Facendo referencia ás especificacións técnicas mencionadas na alínea a), para certas características, e ao rendemento ou ás exixencias funcionais mencionados na alínea b), para outras.

V. CONDICIÓNS ESPECIAIS DE EXECUCIÓN DO CONTRATO.

O artigo 26 da Directiva 18/2004 establece que os poderes adxudicadores poderán exixir condicións especiais en relación coa execución do contrato sempre que estas sexan compatibles co dereito comunitario e se indiquen no anuncio de licitación ou no prego de condicións.

As condicións en que se execute un contrato poderanse referir, en especial, a consideracións de tipo social e ambiental.

De maneira análoga o artigo 102 da nova lei de contratos do sector público reproduce o establecido no dito precepto comunitario.

Os órganos de contratación poderán establecer condicións especiais en relación coa execución do contrato, que se poderán referir, en especial, a consideracións de tipo ambiental ou a consideracións de tipo social, co fin de promover o emprego de persoas con dificultades particulares de inserción no

mercado laboral, eliminar as desigualdades entre o home e a muller no dito mercado, combater o paro, favorecer a formación no lugar de traballo, ou outras finalidades que se establezan con referencia á estratexia coordinada para o emprego, definida no artigo 125 do Tratado constitutivo da Comunidade Europea, ou garantir o respecto aos dereitos laborais básicos ao longo da cadea de produción mediante a exixencia do cumprimento das convencións fundamentais da Organización Internacional do Traballo.

Os pregos ou o contrato poderán establecer penalidades, conforme o previsto no artigo 196. 1, para o caso de incumprimento destas condicións especiais de execución, ou atribuírlles o carácter de obrigas contractuais esenciais para os efectos sinalados no artigo 206. g). Cando o incumprimento destas condicións non se tipifique como causa de resolución do contrato, este poderá ser considerado nos pregos ou no contrato, nos termos que se establezan regulamentariamente, como infracción grave para os efectos establecidos no artigo 49. 2. e).

Para tales efectos, nos pregos de cláusulas administrativas particulares poderase establecer a preferencia na adxudicación dos contratos para as proposicións presentadas por aquelas empresas públicas ou privadas que, no momento de acreditar a súa solvencia técnica, teñan no seu cadro de persoal un número de traballadores con discapacidade superior ao 2 %, sempre que esas proposicións igualem nos seus termos as máis vantaxosas desde o punto de vista dos criterios que sirvan de base para a adxudicación.

Se varias empresas licitadoras das que empataron en canto á proposición máis vantaxosa acreditan ter relación laboral con persoas con discapacidade nunha porcentaxe superior ao 2%, terá preferencia na adxudicación do contrato o licitador que dispoña da maior porcentaxe de traballadores fixos con discapacidade no seu cadro de persoal, sempre que previamente así se recollese no prego.

A lei regula na disposición adicional 6ª unha serie de preferencias na adxudicación de contratos e valora o compromiso formal do licitador de contratar

non menos do 30 % dos seus postos de traballo con persoas pertencentes aos seguintes colectivos:

-Perceptores de rendas mínimas de inserción, ou calquera outra prestación de igual ou similar natureza, segundo a denominación adoptada en cada comunidade autónoma.

-Persoas que non poidan acceder ás prestacións a que se fai referencia no parágrafo anterior, por falta do período exixido de residencia ou empadramento, ou para a constitución da unidade perceptora, ou por ter esgotado o período máximo de percepción legalmente establecido.

-Persoas maiores de dezaioito anos e menores de trinta, procedentes de institucións de protección de menores.

-Persoas con problemas de drogadicción ou alcoholismo que se encontren en procesos de rehabilitación ou reinserción social.

-Internos de centros penitenciarios cuxa situación penitenciaria lles permita acceder a un emprego, así como liberados condicionais e ex-reclusos.

-Persoas con discapacidade.

Na mesma forma e condicións poderase establecer tal preferencia na adxudicación dos contratos relativos a prestacións de carácter social ou asistencial para as proposicións presentadas por entidades sen ánimo de lucro, con personalidade xurídica, sempre que a súa finalidade ou actividade teña relación directa co obxecto do contrato, segundo resulte dos seus respectivos estatutos ou regras fundacionais e figuren inscritas no correspondente rexistro oficial.

Os órganos de contratación poderán sinalar nos pregos de cláusulas administrativas particulares a preferencia na adxudicación dos contratos que teñan

como obxecto produtos en que exista alternativa de comercio xusto para as proposicións presentadas por aquelas entidades recoñecidas como organizacións de comercio xusto, sempre que as devanditas proposicións igualem nos seus termos as máis vantaxosas desde o punto de vista dos criterios que sirvan de base para a adxudicación.

VI. INFORMACIÓN SOBRE AS OBRIGAS RELATIVAS Á FISCALIDADE, PROTECCIÓN DO AMBIENTE, EMPREGO, CONDICIÓN LABORAIS E CONDICIÓN DE SUBROGACIÓN DOS CONTRATOS.

Por último os artigos 103 e 104 da LCSP recollen determinadas obrigas por parte dos órganos de contratación de sinalar nos pregos, o organismo ou organismos dos cales os candidatos ou licitadores poidan obter a información pertinente sobre as obrigas relativas á fiscalidade, á protección do ambiente, e ás disposicións vixentes en materia de protección do emprego, condicións de traballo e prevención de riscos laborais, que serán aplicables aos traballos efectuados na obra ou aos servizos prestados durante a execución do contrato. E a información sobre as condicións dos contratos dos traballadores a que afecte a subrogación que resulte necesaria para permitir a avaliación dos custos laborais.

Ambos os preceptos reproducen o disposto no artigo 25 e no artigo 27 da directiva comunitaria, que prevé a necesidade de consignar no prego ou na documentación complementaria tal información.

**VII. NORMAS ESPECIAIS PARA A PREPARACIÓN DE
DETERMINADOS CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS E
PREPARACIÓN DOS CONTRATOS CELEBRADOS POR PODERES
ADXUDICADORES QUE NON TEÑAN O CARÁCTER DE
ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS E DE CONTRATOS SUBVENCIONADOS.**

Quixemos, en último lugar, facer referencia a un conxunto de normas que regulan as actuacións preparatorias de certos contratos polas administracións públicas que ademais de se lles aplicaren as normas xerais de preparación, presentan particularidades á hora de elaborar o expediente de contratación. Trátase dos seguintes contratos:

- a. Contrato de obras (artigos 105 a 111).
- b. Contrato de concesión de obra pública (artigos 112 a 115).
- c. Contrato de xestión de servizos públicos (artigos 116 a 117).
- d. Contrato de colaboración entre o sector público e o privado (artigos 118 a 121).

En relación ao contrato de obras exíxese, ademais, a redacción do proxecto de obras que requirirá a elaboración, supervisión (artigo 109), aprobación e implantación previas deste (artigo 110) que definirá con precisión o obxecto do contrato (artigo 105 e 106). A lei analiza o contido mínimo de tales proxectos (artigo 107).

Analiza no seu artigo 108 os supostos de contratación conxunta de elaboración do proxecto e de execución das obras e no artigo 111 o contido dos pregos de contratos de obra con aboamento total do prezo.

En materia de actuacións preparatorias do contrato de concesión de obra pública recolle, no artigo 112, a necesidade de elaborar un estudo de viabilidade e o seu contido mínimo, así como tamén, a posibilidade, en función da complexidade da obra e do grao de definición das súas características, de poder acordar a redacción do

correspondente anteproxecto de construción e explotación da obra (artigo 113). Detállase o contido dos pregos de cláusulas administrativas particulares que vaian rexer o contrato de concesión de obra pública (artigo 115).

En materia de preparación do contrato de xestión de servizos públicos e do contrato de colaboración público-privada, os artigos 116 a 120 regulan as particularidades de tales contratos, destacando deste último, pola súa novidade, a necesidade de elaborar un documento de avaliación da complexidade do contrato (artigo 118), un programa funcional (artigo 119) e o contido mínimo do contrato (artigo 120).

Finalmente, en canto ás regras aplicables á preparación dos contratos celebrados por poderes adxudicadores que non teñan o carácter de administracións públicas e de contratos subvencionados, chama a atención que a nova lei dedique un único precepto á súa regulación (artigo 121).

O citado precepto distingue, por un lado, as actuacións preparatorias:

- a. Dos contratos celebrados suxeitos a regulación harmonizada ou que sexan contratos de servizos comprendidos nas categorías 17 a 27 do anexo II de contía igual ou superior a 211. 000 euros, así como nos contratos subvencionados a que se refire o artigo 17.
- b. E dos contratos distintos aos mencionados na alínea anterior de contía superior a 50. 000 €.

Para os primeiros, como regras expresas de preparación sinala que se deberán observar as regras establecidas no artigo 101 para a definición e establecemento de prescricións técnicas, sendo igualmente de aplicación o previsto nos artigos 102 a104.

Así mesmo, fai mención da posibilidade de acudir para estes contratos á tramitación de urxencia, cos efectos correspondentes da redución de prazos. Para tal efecto sinala que, se a celebración do contrato é necesaria para atender unha necesidade inaprazable ou se resulta preciso acelerar a adxudicación por razóns de interese público, o órgano de contratación poderá declarar urxente a súa tramitación, motivándoo debidamente na documentación preparatoria.

Para os segundos, a lei sinala de maneira expresa que deberán elaborar un prego, no cal se establezan as características básicas do contrato, o réxime de admisión de variantes, as modalidades de recepción das ofertas, os criterios de adxudicación e as garantías que deberán constituír, de ser o caso, os licitadores ou o adxudicatario, sendo de aplicación, así mesmo, o disposto no artigo 104. Estes pregos serán parte integrante do contrato.

Chama tamén a atención que a lei expresamente exixa a elaboración de pregos para contratos inferiores aos limiares comunitarios e superiores a 50. 000 euros, pero que non faga ningunha referencia a eles nos contratos suxeitos a regulación harmonizada, polo que entendemos que, a pesar de tal omisión, en tales supostos, e con maior razón, deberase elaborar o correspondente prego de condicións.

Por outra parte tamén nos encontramos para estes entes que son poderes adxudicadores e que non teñen o carácter de Administración pública co suposto de non se exixir a elaboración dun prego para aqueles contratos inferiores a 50. 000 € e superiores ás contías dos contratos menores, que en cambio, si se require para as administracións públicas.

BIBLIOGRAFÍA.

CEPEDA MORRA, Javier, YAÑEZ DÍAZ, Carlos. (Coords), *Comentarios a la legislación de contratos del sector público.*, Valencia :Tirant lo Blanch 2008.

DOMINGUEZ OLIVERA, Rafael. (Dir.), *Contratos del sector público, legislación e informes*. Madrid :Ministerio de Economía y Hacienda. Febrero 2008.

ESCRIHUELA MORALES, F. J. . *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y servicios*. Madrid: La Ley 2007.

JIMENEZ APARICIO, EMILIO. (Coord.), *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas*, Navarra: Aranzadi 2002.

MORENO MOLINA, J. A. . *La nueva Ley de contratos del sector público*. Madrid: La Ley 2007.

A ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS: SELECCIÓN DE CONTRATISTAS, ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS E FORMALIZACIÓN.

ISABEL TORRALBA MENA

Letrada da Xunta de Galicia.

A Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, dedica o seu **libro III** á "selección do contratista e adxudicación dos contratos"(arts. 122 a 191), e organízase en dous títulos diferentes:

- Título I.- Adxudicación dos contratos.
- Título II.- Racionalización técnica da contratación.

O título I, que contén as normas sobre adxudicación dos contratos, estrutúrase por razón dos seus destinatarios dentro do sector público, de acordo co esquema inicialmente adoptado pola lei no seu título preliminar: así, consta dun primeiro capítulo relativo á adxudicación dos contratos das AA.PP. e un segundo sobre a adxudicación doutros contratos do sector público. Simplificando moito, as regras aplicables ás AA.PP. (cap. I) constitúen a referencia empregada pola lei no seu segundo capítulo II, de maneira que o réxime de adxudicación dos contratos do resto do sector público que non é Administración segue este esquema básico:

Poderes adxudicadores	Contratos harmonizados: mesmas regras que as AA.PP., con certas particularidades (174 LCSP).
	Contratos non harmonizados: de acordo coas súas instrucións internas, respectando sempre os principios comunitarios de contratación (175 LCSP).
Entes, organismos e entidades do sector público que non son poderes adxudicadores	Instrucións internas, que respectarán sempre os principios comunitarios de contratación (176 LCSP).
Contratos subvencionados (17 LCSP)	Igual que os contratos harmonizados dos poderes adxudicadores: mesmas regras que as AA.PP., con certas particularidades (177 LCSP).

Finalmente, o título II pecha este libro cunha serie de regras dirixidas á racionalización técnica da contratación, a través dos acordos marco, os sistemas dinámicos de adquisición e as centrais de contratación.

ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

A nova lei introduce diversas novidades nesta materia cun dobre obxecto: por un lado, adaptar a nosa regulación en materia de contratación pública ao dereito comunitario e, por outro, racionalizar e simplificar a xestión contractual. Entre estas novidades pódese destacar a introdución dun novo procedemento de adxudicación, o diálogo competitivo, pensado para contratos de gran complexidade, e o fomento da utilización de medios

electrónicos, informáticos e telemáticos na contratación, a través do trámite de poxa electrónica ou premiando a súa utilización con reducións nos prazos. Unha das novidades máis rechamantes, aínda que non por iso a máis importante, é a supresión dos tradicionais termos "poxa" e "concurso" co obxecto de lograr, como sinala a exposición de motivos da lei, a interoperabilidade cos sistemas europeos de contratación. Agora ben, esta novidade non ten máis alcance que o terminolóxico pois estas formas de adxudicación subsisten cun nome diferente, distinguíndose agora entre procedementos de adxudicación cun único criterio, que sempre será o prezo máis baixo -o equivalente á tradicional poxa-, e os procedementos de adxudicación con pluralidade de criterios -ata agora chamados "concurso"- . Por último, cabe salientar igualmente a introdución da adxudicación provisional como trámite previo á adxudicación definitiva (art. 134 LCSP).

Por outra banda, convén ter presente que as normas do capítulo I, do título I, do libro III (Adxudicación dos contratos das AA.PP.) son consideradas básicas pola DD 7ª da LCSP, exceptuando o segundo parágrafo do artigo 136.3 (relativo ás ofertas con valores anormais ou desproporcionados) e, curiosamente, o artigo 140 (sobre formalización dos contratos); curiosamente por canto o artigo 28, que si é básico, remite a este artigo 140 para a formalización dos contratos das AA.PP.

1. - NORMAS BÁSICAS

A lei, ao regular a adxudicación dos contratos das AA.PP., toma dous puntos de partida sobre os que constrúe o seu sistema:

a) Delimitación xeral dos procedementos de adxudicación e as súas regras de utilización (art. 122 LCSP), que responde ao seguinte esquema básico:

Procedemento aberto	Regra xeral
Procedemento restrinxido	

Procedemento negociado	Supostos legalmente taxados: (arts. 154 a 159: negociado) (art. 164: diálogo competitivo)
Diálogo competitivo	
Contratos menores	* <u>Contratos de obras</u> : importe inferior a 50.000 euros. * <u>Demais contratos</u> : importe inferior a 18.000 euros.
Concursos de proxectos	Especialidade dos contratos de servizos.

(As contías sinaladas como límite para os contratos menores non inclúen o IVE, de acordo co artigo 76 da lei).

b) Determinación dos principios básicos en materia de contratación: os principios de igualdade, transparencia e confidencialidade.

A LCSP reconece de forma nova na nosa lexislación contractual o **principio de confidencialidade**, máis alá do que ata agora se establecía no artigo 12 do Regulamento da Lei de contratos das administracións públicas (RD 1098/2001, do 12 de outubro). Deste xeito, tanto a través do artigo 124 LCSP, como de certas regras en materia de publicidade e de comunicación de información dentro do procedemento de adxudicación, inténtase adaptar o noso dereito á normativa comunitaria, que atribúe máxima importancia á confidencialidade, protexéndoa, mesmo, como un dereito fundamental recollido no artigo 41 da Carta dos dereitos fundamentais da UE (do 7.12.2000).

O **principio de transparencia**, pola súa banda, tradúcese nunha serie de obrigas de publicidade e de subministración de información acerca do procedemento de licitación que, redundan igualmente, na consecución do **principio de igualdade e non discriminación** de licitadores e candidatos. Estas obrigas, expostas dende un punto de vista cronolóxico, concrétanse, basicamente, no seguinte:

- Con carácter **previo** ao procedemento de adxudicación:
 - O anuncio previo (potestativo) (125 LCSP).
 - O anuncio da licitación (obrigatorio) (126 LCSP).

- **Durante** a tramitación do procedemento:
 - a) Suposto de renuncia á celebración do contrato polo órgano de contratación ou de reinicio do procedemento tras unha desistencia do procedemento de adxudicación pola Administración (art. 139):
 - Notificación aos candidatos ou licitadores.
 - Información á Comisión Europea desta decisión cando o contrato sexa anunciado no «Diario Oficial de la Unión Europea».
 - b) En relación coa adxudicación provisional (arts. 135 e 137):
 - Notificación a candidatos ou licitadores da adxudicación provisional e publicación desta no perfil do contratante ou nun diario oficial (art. 135.3 en relación co artigo 42.2).
 - Posibilidade de proporcionar aos interesados que o soliciten información sobre os motivos que xustifiquen a adxudicación provisional.

- Á **finalización** do procedemento de adxudicación, e en relación coa adxudicación definitiva:
 - Notificación da adxudicación definitiva aos candidatos ou licitadores (art. 137 LCSP).
 - Publicidade da adxudicación definitiva de todos os contratos -salvo contratos menores- no perfil de contratante e, se é o caso, nos diarios oficiais en que proceda (art. 138).

O 137.2, aplicable tanto á adxudicación provisional coma á definitiva, permite subtraer certa información a candidatos e licitadores cando así o exixa o interese público ou o imponha o principio de confidencialidade. Sobre a relación entre o principio de confidencialidade e o de transparencia resulta especialmente interesante a sentenza do

Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Terceira), do 14 de febreiro de 2008, asunto C-450/06 (procedemento entre Varec SA e o Estado belga, coa participación de Diehl Remscheid GmbH & co).

2. - LICITACIÓN: NORMAS COMÚNS A TODOS OS PROCEDEMENTOS

A lei regula a continuación unha serie de aspectos comúns a todos os procedementos de adxudicación dos contratos, que se refiren ás seguintes cuestións:

- Normas xerais da licitación.
- Selección do adxudicatario.
- Obrigas de información sobre o resultado do procedemento e
- Formalización do contrato.

Centrarémonos nas dúas primeiras, tendo en conta que xa fixemos referencia ás obrigas de información dentro das obrigas vinculadas ao principio de transparencia e que a formalización é a última epígrafe deste artigo.

A. - NORMAS XERAIS EN MATERIA DE LICITACIÓN

A lei regula os prazos para presentar as proposicións e solicitudes de participación así como a documentación que deben presentar os interesados, tanto a acreditativa do cumprimento dos requisitos previos como ás propias proposicións, sen introducir grandes novidades.

É especialmente destacable a regulación do trámite de poxa electrónica dirixido á mellora das proposicións, ben en relación co prezo ben respecto de valores dos elementos da oferta que sexan cuantificables e susceptibles de seren expresados en cifras ou porcentaxes. Este trámite, que reforza a confianza dos licitadores na transparencia do procedemento, artículase como un proceso iterativo que se produce tras unha primeira avaliación completa das ofertas, e está baseado nun dispositivo electrónico que permite a clasificación destas melloras por métodos automáticos de avaliación. Poderase empregar nos procedementos abertos e restrinxidos así como nos negociados do suposto 154.a) (isto é, aqueles que se

sigan por seren as proposicións ou ofertas económicas dos procedementos previos irregulares ou inaceptables), pero só cando as especificacións do contrato se poidan establecer de xeito preciso e as prestacións que constitúen o seu obxecto non teñan carácter intelectual. Como límite xeral, prohíbese recorrer a este trámite de forma abusiva ou de modo que se obstaculice, restrinxa ou falsee a competencia ou que se vexa modificado o obxecto do contrato. Deberase ter en conta, en calquera caso, o previsto na disposición adicional 19ª en relación co uso de medios electrónicos, informáticos e telemáticos nos procedementos regulados na lei.

Finalmente, en canto a estas normas xerais de licitación, a lei elimina a distinción entre variantes e melloras, que se converten en sinónimos, recollendo na súa regulación o artigo 24 da Directiva 2004/18, e, por outra parte, refírese á sucesión no procedemento (art. 133) en termos que logo reitera ao regular a modificación do contrato no artigo 202.4.

B.- SELECCIÓN DO ADXUDICATARIO

As regras contidas nos artigos 134 a 136 aplícanse a todos os procedementos de adxudicación dos contratos, fixando como regra básica e fundamental en materia de selección do contratista a adxudicación do contrato á oferta economicamente máis vantaxosa (art. 134.1 LCSP).

Criterios de adxudicación

Para determinar cal é esa oferta máis vantaxosa clasifícanse todas as presentadas mediante a aplicación dos criterios de valoración das ofertas sinalados no prego ou no documento descritivo (caso do diálogo competitivo).

A lei fai unha enumeración non pechada dos criterios de valoración que, en calquera caso e de acordo coa normativa comunitaria, deben estar directamente vinculados co obxecto do contrato. Resulta especialmente destacable a expresa referencia, dentro destes criterios de valoración, a características ambientais así como a características vinculadas coa

satisfacción de exixencias sociais propias das categorías de poboación, especialmente desfavorecidas, ás cales pertencen os usuarios ou beneficiarios das prestacións que se van contratar. Agora ben, subliñando a necesaria vinculación entre os criterios de adxudicación e o obxecto do contrato, a lei impón un límite a ambos os dous criterios: non se poderá utilizar como criterio calquera referencia ambiental ou social senón que será indispensable en ambos os dous casos que estas referencias veñan determinadas por necesidades ou exixencias definidas nas especificacións do contrato.

A propia lei proporciona exemplos de criterios ambientais na alínea h) do artigo 134.3, ao se referir a contratos cuxa execución poida ter un impacto significativo no medio, e que sempre consisten en condicións ambientais mensurables (o menor impacto ambiental, o aforro e o uso eficiente da auga e a enerxía e dos materiais, o custo ambiental do ciclo de vida, os procedementos e métodos de produción ecolóxicos, a xeración e a xestión de residuos ou o uso de materiais reciclados ou reutilizados ou o uso de materiais ecolóxicos). Non recolle, non obstante, ningún exemplo de criterio social, aínda que si permite coñecer certos supostos que non teñen este carácter, como os recollidos nas disposicións adicionais sexta (contratación con empresas que teñan no seu equipo persoas con minusvalidez ou en situación de exclusión social e con entidades sen ánimo de lucro, como criterio de desempate de ofertas) e sétima (contratos reservados). En relación coa DA 6ª débese ter en conta para Galicia a aplicación preferente da Lei 2/2007, do 28 de marzo, de traballo en igualdade das mulleres, que fixa como criterio preferente de selección entre varias ofertas que reúnan a condición de oferta economicamente máis vantaxosa a implantación de plans de igualdade ou a obtención da Marca Galega de Excelencia en Igualdade (artigos 11 e 19 da Lei 2/2007). Esta preferencia vai máis alá da establecida na lei estatal pois operará aínda que nada se indicase ao respecto no prego. Polo demais, a empresa que resulte adxudicataria por razón destes parámetros de igualdade estará obrigada a mantelos durante toda a execución do contrato, o que enlaza coa posibilidade prevista na lei estatal de imponer penalidades ou mesmo a resolución do contrato nos casos de incumprimento ou cumprimento defectuoso de características fixadas como criterios de adxudicación (134.6 LCSP).

Polo demais, poderase utilizar un único criterio de adxudicación, que sempre será o prezo máis baixo, ou varios (como nos supostos sinalados no artigo 134.3). Cando se tome en consideración máis dun criterio, deberase precisar a ponderación relativa atribuída a cada un deles, e se, por razóns debidamente xustificadas, non fose posible, enumeraranse por orde decrecente de importancia.

A lei atribúe preponderancia aos criterios avaliábeis automaticamente por aplicación de fórmulas fronte aos criterios que dependen de xuízos subxectivos de valor (nótese o suposto antes citado do artigo 134.3.h), que se refire a criterios ambientais mensurables). Parte así dunha desconfianza cara á Administración adxudicadora que chega ao seu extremo máis alto ao impoñer para os procedementos abertos ou restrinxidos en que primen criterios que dependan de xuízos de valor a necesaria intervención dun comité de expertos ou dun organismo técnico especializado cuxo informe, por outra parte, vinculará o órgano competente para formular a proposta de adxudicación provisional (arts. 144.1 e 152).

Como regra xeral, aplicable a todos os procedementos en que primen criterios a valoración dos cales dependa dun xuízo de valor, avaliaranse primeiro estes criterios cuxa cuantificación dependa dun xuízo de valor e deixarase constancia documental diso, e valoraranse, a continuación, os criterios cuantificables mediante a mera aplicación de fórmulas.

Adxudicación provisional e adxudicación definitiva

A aplicación das regras anteriores permitirá obter unha clasificación das proposicións presentadas por orde decrecente; clasificación de acordo coa cal se adxudicará provisionalmente o contrato á oferta economicamente máis vantaxosa.

É neste momento cando entra en xogo a apreciación de ofertas con valores anormais ou desproporcionados (expresión que substitúe na nova lei as ata agora chamadas "baixas

temerarias"). O procedemento e as regras para a apreciación da súa existencia son semellantes aos da regulación anterior, aínda que agora o momento de apreciación varía e se vincula co da adxudicación provisional (véxase a dicción literal dos artigos 135.2 e 136.4). Por outra banda, recóllese expresamente o suposto de ofertas anormalmente baixas por recibir o licitador unha axuda do Estado; neste caso, a acreditación do licitador irá dirixida a probar que a axuda se concedeu con pleno respecto á normativa comunitaria, sancionándose a falta ou insuficiencia da xustificación co rexeitamento da oferta e mesmo, se o contrato é harmonizado, coa comunicación á Comisión Europea.

A adxudicación provisional deberá ser motivada e comunicarse a licitadores ou candidatos nos termos xa vistos (artigos 135.3 e 137). Cabe recordar que é susceptible de recurso especial en materia de contratación nos supostos do artigo 37 LCSP, o que leva consigo, dende un punto de vista práctico, a posibilidade de suspender a tramitación do expediente de contratación ata que se resolva expresamente o recurso.

Só antes de que se produza a devandita adxudicación provisional se poderá aplicar o disposto no artigo 139 sobre renuncia á celebración do contrato e desistencia do procedemento de adxudicación pola Administración.

Finalmente, a adxudicación provisional elevarase a definitiva nun prazo non inferior a 15 días hábiles (nótese que este é un dos supostos que se aparta da regra xeral da disposición adicional 15ª en materia de cómputo de prazos na lei).

3. - PROCEDIMENTOS DE ADXUDICACIÓN.

Como xa sinalabamos ao principio, a lei determina os procedementos de adxudicación e as regras básicas para a súa utilización no artigo 122, e configura os procedementos aberto e restrinxido como os procedementos de adxudicación básicos a que recorrer de ordinario.

A. - PROCEDEMENTO ABERTO

O procedemento aberto regúlase nos artigos 141 a 144 da LCSP. A regulación deste procedemento de adxudicación é moi semellante á establecida na normativa anterior, caracterizándose por estar aberto a todo empresario interesado e por excluír toda posibilidade de negociación.

A lei regula os prazos para presentar as proposicións, distinguindo segundo sexa o contrato harmonizado ou non, e premiando con reducións nos devanditos prazos a utilización de medios electrónicos, informáticos ou telemáticos. O procedemento implica os seguintes trámites, basicamente:

- Cualificación da documentación acreditativa do cumprimento dos requisitos previos.
- Apertura e exame das proposicións.
- Adxudicación provisional.
- Adxudicación definitiva.

En canto á apertura da documentación é importante subliñar que o texto legal só impón que a oferta económica se abra en acto público, o que permite que a oferta técnica se poida abrir en acto non público. Se a este precepto (art. 144) lle unimos as regras do artigo 134 en relación cos criterios de adxudicación, atopáronos co seguinte iter nos supostos de procedemento aberto con pluralidade de criterios de adxudicación (se entre estes atopamos tanto os que dependen dun xuízo de valor como os que se valoran automaticamente, mediante fórmulas): 1) apertura e exame da documentación xeral; 2) apertura da documentación técnica avaliable mediante criterios que dependan de xuízos de valor e constancia documental da valoración desta documentación técnica; 3) apertura en acto público da oferta económica xunto con aqueles aspectos da oferta que sexan avaliables de xeito automático; 4) valoración destes últimos aspectos e proposta de adxudicación provisional.

Finalmente, a lei refírese aos prazos para realizar a adxudicación provisional, en función de que exista un único criterio (15 días) ou unha pluralidade deles (2 meses), permitindo a súa ampliación nos supostos en que existan ofertas con valores anormais ou desproporcionados.

B.- PROCEDIMENTO RESTRINXIDO

Este procedemento regúlase nos artigos 146 a 152 LCSP. Na diferenza do procedemento aberto, caracterízase por estar só aberto a empresarios previamente seleccionados polo órgano de contratación por razón da súa solvencia, logo de solicitude deles. Por outra parte, o mesmo que o aberto, exclúe toda negociación e artículase como procedemento de utilización ordinaria. Ademais, o procedemento restrinxido remite ao disposto nos artigos 144 e 145 para a adxudicación do procedemento aberto. A normativa céntrase, polo tanto, na selección dos candidatos, para o que establece os seguintes trámites:

- Presentación de solicitudes (os prazos fíxanse en función do carácter harmonizado ou non harmonizado do contrato).
- Selección dos solicitantes (nun número non inferior a cinco).
- Convite aos candidatos seleccionados a presentar as súas proposicións (para o que fixa de novo prazos en función de que o contrato sexa ou non harmonizado).

É importante subliñar que os criterios para seleccionar os candidatos serán criterios obxectivos de solvencia, non discriminatorios e previamente fixados, debendo constar no anuncio de licitación.

Xunto con estes dous procedementos, aberto e restrinxido, a lei considera o procedemento negociado e o diálogo competitivo, que só se poderán utilizar nos supostos sinalados na normativa.

C. - PROCEDIMIENTO NEGOCIADO

O procedemento negociado regúlase nos artigos 153 a 162, e caracterízase pola posibilidade de negociar as condicións do contrato cos licitadores.

A lei regula os supostos de aplicación deste procedemento, establecendo os casos comúns a todos os contratos para despois concretar respecto de cada tipo de contrato (obras, xestión de servizos públicos e de servizos). Os supostos coinciden en xeral cos ata agora recollidos na normativa de contratos, salvo a regulación da adxudicación de obras complementarias e os casos de negociado por razón da contía, pois estas elévanse notablemente como se pode ver no seguinte cadro:

Regra xeral: valor considerado inferior a 100.000 euros.
C. obras: valor considerado inferior a 1 millón de euros.
C. xestión de servizos públicos: orzamento de gastos de primeiro establecemento inferior a 500.000 euros + duración inferior a 5 anos.

Polo que se refire á tramitación do procedemento, distínguese entre procedemento negociado con publicidade e sen ela, dando lugar a un procedemento básico (o negociado sen publicidade) e unha variante deste (negociado con publicidade), que implica engadir unha primeira fase de selección de candidatos a participar na licitación aplicando as mesmas regras previstas para o efecto no procedemento restrinxido (aínda que neste caso o número mínimo de licitadores seleccionados será tres e non cinco).

En canto aos supostos de procedemento negociado que requiren publicidade, a lei distingue determinados supostos que a exixen por razón da materia xunto con outros que o son por

razón da contía. En canto aos primeiros, cabe destacar a posibilidade de eludir o trámite da publicación do anuncio nos supostos de negociado por presentación de ofertas irregulares ou inaceptables nos procedementos antecedentes, sempre e cando se chame a todos os licitadores que presentasen ofertas conforme os requisitos formais exixidos. Polo que respecta aos segundos, os supostos de negociado con publicidade por razón da contía son os seguintes:

C. obras	Valor considerado superior a 200.000 euros
Resto de contratos	Valor considerado superior a 60.000 euros.

En canto ao procedemento negociado básico, caracterízase, en calquera caso, por implicar unha negociación cos licitadores co fin de adxudicar o contrato á oferta economicamente máis vantaxosa de acordo cos criterios de adxudicación fixados para o efecto (nótese que o artigo 134 figura entre as regras xerais e é aplicable ao procedemento negociado).

Finalmente, cabe salientar que a lei non fai referencia aos prazos para efectuar a adxudicación provisional, polo que se poderán aplicar por analoxía os previstos para o procedemento aberto e restrinxido ou ben, mesmo, fixar uns prazos distintos, sempre que sexan razoables.

4. - DIÁLOGO COMPETITIVO

Este procedemento é unha das novidades da lei. Regúlase nos artigos 163 a 167 e está pensado, como sinala a exposición de motivos (punto IV.3), para contratos *de gran complexidade en que a definición final do seu obxecto só se pode obter a través da interacción entre o órgano de contratación e os licitadores.*

Son contratos particularmente complexos os contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado, que se adxudicarán como regra xeral por este procedemento (salvo o suposto do art. 154.a), así como aqueles respecto dos cales o órgano de contratación non se atope obxectivamente capacitado para definir:

- os medios técnicos aptos para satisfacer as súas necesidades ou obxectivos,
- ou para determinar a cobertura xurídica ou financeira dun proxecto.

Configúrase como un procedemento subsidiario, ao cal só se poderá acudir cando o contrato non se poida adxudicar vía procedemento aberto ou restrinxido.

A substitución dos pregos de cláusulas administrativas e de prescricións técnicas polo documento descritivo (art. 93.3) é unha das características deste procedemento. A lei regula de xeito especial as actuacións preparatorias para os contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado, que implican a elaboración dun documento de avaliación, en que se deberá xustificar tanto a complexidade do contrato como a procedencia deste procedemento de adxudicación, así como un programa funcional, que conterá os elementos básicos do diálogo cos contratistas e que se incluírá no documento descritivo do contrato (arts. 118 e 119). É importante destacar que neste documento descritivo deberán figurar xa os criterios de adxudicación do contrato, o que introduce unha dificultade engadida a este procedemento por canto nesta fase aínda non se determinaron as solucións que servirán de punto de partida para a presentación das ofertas polos candidatos.

Por outra banda, o órgano de contratación verase asistido neste procedemento por unha mesa especial formada, polo menos nun terzo, por persoas especialmente cualificadas na materia sobre a que verase o diálogo (art. 296).

En canto á súa tramitación, o procedemento de diálogo competitivo implica unha primeira fase de selección dos candidatos mediante a aplicación das regras previstas para o efecto

no procedemento restrinxido. Unha vez seleccionados os candidatos serán convidados a tomar parte no diálogo, no cal se concretarán os medios axeitados para satisfacer as necesidades da Administración. Cando se determinen estas solucións, os candidatos presentarán as súas ofertas, que se valorarán de acordo cos criterios xa previstos, e adxudicarase o contrato á oferta economicamente máis vantaxosa de acordo coas regras comúns a todos os procedementos de adxudicación.

5. - CONCURSOS DE PROXECTOS

Por último, dentro dos procedementos de adxudicación, cómpre facer referencia a esta modalidade de contratación de servizos, que se caracteriza por estar encamiñada á obtención de planos e proxectos, principalmente nos ámbitos da arquitectura, o urbanismo, a enxeñaría e o procesamento de datos, a través dunha selección que se encomenda a un xurado tras a convocatoria da correspondente licitación, con ou sen asignación de primas (art. 163; artigo 1.11.e da Directiva 2004/18). A propia lei remite ás normas reguladoras da contratación de servizos en todo o non previsto expresamente.

A característica fundamental dos concursos de proxectos está constituída polo exame que un xurado independente realiza das propostas anónimas dos licitadores. Este xurado régulase nos artigos 172 e 298, de acordo cos cales a mesa de contratación se constituirá en xurado, que deberá ser independente e experto na materia de que se trate, para o que se establecen normas específicas en relación coa súa composición (polo menos un terzo dos seus membros deberá reunir a cualificación exixida para participar no concurso ou outra equivalente).

Unha vez que o xurado emita o ditame, no cal se incorporará a clasificación das ofertas, o órgano de contratación adxudicará o contrato.

Cabe concluír este punto sinalando que a nova regulación non difire moito da anterior por canto recolle a normativa comunitaria que xa se aplicaba para suplir as deficiencias do

artigo 216 da LCAP, que resultaba incompleto en moitos aspectos (como, por exemplo, a composición do xurado).

6. – FORMALIZACIÓN DOS CONTRATOS

Nesta materia a lei distingue a regulación formal do documento de formalización do contrato e o contido mínimo que debe ter o devandito documento.

Polo que se refire ao contido mínimo dos contratos, o artigo 26 (básico) regula o contido mínimo do contrato e establece unha serie de mencións mínimas así como a imposibilidade de incluír estipulacións que se aparten dos pregos, ou daqueles aspectos en que estes quedasen concretados quer pola proposición do adxudicatario quer no acto de adxudicación do contrato, de acordo co actuado no procedemento. Nótese, por outra parte, que o artigo 120 contén regras especiais en canto ao contido deste documento de formalización nos supostos de contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado

En canto aos aspectos formais da formalización do contrato, cabe destacar que o artigo 140 da LCSP, único relativo á adxudicación do contrato no libro III, é non básico. Non obstante, debe terse en conta o artigo 28 (básico), que prohíbe a contratación verbal, como regra xeral, e que no seu punto segundo se remite, para a formalización dos contratos de todas as administracións públicas, ao artigo 140 (esta remisión dun precepto básico a outro non básico é unha mostra de certas incorreccións técnicas que se aprecian na nova LCSP).

Así, o contrato deberase formalizar, como regra xeral, en documento administrativo, no prazo de 10 días hábiles dende a notificación da adxudicación definitiva, prohibíndose o inicio da execución do contrato sen a súa previa formalización (salvo os supostos de tramitación urxente e de emerxencia).

A lei considera as consecuencias para a falta de formalización do contrato, segundo sexa esta imputable ao contratista ou á Administración, admitindo como consecuencia común, a posible resolución do contrato. Como consecuencia específica nos supostos en que a non formalización sexa imputable ao contratista recóllese a incautación pola Administración da garantía provisional, mentres que para o segundo caso se establece o dereito do contratista á indemnización dos danos e perdas que a demora lle puider ocasionar.

Finalmente, en relación coa formalización dos contratos menores (art. 95), a tramitación do expediente só exixirá a aprobación do gasto e a incorporación da factura correspondente (máis o orzamento de obras, en caso de contrato menor de obras).

EFFECTOS DOS CONTRATOS. PRERROGATIVAS DA ADMINISTRACIÓN E GARANTÍAS DO CONTRATISTA NO DESENVOLVEMENTO DO CONTRATO. EXECUCIÓN E MODIFICACIÓN DOS CONTRATOS. O RÉXIME DE PAGAMENTOS.

MIGUEL PÉREZ MÁIZ

Letrado da Xunta de Galicia

I. EFFECTOS DOS CONTRATOS

O artigo 192 da Lei de contratos do sector público (en diante, LCSP), en consonancia co 19. 2, establece que os efectos dos contratos administrativos se rexerán pola propia LCSP, polas restantes normas de dereito administrativo e, supletoriamente, de dereito privado, e polos pregos de cláusulas administrativas e de prescricións técnicas, xerais e particulares; no sentido anterior, a propia Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Administración Xeral do Estado (en diante, XCCAAXE) e a xurisprudencia do Tribunal Supremo consideran os pregos como lei do contrato, unha vez adxudicado. Por ser obxecto de tratamento noutro dos módulos desta obra e para non incorrer en reiteracións, non abundaremos no sistema de fontes que establece o artigo 19. 2.

O artigo 193 aborda a execución do contrato e establece que os contratos se cumprirán atendendo ás súas cláusulas, sen prexuízo das prerrogativas de que goza a Administración nesa fase. O anterior supón a plasmación no eido da contratación pública do principio sentado no artigo 1. 091 do Código civil, segundo o cal os contratos deben cumprirse atendendo ao seu teor, e as obrigas que deles nacen teñen forza de lei entre as partes; é dicir, as partes no contrato están obrigadas a cumprilo na forma explicitada nas súas cláusulas (sen prexuízo de que sexa precisa a interpretación do contrato que, na diferenza do que sucede na contratación civil, na administrativa é prerrogativa da

Administración), e a todas as consecuencias que sexan conformes a boa fe, o uso e a lei¹. O anterior pon de relevo a cuestión de se a vinculación das partes ao contido contractual é ilimitada, é dicir, se existen límites á autonomía da vontade, ao cal responde o artigo 25. 1 da LCSP en similares termos aos do 1. 255 do Código civil, sinalando como límite á liberdade de pactos o respecto ao interese público, ao ordenamento xurídico e aos principios da boa administración. Como establece o artigo 27 da LCSP a perfección do contrato prodúcese pola adxudicación definitiva, porén, non se poderá executar ata a súa formalización (agás nas excepcións previstas nos artigos 96 e 97), que terá lugar na forma prevista no artigo 140.

II. PRERROGATIVAS DA ADMINISTRACIÓN E GARANTÍAS DO CONTRATISTA NO DESENVOLVEMENTO DO CONTRATO.

A actuación da Administración pública nos distintos eidos en que teña competencia debe perseguir a satisfacción do interese público; é precisamente ese interese público o que xustifica en sede da contratación administrativa a creba do principio de igualdade das partes que preside a configuración dos contratos civís, mediante a consagración das prerrogativas da Administración, que enumera o artigo 194 da LCSP. Este sinala que dentro dos límites e con suxeición aos requisitos e efectos recollidos na LCSP, o órgano de contratación ten a prerrogativa de interpretar os contratos administrativos, resolver as dúbidas que ofrezca o seu cumprimento, modificalos por razóns de interese público, acordar a súa resolución e determinar os efectos desta. Estas prerrogativas da Administración xorden unicamente na fase de execución do contrato, sen que, en ningún caso, poidan resultar aplicables ás fases de preparación e formalización².

¹ Informe 2/1996, do 7 de marzo, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Administración Xeral do Estado.

² A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 9 de xullo de 2001 sinala que “é evidente que as prerrogativas de interpretación, modificación e resolución que neste precepto se conceden veñen referidas aos contratos administrativos xa perfeccionados, perfeccionamento que segundo consolidada xurisprudencia se produce no momento da adxudicación definitiva do contrato (sentenzas do 5 de xullo de 1985 e do 14 de marzo de 1988, entre outras), e non é de aplicación ás incidencias que poidan xurdir durante

Cabe sinalar unha serie de consideracións sobre estas prerrogativas: 1) ao constituíren privilexios da Administración con base na procura do interese público, deben interpretarse restritivamente, de xeito que deben estar especificamente previstas na lei e deben concorrer os orzamentos que determina esta para o seu exercicio; 2) son indispoñibles para as partes, é dicir, por acordo das partes non é posible a alteración da titularidade desas potestades; 3) é preciso que a Administración motive as decisións que poidan afectar os dereitos do contratista, que este sexa oído (en caso de oposición, establécese como preceptivo o ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente) e, se é o caso, lle sexan reparados os prexuízos que o exercicio da prerrogativa lle xere; e 4) as potestades de dirección, interpretación e modificación non poden significar que a validez e o cumprimento do contrato queden ao seu arbitrio, por prohibilo expresamente o artigo 1. 256 do Código civil³.

Ás anteriores prerrogativas, que emanan directamente do texto do artigo 194 LCSP, habería que engadir a de dirección e inspección, que se prevé no artigo 94 do Regulamento da Lei de contratos das administracións públicas, segundo o cal a execución dos contratos se desenvolverá, sen prexuízo das obrigas que corresponden ao contratista, baixo a dirección, inspección e control do órgano de contratación, que poderá ditar instrucións oportunas para o fiel cumprimento do convido; no prego establecerase o modo en que se exercerá tal potestade. En conexión co anterior, o artigo 95 do Regulamento prevé a posibilidade de que o órgano de contrato exixa a adopción de medidas concretas ao contratista para, ante actos ou omisións que perturben ou comprometan a boa marcha do contrato, restablecer ou conseguir a boa orde na execución.

- Interpretación dos contratos.

Mediante esta prerrogativa, a Administración pode, en caso de dúbida sobre o seu alcance, determinar o verdadeiro sentido e contido das cláusulas do contrato; isto non supón que a Administración poida decidir libremente cal é o alcance do pactado, senón que asegura unha decisión que provisionalmente permita continuar a obra, servizo ou

as actuacións preparatorias do contrato, que teñen lugar con carácter previo á súa adxudicación e conseguinte perfeccionamento”.

³ Sentenza do Tribunal Supremo do 30 de abril de 1977.

subministración contratado sen interrupcións prexudiciais para o interese xeral. Así, determinados pronunciamentos do Tribunal Supremo sinalan a presunción de autenticidade na interpretación dada pola Administración, que se deberá aceptar mentres non se acredite a súa equivocación; porén, a xurisprudencia máis recente entende que, no exercicio desta potestade de interpretación, se deberán aplicar as regras que para a interpretación dos contratos se conteñen nos artigos 1. 281 e seguintes do Código civil⁴.

Evidentemente, non nos atopamos ante unha prerrogativa que deixe ao arbitrio da Administración o establecemento do contido das cláusulas do contrato, senón que debe ser entendida desde unha perspectiva restritiva e, en todo caso, é susceptible de revisión xudicial.

- Modificación dos contratos.

A Administración pode, a través desta prerrogativa, e sempre que exista interese público que a lexitime para iso, alterar os termos do contrato⁵. Este *ius variandi* ou potestade para a modificación unilateral do contrato deberá exercerse atendendo aos límites e requisitos establecidos na lei: para a súa utilización é necesaria a existencia dun interese público na modificación, que esta se deba a necesidades novas ou causas imprevistas que se deberán xustificar no expediente e que a modificación non afecte as condicións esenciais do contrato.

⁴ O Tribunal Supremo sinala na súa Sentenza do 8 de outubro de 1999 que “non pode prevalecer a invocación da potestade de interpretación unilateral dos contratos, de que goza a Administración (. . .), pois tal facultade non ten outro alcance que evitar o prexuízo para o interese público que se seguiría da interrupción da prestación do servizo público en canto se aclaran as dúbidas, e non se traduce en regras interpretativas distintas das que, con carácter xeral, se establecen nos artigos 1. 281 e seguintes, en relación co artigo 3, todos do Código civil, para os contratos, ás cales, en todo caso, se debe axustar o exercicio desa potestade interpretativa”. Neste senso, é especialmente interesante a aplicación do previsto no artigo 1. 288 do Código civil, para a interpretación das cláusulas escuras; sinala a Sentenza do Tribunal Supremo do 3 de febreiro de 2003 que “é manifesto que os contratos administrativos son contratos de adhesión, nos cales a Administración é quen redacta as cláusulas correspondentes, polo que, conforme o previsto no artigo 1. 288 do Código civil, a interpretación das cláusulas escuras non debe favorecer a parte que ocasionase a escuridade”

⁵ A Sentenza do Tribunal Supremo do 28 de xullo de 1987 sinala o *ius variandi* (. . .), é dicir, o poder da Administración de modificación unilateral do contrato, é unha das máis trascendentais características do contrato administrativo, en canto imbrica un apartamento do principio básico que en materia contractual é o de *pacta sunt servanda*. Derivada tal potestade das inexorables e indispoñibles exixencias do interese público, debe ter como contrapartida necesaria, en garantía do contratista, a compensación adecuada para o mantemento do equilibrio financeiro.

O *ius variandi* permite adaptar os contratos ás necesidades públicas e, por tanto, o interese público é o presuposto habilitador e o límite da modificación⁶. A necesidade dun interese público para a modificación do contrato dificulta a posibilidade de que o contratista sexa o que inste a Administración sobre a necesidade da modificación, e mesmo condiciona a posibilidade de modificación bilateral.

Os conceptos de necesidades novas ou causas imprevistas deberán interpretarse con carácter restritivo, e, así, non se pode utilizar a modificación do contrato para paliar unha falta de programación e estudo previo do contido do contrato⁷. O Consello de Estado considera necesidades novas as que xorden con posterioridade á perfección do contrato, e causas imprevistas as que podendo ser tidas en conta non o foron na preparación ou adxudicación do contrato.

Os principios de libre concorrencia e boa fe supoñen límites a esa posibilidade de modificación, e, en tal sentido, a XCCAAXE sinala que, subscrito o contrato, a oferta do adxudicatario en canto prezo e demais condicións non pode ser alterada por vía de modificación consensuada; non se pode esquecer, ao abordar unha modificación do contrato, o exame da esencialidade da condición⁸, desde o punto de vista de se licitadores distintos do adxudicatario poderían ter modificado as súas proposicións de coñeceren a modificación proposta; de ser a resposta a tal cuestión afirmativa, a modificación afectaría condicións esenciais, e por tanto transgrediría a configuración legal da prerrogativa, ou o

⁶ Sinala a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo na súa Sentenza do 29 de maio de 1995 que o *ius variandi* (. . .) constitúe un poder para adaptar os contratos ás necesidades públicas, co fin de que se constrúa a obra que demanda o interese público, ou sexa, a súa correcta execución que é o sentido finalista que xustifica toda a especialidade das normas reguladoras desta singular materia dos contratos administrativos, en que o interese xeral é o que debe prevalecer en todo caso”.

⁷ O Consello de Estado sinala no seu ditame nº 1375/93, do 9 de decembro, “a Administración só poderá acordar modificacións nos proxectos de obras cando sexan consecuencia de necesidades novas ou de causas técnicas imprevistas ao elaborar o proxecto, circunstancias que deberán estar debidamente xustificadas. Certamente, nin as “circunstancias novas”poden servir de xustificación para chegar a modificar mesmo o propio obxecto do contrato, nin “as causas técnicas imprevistas”hai que confundilas con simples imprevisións técnicas”.

⁸ O Consello de Estado, no seu ditame nº 53. 392, do 28 de novembro de 1991, establece “a lei recoñécelle á Administración o poder de modificación unilateral condo concorren razóns de interese público. Esa facultade de modificación, pola súa propia natureza, está limitada no seu exercicio (. . .) polo feito de non alterarse substancialmente nin o obxecto nin as condicións esenciais do contrato”.

que é o mesmo, a modificación do contrato non poderá implicar unha alteración substancial das condicións iniciais da licitación⁹.

- Resolución do contrato.

Segundo o artigo 194 da LCSP, a Administración pode acordar a resolución do contrato e determinar os seus efectos. Habilítase, por tanto, a Administración para extinguir o contrato anticipadamente, sen esperar ao seu cumprimento; porén, esta prerrogativa non permite á Administración resolver arbitrariamente o contrato, senón que deberá concorrer causa de resolución das previstas na lei, no prego ou no contrato, e estas causas poderán ser reflexo do incumprimento da outra parte ou da perda de interese da Administración no contrato (é dicir, a mutación do interese público que deu lugar á licitación). Dado que a análise da resolución dos contratos é obxecto do módulo seguinte, remitímonos a este para evitar reiteracións.

Establece tamén o devandito artigo que a Administración pode determinar os efectos da resolución, que dependerán necesariamente da natureza da causa motivadora da resolución, e así fixaranse a liquidación do contrato e a indemnización de danos e perdas a favor do contratista ou da Administración, segundo a quen sexa imputable a causa.

- Procedemento para o exercicio das prerrogativas da Administración.

O artigo 195 dispón unha serie de requisitos procedementais para o exercicio das prerrogativas do artigo 194, interpretación, modificación e resolución: 1) deberase dar audiencia ao contratista; 2) na Administración xeral do Estado¹⁰ e nos seus organismos

⁹ O Consello de Estado sinala no seu ditame 1497/1993, do 28 de decembro, “só excepcionalmente se debe acudir á ulterior modificación obxectiva do contrato, pois do contrario prácticas desta natureza poden encubrir unha verdadeira alteración da vontade administrativa respecto ao tipo de obras que se deberían executar, e constituír un proxecto novo que exixiría un novo expediente de contratación”.

¹⁰ Na Administración autonómica galega, cabe preguntarse se é exixible tal informe dos servizos xurídicos, da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia, neste tipo de expedientes. O devandito artigo non ten carácter básico; a existencia de informe pola Asesoría Xurídica nesta materia, en ausencia de normativa autonómica en materia de contratación, establécese a Resolución do 31 de marzo de 1999, pola que se ordena a publicación do Acordo do Consello da Xunta de Galicia do 18 de marzo de 1999, no que se lle dá aplicación á previsión do artigo 97 da Lei 11/1992, do 7 de outubro, de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, respecto do exercicio da fiscalización limitada previa; este acordo establece que na fiscalización dos expedientes relativos a contratos de obra en que se pretenda a realización de obra nova, de modificados, de pagamento de xuros de demora e de indemnizacións a prol do contratista deberá estar incluído informe da Asesoría Xurídica.

autónomos e entidades públicas estatais, así como nas entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social, someterase o proxecto de acordo a informe do servizo xurídico correspondente (que será preceptivo, pero non vinculante), salvo nos casos dos artigos 87 e 197 (falta de constitución da garantía ou resolución por demora); 3) deberase solicitar informe do Consello de Estado¹¹ ou órgano consultivo equivalente das comunidades autónomas¹² cando neses procedementos o contratista formule oposición ou nas modificacións de contía que illada ou conxuntamente supere o 20% do prezo primitivo do contrato e este sexa superior a seis millóns de euros; 4) os acordos do órgano de contratación en exercicios desas prerrogativas porán fin á vía administrativa, serán inmediatamente executivos e directamente impugnables xudicialmente.

III. EXECUCIÓN E MODIFICACIÓN DOS CONTRATOS.

- Execución en prazo

O contratista deberá cumprir o contrato non só no prazo total fixado para a súa realización, senón tamén nos prazos parciais sinalados para a súa execución sucesiva. De non axustarse a estes prazos, o contratista incorrerá en mora, e segundo establece o artigo 196, para quedar constituído nesa situación xurídica non é necesaria intimación previa por parte da Administración contratante (separándose, polo tanto, do que establece con carácter xeral a regulación civil, que no artigo 1. 100 do Código civil require existencia polo acreedor para que o debedor incorra en mora).

A lei establece diferentes consecuencias segundo o incumprimento do prazo sexa ou non imputable ao contratista. No primeiro dos casos, de incumprirse o prazo total, a

¹¹ Aínda que sentenzas do Tribunal Supremo como a do 16 de maio de 1996 consideraban vicio de anulabilidade a omisión do informe do Consello de Estado, a xurisprudencia posterior entendeuno como vicio de nulidade de pleno dereito, porque “o pronunciamento deste alto órgano consultivo, que pode estenderse tanto a extremos de legalidade como de oportunidade, pode xerar puntos de vista non recollidos que mesmo incidan en matizar ou variar a decisión que tome a Administración ou, se é o caso, o que en definitiva resolva a xurisdición contencioso-administrativa”(Sentenza do 16 de xullo de 2002). No mesmo senso apunta o Ditame do Consello de Estado 188/1. 994, do 24 de febreiro.

¹² Segundo a Sentenza do Tribunal Supremo do 7 de novembro de 1995, a intervención do Consello de Estado só se produce en ausencia dun órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma.

Administración poderá optar entre a resolución do contrato ou a imposición de penalidades diarias en proporción de 0,20 € por cada 1. 000 do prezo do contrato (ou as penalidades que o órgano de contratación prevexa no prego de cláusulas administrativas particulares en atención ás especiais características do contrato); de optar pola resolución, obviamente deberá ser oído o contratista, e de mostrar a súa oposición, será preciso o ditame do Consello de Estado ou órgano equivalente da comunidade autónoma; de preferirse a imposición de penalidades, será preciso acordo do órgano de contratación adoptado por proposta, se é o caso, do responsable do contrato, sendo inmediatamente executivo e facéndose efectivas mediante a dedución das cantidades que en concepto de pagamento se deban aboar ao contratista ou sobre a garantía; cada vez que as penalidades por demora acaden un múltiplo do 5% do prezo do contrato, o órgano de contratación estará facultado para optar novamente entre resolución do contrato ou continuidade da execución con imposición de penalidades. Se o que se incumpre por causa imputable ao contratista é, en lugar do prazo total, un dos prazos parciais, o órgano de contratación poderá exercer tamén tal opción cando se establecese no prego de cláusulas administrativas ou cando a demora faga presumir razoablemente a imposibilidade de cumprir o prazo total.

Se o incumprimento do prazo non é debido a causa imputable ao contratista, cando este ofrezca cumprir os seus compromisos dándolle prórroga do tempo sinalado no seu momento, a Administración concederalle un prazo que sexa, polo menos, igual ao tempo perdido, agás que o contratista pedise outro menor. O artigo 100 do Regulamento de contratos aprobado polo Real decreto 1998/2001 fixa o prazo para a solicitude de prórroga polo contratista en 15 días desde que se produza a causa orixinaria da demora.

- Execución defectuosa e falta de execución

No caso de cumprimento defectuoso da prestación obxecto de contrato ou de incumprimento dos compromisos ou das condicións especiais de execución establecidas de conformidade cos artigos 53. 2 e 102. 1, poderán imporse as penalidades que, se é o caso, se establezan no prego ou no contrato, que deberán ser proporcionais á gravidade do incumprimento e a súa contía non poderá superar o 10% do orzamento do contrato.

Ante a falta de execución polo contratista por causa imputable a el, o artigo 206 da LCSP sinala que o incumprimento das obrigas esenciais do contrato dará lugar á resolución e, en conexión co 208. 2, á indemnización polo contratista á Administración dos danos e perdas ocasionados; dado que o incumprimento é obxecto de desenvolvemento no capítulo seguinte, remitímonos a este, aínda que debemos engadir neste punto a previsión do 196. 7 para os supostos de incumprimento de execución parcial das prestacións parciais definidas no contrato, caso para o que se establece a posibilidade de opción polo órgano de contratación entre resolución do contrato ou imposición das penalidades que, para ese suposto, determine o prego.

O procedemento para a resolución e a imposición de penalidades nestes casos é común ao xa exposto para os casos de incumprimento dos prazos.

Sinala o profesor Escrihuela Morales que as excepcións de incumprimento contractual e cumprimento defectuosos (*exceptio non adimpleti contractus* e *exceptio non rite adimpleti contractus*) están recollidas de xeito tácito en determinados preceptos da LCSP, entre outros no 196, que establece a facultade da Administración para opoñer a falta de execución do contrato ou execución defectuosa á reclamación de pagamento efectuada polo contratista, ou no 200. 5, que prevé a oposición polo contratista fronte á Administración que exixa a continuación do contrato cando esta se atrase no pagamento por prazo superior a catro meses.

- Risco e ventura do contratista

O artigo 199 establece que a execución do contrato se realizará a risco e ventura do contratista, sen prexuízo do establecido para casos de forza maior no contrato de obras no artigo 214, e do pactado nas cláusulas de repartición do risco incluídas nos contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado. Este principio supón a translación do risco ao contratista, facendo soportar ao contratista, con carácter xeral, as circunstancias sobrevidas durante a execución do contrato. O artigo 193 sinala que os contratos se cumprirán con suxeición ás súas cláusulas, e isto implica que aínda que a realidade varíe durante a execución determinando un réxime máis gravoso para o contratista, este deberá soportalo.

Pero este principio é susceptible de matizacións; o propio artigo 199 sinala xa o suposto da forza maior nos contratos de obras e a cláusula de repartición de risco; o artigo 225 contén tamén determinadas previsións para o contrato de concesión de obra pública. Pero á marxe destas, existen unha serie de situacións en que cede o principio xeral a favor do mantemento do equilibrio económico do contrato, partindo do criterio fundamental de manter a continuidade da prestación dos servizos públicos; estas son, principalmente, o exercicio pola Administración do *ius variandi*, a adopción por esta de medidas xerais que incidan sobre o contrato facéndoo máis gravoso ao contratista (*factum principis*) e o produción de feitos alleos ás partes no contrato que produzan importantes desequilibrios económicos neste (risco imprevisible)¹³.

O exercicio do *ius variandi*, como xa vimos, está suxeito a límites, que serían a concorrencia de interese público na modificación, a verificación de necesidades novas ou causas imprevistas e a non afectación das condicións esenciais do contrato. Se o órgano de

¹³ Afirma a Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 2 decembro de 1988 que "cando non se sostén «a honesta equivalencia entre o que se dá ao concesionario e o que se lle exige», para evitar o abandono da concesión ou a deterioración do servizo, será preciso restablecer o equilibrio financeiro da concesión. Con iso a concepción da rixidez do contrato -ou do prego de condicións- foi substituída pola da flexibilidade do contrato. É ademais unha exigencia da lealdade e boa fe que deben inspirar con especial intensidade as relacións de colaboración entre a Administración e o concesionario (. . .) En definitiva, o interese público da continuidade do servizo prevalece sobre a doutrina clásica da inalterabilidade do contrato". O Consello de Estado, no seu ditame 59/1993, do 11 de febreiro, sinala "non é viable xuridicamente configurar o dito principio de risco e ventura con tal amplitude que ampare calquera actuación da Administración contratante, eximíndoa de responsabilidade e, correlativamente, impondo ao contratista o deber de soportar -sen ser compensado- calquera actuación da Administración". A sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 13 novembro 1986 reconece que "nos contratos administrativos de xestión de servizos públicos, en especial nos que adoptan a modalidade de «concesión» (en virtude da cal o empresario-concesionario xestiona o servizo ao seu risco e ventura), a maior onerosidade sobrevida, ben resulte dunha modificación do obxecto mesmo do contrato imposto unilateralmente pola Administración (*ius variandi*) ou dunha decisión desta producida fóra do ámbito contractual propiamente dito (*factum principis*) ou ben proveña de acontecementos imprevistos e imprevisibles no momento de subscribir o contrato, debe ser compartida pola Administración contratante, asumindo, parcialmente, co concesionario, o risco e a ventura da explotación (é dicir, as consecuencias, que poidan derivar dos eventos, inicialmente excluídos da concesión en canto alleos á construción da ecuación inherente a ela), mediante unha repartición equitativa dos prexuízos ou unha indemnización total ou parcial dos detrimentos, co fin de, seguindo o principio de «rixidez do servizo público e flexibilidade do contrato», manter o equilibrio financeiro deste último e evitar o colapso total que por impotencia económica progresiva do contratista, sufriría o servizo concedido e o interese público a el anexo".

contratación exerce esta prerrogativa e, como consecuencia do anterior, se desequilibra a ecuación económica do contrato, deberase compensar o contratista¹⁴.

Pola súa banda, o *factum principis* refírese a aqueles supostos en que unha decisión da Administración producida fóra do ámbito contractual propiamente dito, xera a necesidade de manter o equilibrio económico do contrato. Segundo o Consello de Estado, trataríase de intervencións administrativas de tipo xeral non exclusivamente referibles a un contrato, senón nacidas do poder xeral de *imperium*, que implican un cambio nas condicións externas da execución do contrato¹⁵.

Por último, a doutrina do risco imprevisible, que diverxe das anteriores en que o desequilibrio económico non xorde, nin directa nin indirectamente, de actos da Administración, senón de situacións imprevistas ou imprevisibles no momento da formalización do contrato alleos á conduta das partes. Isto alteraría de xeito tan substancial as condicións de execución do contrato, que o feito de acometer a prestación pactada polo contratista tornaríase excesivamente oneroso para este¹⁶.

- Indemnización dos danos e perdas provocados.

¹⁴ Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 15 de xuño de 1999.

¹⁵ Resulta moi ilustrativo o sinalado polo Consello de Estado no seu ditame nº 31/1992, do 13 de febreiro.

¹⁶ A Sentenza do Tribunal Supremo do 9 de decembro de 2003 afirma que a doutrina do risco imprevisible, conectada á da cláusula *rebus sic stantibus*, exige que, como consecuencia da aparición dun risco que non puido ser previsto ao tempo de celebrarse o contrato, se alteren substancialmente as condicións da súa execución, de maneira que a prestación pactada resulte moito máis onerosa para unha das partes do que inicialmente se puiden prever, o que permite a rescisión do contrato ou, se é o caso, a indemnización dese maior custo, que non debe ser asumido pola parte a quen o suceso ou acontecemento imprevisible prexudicou. A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 25 abril de 1986 indica "o equilibrio financeiro en calquera concesión é unha formula excepcional que debe coordinarse co principio de risco e ventura co obxecto de impedir que esa excepcionalidade se converta nunha garantía ordinaria dos intereses do concesionario, polo que, a do 24 de abril de 1985 -con cita das do 2 de xullo de 1873 e 25 de marzo de 1915- considerou necesario deixar a cargo deste o que se chamou o alea normal do contrato, é dicir, a perda ou o beneficio que se puidese prever normalmente, xa que un seguro total que garanta ao concesionario de todos os riscos eventuais da empresa e os traslade á Administración na súa integridade viría a restablecer un desequilibrio, que, para a do 17 de marzo de 1980, suporía desvirtuar a esencia mesma da concesión, que entraña, pola súa propia natureza, a asunción normal dos riscos por parte do concesionario (. . .) a compensación debida ao concesionario debe ir dirixida ao mantemento do servizo mediante a distribución proporcional e razoable das perdas entre ambos os dous contratantes, de modo que a contía da compensación non sexa tan escasa que a faga ineficaz para impedir a ruína da concesión nin tan excesiva que desprace o risco normal da empresa á Administración concedente, impondo a esta un auténtico seguro de beneficios mínimos ou un resarcimento de todos os prexuízos sufridos".

Cando a execución do contrato xere danos ou perdas a terceiros, será obriga do contratista indemnizalos; prevense dúas excepcións a esta regra: 1) que os danos fosen consecuencia inmediata e directa de orde da Administración, caso en que esta será responsable dentro dos límites sinalados nas leis; e 2) cando os danos proveñan de vicios en proxectos elaborados pola propia Administración en casos de contratos de obras ou de subministracións de fabricación.

Prevé o artigo 196 que a reclamación dos danos se formulará conforme o procedemento establecido na lexislación aplicable a cada suposto, establecendo que dentro do ano seguinte á produción do feito, o terceiro titular do ben xurídico que sufriu o dano poderá requirir previamente o órgano de contratación para que, logo de audiencia do contratista, se pronuncie sobre se a responsabilidade dos danos corresponde ao contratista ou á Administración; o exercicio desta facultade interrompe o prazo de prescrición da acción.

- Modificación dos contratos

Como xa sinalamos, a Administración ten a prerrogativa de modificar unilateralmente os contratos por razóns de interese público. Facendo nosas as verbas do Tribunal Supremo, o *ius variandi* constitúe o poder para adaptar os contratos ás necesidades públicas, partindo de que o interese xeral debe prevalecer en todo caso, xustificando a potestade da Administración para promover adaptacións do obxecto pactado para conseguir a satisfacción de tal interese. O artigo 202 explicita os requisitos anteriores, ao dispor que unha vez perfeccionado o contrato, o órgano de contratación só poderá introducir modificacións nel por razóns de interese público e para atender causas imprevistas, debendo xustificar tal necesidade no expediente e sen poder alterar as condicións esenciais do contrato. A posibilidade de que o contrato sexa modificado e as condicións en que se poderá producir a modificación deberán recollerse nos pregos e no contrato; é evidente que, dado que se exige unha motivación en causas imprevistas, a previsión da posibilidade de modificación nos pregos deberá ser xenérica.

As modificacións do contrato deberanse formalizar en documento administrativo, dentro do prazo de dez días hábiles contados desde o seguinte ao da notificación da

modificación. Ata a elaboración do novo regulamento, parece aplicable o procedemento que o artigo 102 do Regulamento aprobado polo Real decreto 1098/2001 establece para a modificación contractual: “Cando sexa necesario introducir algunha modificación no contrato, redactarase a oportuna proposta integrada polos documentos que xustifiquen, describan e valoren aquela. A aprobación polo órgano de contratación requirirá a audiencia previa do contratista e a fiscalización do gasto correspondente”; non se pode esquecer que o artigo 195 exige, ademais, informe do servizo xurídico correspondente na Administración xeral do Estado (que será preceptivo, pero non vinculante), salvo nos casos dos artigos 87 e 197, e informe do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente das comunidades autónomas cando se formule oposición polo contratista ou nas modificacións de contía que illada ou conxuntamente supere o 20% do prezo primitivo do contrato e este sexa superior a seis millóns de euros¹⁷.

Engade o artigo 202 que non terán consideración de modificación as ampliacións do obxecto que non se poidan integrar no proxecto inicial mediante unha corrección del ou que consistan na realización dunha prestación susceptible de utilización ou aproveitamento independente ou dirixida a satisfacer finalidades novas non recollidas na documentación preparatoria do contrato; neses casos, deberase contratar de xeito separado, e poderase aplicar o réxime previsto para a contratación de prestacións complementarias¹⁸, de concorreren as circunstancias previstas na lei.

Por ser obxecto de tratamento noutros capítulos desta obra, limitámonos a sinalar aquí a existencia de normas especiais para a modificación de cada un dos tipos de contratos, así, o artigo 217 para o contrato de obras, o artigo 258 para o contrato de xestión de servizos públicos, o artigo 272 para o contrato de subministración e o artigo 282 para o contrato de servizos.

¹⁷ Este 20 % é o límite das modificacións que teñen carácter obrigatorio para o contratista, pero como sinala o Consello de Estado, no seu ditame 923/2001, do 21 de xuño, a Administración pode modificar o contrato en canto á súa extensión sen suxeición a límites, xa que o interese público prima sobre calquera outra consideración.

¹⁸ O Consello de Estado nos seus ditames 1254/1993, do 21 de outubro, e 454/1992, do 2 de abril, aborda as diferenzas entre obras complementarias e modificacións; neste último ditame sinala “son criterios aplicables para a distinción entre unha e outra a posibilidade de utilización separada das obras novas, a súa necesidade en relación co proxecto inicial e coas dificultades técnicas de adxudicación e execución independentes”.

- Suspensión dos contratos.

O artigo 203 da LCSP aborda a suspensión do contrato, aínda que se debe entender referida á suspensión da súa execución. A suspensión do contrato pode ter lugar por acordo do órgano de contratación, enténdese que por concorrencia de interese público nela, ou por aplicación do previsto no artigo 200 (demora no pagamento superior a catro meses); nestes casos redactarase unha acta con mención das circunstancias que deron lugar á suspensión e á situación de feito na execución do contrato; o artigo 103 do Regulamento sinala que se redactará acta no prazo de dous días hábiles desde que se acorde a suspensión, e que será asinada por un responsable do órgano de contratación e polo contratista. Acordada a suspensión, a Administración aboará ao contratista os danos e perdas efectivamente sufridos por este. Ante a suspensión, e cando se estenda a determinado tempo (oito meses no contrato de obras, un ano no de subministración ou servizos), o contratista poderá pedir a resolución do contrato.

O previsto polo artigo 203 é evidentemente unha suspensión por causas non imputables ao contratista; de concorrer causa imputable a este, acordaríase a suspensión como medida provisional no expediente de resolución do contrato, para evitar prexuízos de difícil ou imposible reparación.

IV. O RÉXIME DE PAGAMENTOS.

Establece o artigo 75 que nos contratos do sector público, a retribución do contratista consistirá nun prezo certo que se deberá expresar en euros (pódese establecer que a totalidade ou parte do prezo se satisfaga noutra divisa), aínda que cando así o prevexa a lei poderá facerse mediante entrega doutras contraprestacións. Polo tanto, a obriga fundamental da Administración no contrato é o pagamento do prezo; porén, en determinados contratos, sinaladamente nalgúns de xestión de servizos públicos, é o adxudicatario quen ten a obriga de pagar un canon á Administración pola explotación.

Segundo o artigo 200, o contratista terá dereito ao aboamento da prestación realizada nos termos establecidos na LCSP e no contrato, atendendo ao prezo convidado. Cumprida a prestación polo contratista, xorde o dereito ao prezo, aínda que para que este se faga efectivo, será necesaria a recepción formal e a conformidade pola Administración e a correspondente liquidación. O pagamento poderá facerse de xeito total ou parcial, mediante aboamentos á conta ou, no caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pagamento en cada un dos vencementos estipulados; o que non se permite é o pagamento aprazado, por resultar obxecto de prohibición expresa polo artigo 75. 7 agás nos contratos de arrendamento financeiro, arrendamento con opción de compra ou autorización expresa pola lei. O contratista terá tamén dereito a percibir aboamentos á conta polo importe das operacións preparatorias da execución do contrato e que estean comprendidas no obxecto deste, nas condicións sinaladas nos pregos, debendo asegurarse os referidos pagamentos mediante a prestación de garantía.

A Administración terá a obriga de aboar o prezo dentro dos sesenta días (ou outro inferior que establezan as comunidades autónomas) seguintes á data de expedición das certificacións de obras ou dos correspondentes documentos acreditativos da realización total ou parcial do contrato (que deberán emitirse no prazo dun mes desde a entrega ou realización do obxecto do contrato ou no prazo que determinen os pregos), sen prexuízo do prazo especial establecido no artigo 205. 4; cando non proceda a expedición de certificación de obra e a data de recibo da factura ou solicitude de pagamento equivalente ofrezca dúbidas ou sexa anterior á recepción das mercadorías ou á prestación dos servizos, o prazo de sesenta días contarase desde a dita data de recepción ou prestación. O artigo 205. 4 sinala que no prazo dun mes desde que se redacte acta de recepción, deberá acordarse e notificarse a liquidación do contrato e aboárselle o saldo resultante; sinalase como excepción a isto, o réxime do contrato de obras, no cal no prazo de tres meses desde a recepción, o órgano de contratación deberá aprobar a certificación final das obras executadas, que será aboada ao contratista á conta da liquidación do contrato.

Transcorrido o devandito prazo de sesenta días sen facer efectivo o pagamento¹⁹, a Administración deberá aboar os xuros de demora e a indemnización polos custos de cobramento nos termos previstos na Lei 3/2004 (de medidas de loita contra a morosidade nas operacións comerciais); os xuros devénganse de xeito automático, sen necesidade de intimación polo acreedor; o mesmo se prevé para o transcurso do prazo do artigo 205. 4 sen aboamento do saldo. Os xuros liquidaranse con suxeición ao tipo establecido no contrato ou, no seu defecto, ao tipo legal sinalado polo artigo 7 da Lei 3/2004, que incrementa en sete puntos o tipo aplicado polo Banco Central Europeo á súa máis recente operación principal de financiamento efectuada antes do primeiro día do semestre natural (que será publicado semestralmente no BOE polo Ministerio de Economía e Facenda); a indemnización polos custos de cobramento aboarase salvo que a causa da demora non sexa imputable á Administración, e calcularase atendendo aos custos debidamente acreditados ata un máximo do 15 % da contía da débeda (aínda que, se a débeda non acada os 30. 000 €, o límite máximo será a propia contía da débeda). Respecto da aplicación ou non do anatocismo, ou posibilidade de capitalización dos xuros producindo igualmente xuros, debe entenderse aplicable o artigo 1. 109 do Código civil, segundo o cal os xuros vencidos devengan o xuro legal desde a súa reclamación xudicial²⁰.

No caso de que se prevexan pagamentos parciais, o artigo 200 da LCSP establece unha serie de previsións en beneficio do contratista. Así, se a demora no pagamento fose superior a catro meses, o contratista poderá proceder, se for o caso, á suspensión do cumprimento do contrato, debendo comunicar á Administración, cun mes de antelación, tal circunstancia, para efectos do recoñecemento dos dereitos que poidan derivar da dita

¹⁹ Como sinala numerosa xurisprudencia, entre outras a Sentenza do 27 de marzo de 2001, as disposicións especiais contidas nos artigos 1. 100 e 1. 106 do Condigo civil non son aplicables aos contratos administrativos.

²⁰ A Sentenza do 24 de xuño de 1996 dispón “cando a Administración non cumpre ao seu tempo coa súa obriga de aboar ao contratista o saldo resultante da liquidación provisional das obras, quedando por iso obrigada tamén ao pagamento dos xuros legais xerados por aquela demora, non cabe dúbida de que ao ser vencidos estes últimos xuros, constitúen por si mesmos unha débeda líquida, ou susceptible de liquidación a través dunha simple operación aritmética, que ao non ser voluntariamente aboada pola Administración ao pagamento, xera o conseqüente aboamento de xuros legais pola aplicación da normativa supletoria contida no artigo 1. 109 do Código civil”. Engade a Sentenza do 8 de xullo de 1999 “para percibir os xuros do artigo 1. 109 do Código civil non é imprescindible que os xuros estean cuantificados na demanda, xa que o importante non é a liquidez da débeda (. . .), senón o vencemento da obriga de pagamento”.

suspensión, nos termos establecidos na LCSP; se fose superior a oito meses, o contratista terá dereito, así mesmo, a resolver o contrato e ao resarcimento dos prexuízos que como consecuencia diso se lle orixinen. As comunidades autónomas poderán reducir os devanditos prazos de catro e oito meses.

Como xa se puxo de manifesto, a LCSP admite a posibilidade de pagamento do prezo mediante aboamentos á conta pola execución do contrato; establece o artigo 200 que estes aboamentos á conta só poderán ser embargados en dous supostos, sen prexuízo do establecido nas normas tributarias e da Seguridade Social, podendo, fóra deles, oporse ás ordes xudiciais de embargo²¹. Estes supostos serían: 1) embargo para o pagamento dos salarios xerados polo persoal do contratista na execución do contrato e das cotas sociais derivadas destes; e 2) embargo para o pagamento das obrigas contraídas polo contratista cos subcontratistas e subministradores referidas á execución do contrato; para a consideración de subcontratista para estes efectos deberanse ter cumprido os requisitos sinalados no artigo 210.

A lei prevé no artigo 201 a posibilidade de transmisión de dereitos de cobramento. Os contratistas que, de conformidade co anterior, teñan dereito de cobramento fronte á Administración, poderán cedelo conforme dereito²². Para que a cesión do dereito de cobramento sexa efectiva fronte á Administración, será requisito imprescindible a notificación fidedigna a ela do acordo de cesión; cómpre facer fincapé en que o que se exige é comunicación da cesión á Administración, pero en ningún caso autorización da

²¹ A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 17 de xuño de 1998 establece que “o artigo 47, parágrafo tres, da Lei de contratos do Estado do 8 de abril de 1965 non di que a Administración non teña que cumprir as ordes de embargo que os xuíces e tribunais decreten sobre as certificacións de obras, senón que estas non serán embargables (agás para as dúas excepcións que cita), o que é distinto. O precepto vai destinado ás autoridades xudiciais ou administrativas, a quen veda o embargo das certificacións (agás para as dúas das devanditas excepcións), e son esas autoridades as que terán en conta a prohibición, co fin de non decretar o embargo. Agora ben, se, a pesar diso, un xuíz decreta o embargo dunha certificación, isto non quere dicir que a Administración poida entrar a xulgar sobre se o embargo é ou non axustado a dereito, porque nin iso está dito no artigo 47. 3 da LCE, nin se pode entender que o diga, nin o pode dicir, xa que a Constitución española outorga só aos xuíces e tribunais a potestade de xulgar e facer executar o xulgado”.

²² Sinala a xurisprudencia que os endosos das certificacións funcionan como comisións de cobranza; así mesmo, sentenzas como a do Tribunal Supremo do 24 de setembro de 1999 explican que “o verdadeiro prexudicado pola posible demora no pagamento das certificacións de obras é o endosante, non a entidade endosataria, polo que o dito endosante ten un interese lexítimo directo na reclamación dos posibles xuros xerados pola demora no pagamento da certificación”.

cesión por esta. A eficacia das segundas e sucesivas cesións dos dereitos de cobramento cedidos polo contratista quedará condicionada ao cumprimento dos mesmos requisitos. Unha vez que a Administración teña coñecemento do acordo de cesión, o mandamento do pagamento deberá ser expedido a favor do cesionario. Antes de que a cesión se poña en coñecemento da Administración, os mandamentos de pagamento a nome do contratista ou do cedente producirán efectos liberatorios.

BIBLIOGRAFÍA:

ESCRIHUELA MORALES, Francisco Javier. *La Contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*. Manuales Profesionales La Ley, 2007.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María. *Contratación Administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio, y a su Reglamento, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre. Con el nuevo régimen del contrato de concesión de obras públicas, Ley 13/2003, de 23 de mayo*. 3ª Edición. Barcelona: Bosch, 2003.

MORANT VIDAL, Jesús. *Los Contratos Administrativos (I). Introducción y comentarios generales sobre contratación administrativa*. Noticias Jurídicas, 2002.

MORENO GIL, Oscar. *Contratos Administrativos. Legislación y Jurisprudencia*. 4ª Ed. Navarra: Thomson-Civitas.

MORENO MOLINA, José Antonio; PLEITE GUADANILLAS, Francisco. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*. Madrid: La Ley, 2007.

FINALIZACIÓN DO CONTRATO

MONSERRAT JURJO GARCÍA.
Letrada da Xunta de Galicia

SUMARIO: I. TERMINACIÓN ORDINARIA DO CONTRATO: CUMPRIMENTO E RECEPCIÓN. II. FORMAS EXTRAORDINARIAS DE EXTINCIÓN DO CONTRATO: A RESOLUCIÓN. III. CESIÓN E SUBCONTRATACIÓN.

I. FINALIZACIÓN DO CONTRATO.

A Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, dedica o seu libro IV á regulación dos “*Efectos, cumprimento e extinción dos contratos administrativos*”, e, dentro del, o capítulo V relativo á “*Extinción dos contratos*” abrangue os artigos 204 a 208.

Antes de comezar coa análise destas disposicións, cómpre lembrar que as previsións que nelas se comprenden tan só resultan de aplicación aos contratos administrativos, nos termos definidos no artigo 19 da LCSP, na medida en que tanto a execución coma a extinción dos contratos privados se someten ás disposicións do dereito privado. Polo tanto, as regras aquí contidas unicamente rexerán para as administracións públicas, entendendo por tales todos aqueles entes, organismos e entidades recollidos no punto 2 do artigo 3 da LCSP.

Desde unha perspectiva xeral, pódese dicir que é esta unha das partes da normativa de contratación que menos novidades ofrece respecto á regulación contida no texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado polo Real decreto

2/2000, do 16 de xuño, mais non por iso deixa de ser merecedor de análise no conxunto deste traballo.

A LCSP comeza o capítulo V do libro IV cunha disposición xeral, a do artigo 204, ao pór de manifesto que os contratos se extinguirán por cumprimento ou por resolución. Esta disposición permítenos falar de dúas formas de terminación dos contratos administrativos: a terminación ordinaria ou cumprimento do contrato, e a terminación extraordinaria ou extinción deste. O cumprimento pode ser entendido como a completa execución do contrato nos termos pactados, e resulta, necesariamente, incompatible coa resolución, no senso de que unha vez resolto o contrato mediante resolución firme, a entrega posterior non pode ser considerada como cumprimento dunha prestación obrigacional xa desaparecida¹. Pola súa parte, a resolución do contrato é definida polo Tribunal Supremo² como a extinción anticipada dun contrato perfeccionado, pola concorrencia dalgunha circunstancia que impide, ou fai inconveniente, a súa prosecución ata a súa extinción normal. Procedamos, pois, á análise detallada destas dúas formas de terminación contractual.

1. TERMINACIÓN ORDINARIA DO CONTRATO: CUMPRIMENTO E RECEPCIÓN.

Segundo o artigo 205 da LCSP, o contrato entenderase cumprido polo contratista cando este realizase, de acordo cos seus termos e á satisfacción da Administración, a totalidade da prestación. Obsérvese a nova dicción literal da lei, que fala de “totalidade da prestación”, fronte ao TRLCAP de 2000 que facía referencia á “totalidade do seu obxecto”.

¹ Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, do 25 de novembro de 1980.

² Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, do 21 de xuño de 2004.

Neste senso, polo cumprimento do contrato prodúcese a súa extinción, mais para que se produza o pleno efecto extintivo resulta necesario acreditar a concorrencia dunha serie de requisitos³, a saber:

- a) Que a prestación sexa realizada na súa totalidade.
- b) Que a realización teña lugar nos termos convidados e, polo tanto, á satisfacción da Administración.
- c) Que sexa a propia Administración a que o constate a través dun acto formal de recepción.
- d) Que transcorra, de ser o caso, o prazo de garantía previsto no contrato sen obxeccións por parte da Administración.

Dentro destes requisitos, especial relevancia presenta o referente á recepción. Tal e como se observa, a satisfacción pola Administración do correcto cumprimento do contrato constatarase a través dun acto formal e positivo de recepción ou conformidade, que terá lugar dentro do mes seguinte á entrega ou realización do obxecto do contrato, ou, se for o caso, no prazo que determine o prego de cláusulas administrativas particulares por razón das súas características. Así, a recepción configúrase como un elemento esencial de todo contrato administrativo, ao cal a LCSP atribúe un efecto determinado: o da constatación de que o contrato foi cumprido polo contratista, ou, eventualmente, que non foi así, cos efectos correspondentes en cada caso. En consecuencia, unha vez realizado o obxecto do contrato, a recepción devén obrigatoria, con independencia do feito de que o seu total cumprimento se producise dentro ou fóra do prazo establecido⁴. Non obstante, no suposto de que o acto de recepción sexa levado a cabo unha vez transcorrido o prazo sinalado no punto 2 do artigo 205 da LCSP, sendo imputable esta demora á Administración, o empresario terá dereito a ser indemnizado dos danos e perdas que tal demora lle cause. A recepción configúrase, polo tanto, como un acto administrativo que ten por obxecto declarar, por

³ Ditame 472/1998, do 30 de abril, do Consello de Estado, en relación co artigo 110. 1 do texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas.

⁴ Informe 3/1997, do 23 de maio, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Cataluña.

unha banda, que o ben ou servizo en que consiste a prestación foi incorporado efectivamente á esfera administrativa, e por outra, que tal prestación se levou a cabo de conformidade co previsto nos termos do contrato. Sen prexuízo do disposto, convén matizar que, aínda que a recepción se configura como un acto formal de conformidade coa prestación realizada, non pode implicar a emenda de defectos que fosen detectados na execución do contrato e que non afectan o resultado da prestación en si mesma considerada, como o prazo, ou como tamén poderían ser cuestións de competencia, capacidade ou relativas ás garantías⁵.

Un efecto fundamental derivado do acto formal de recepción ou conformidade é o recoñecemento por parte da Administración dun dereito de crédito a favor do contratista, coa correspondente obriga de pagamento por parte daquela, de acordo co disposto no artigo 200 da LCSP. Porén, a recepción produce outro efecto destacado, cal é servir de *dies a quo* para o cómputo do prazo de garantía. Así, o punto 3 do artigo 205 recolle que, nos contratos, se fixará un prazo de garantía que se contará desde a data da recepción ou conformidade, transcorrido o cal sen obxeccións por parte da Administración, salvo nos supostos en que outro prazo sexa determinado na propia ou noutra lei, quedará extinguida a responsabilidade do contratista. Non obstante, a lei recolle a posibilidade de exceptuar do prazo de garantía aqueles contratos nos cales, pola súa natureza ou características, non resulte necesario, o que se deberá xustificar debidamente no expediente de contratación, consignándoo expresamente no prego. Os termos empregados neste precepto, para aludir á eventual excepción no prazo de garantía, leva a concluír que deberá existir unha causa suficientemente importante que así o xustifique.

Finalmente, polo que afecta a liquidación do contrato, e con excepción do contrato de obras que se rexerá polas especificidades contidas no artigo 218, esta deberá ser acordada e notificada ao contratista dentro do prazo dun mes contado desde a data da acta de recepción ou conformidade, e aboaráselle de ser o caso, o saldo correspondente.

⁵ Informe 6/2001, do 3 de xullo, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Administración xeral do Estado.

A demora no pagamento do saldo de liquidación outórgalle dereito ao empresario a percibir tanto os xuros de demora como a indemnización polos custos de cobramento, nos termos previstos na Lei 3/2004, do 29 de decembro, pola que se establecen as medidas de loita contra a morosidade nas operacións comerciais. En relación coa liquidación do contrato, resulta oportuno ter en conta, aquí, o disposto no artigo 82 ao establecer que o importe das revisións que procedan farase efectivo de oficio, mediante o aboamento ou desconto correspondente nas certificacións ou pagamentos parciais ou, excepcionalmente, cando non puidesen incluírse nestas, na liquidación do contrato. Con ocasión da análise do precepto, case idéntico, contido no anterior TRLCAP, a Xunta Rexional de Contratación da Rexión de Murcia⁶, pronunciouse no sentido de que, dado que o pagamento do prezo se pode realizar ben dunha soa vez á terminación do contrato, ou ben en prazos parciais, se prevé que a revisión de prezos se faga en prazos parciais ou, de ser imposible, no momento da liquidación definitiva do contrato; imposibilidade esta que parece referirse ao posible desfase entre a aprobación dos índices de prezos pola Administración e o momento en que as revisións se deben liquidar; nestes casos, as revisións levadas a cabo no curso da execución do contrato serían provisionais, quedando a resultas do que posteriormente se axustase na liquidación do contrato, pois en tal momento se coñecerán xa con certeza os índices correspondentes aos momentos en que se practicaron aquelas mais, en todo caso, non prevé a lei un axuste monetario posterior ao momento da liquidación definitiva do contrato.

2. FORMAS EXTRAORDINARIAS DE TERMINACIÓN DO CONTRATO: A RESOLUCIÓN.

A pesar de que o cumprimento se articula como a forma normal de terminación do contrato, en ocasións atopámonos cunha forma de extinción anticipada da relación xurídica entre a Administración e o empresario adxudicatario do contrato, cal é a súa resolución. A resolución do contrato configúrase, polo tanto, como a extinción

⁶ Informe 2/2001, do 4 de maio, da Xunta Rexional de Contratación da Rexión de Murcia.

anticipada dun contrato perfeccionado, pola concorrencia dalgunha circunstancia que impide ou fai inconveniente a súa prosecución ata a súa extinción normal.

A adxudicación dun contrato administrativo vai implicar unha serie de dereitos e obrigas para ambas as partes, isto é, tanto para a Administración como para o contratista, de modo que o seu incumprimento pode supoñer a extinción anormal e anticipada do contrato por mediación da súa resolución. Tal e como sinala o Consello de Estado⁷, o mecanismo de extinción anticipada do contrato por medio da resolución constitúe un medio de defensa da parte cumpridora fronte ao incumprimento da outra parte, ou fronte ás alteracións non xustificadas dos termos en que fose concibido o equilibrio contractual no momento da conclusión do pacto; mecanismo este que só resulta procedente antes de que se produza a extinción do contrato por outra causa. Non obstante o anterior, non se pode afirmar que calquera incumprimento contractual determine *per se* a resolución do contrato; esta facultade, tan só se pode exercer⁸ nos casos máis graves de incumprimento, xa que en caso contrario resultaría desproporcionado. O Tribunal Supremo⁹ determina que o incumprimento que pode motivar a resolución do contrato debe afectar a prestación principal e exteriorizarse a través dunha inobservancia total o esencial da dita prestación, de modo que se produza un feito obstaculizador que frustre as lexítimas expectativas de acadar o fin perseguido polo contrato.

a) AS CAUSAS DE RESOLUCIÓN.

Os artigos 206 a 208 da LCSP conteñen a regulación correspondente ás causas e efectos xerais da resolución dos contratos, sen prexuízo de que no título II do libro IV se recollan, para cada un dos contratos administrativos típicos, outras causas específicas de resolución propias deles, así como os seus efectos. Existen, polo tanto, unha multiplicidade de causas que poden dar lugar á resolución dun contrato, sendo así

⁷ Ditame 2205/2000, do 20 de xullo, do Consello de Estado.

⁸ Ditame do 1 de marzo de 1979, do Consello de Estado.

⁹ Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, do 1 de outubro de 1999.

mesmo posible que un mesmo contrato poida ser resolto por diferentes causas. Neste caso, o Consello de Estado ten sinalado de forma reiterada que, cando concorran varias causas de resolución dos contratos, se terá en conta a primeiramente producida no tempo, como determinante da extinción do vínculo contractual.

O artigo 206 establece unha lista das causas comúns de resolución aplicables a todos os tipos de contratos administrativos, a saber :

A morte ou incapacidade sobrevida do contratista individual ou a extinción da personalidade xurídica da sociedade contratista, sen prexuízo do previsto no artigo 202. 3. Esta causa de resolución ten a súa base no principio de confianza que preside a contratación pública e a importancia conferida á condición persoal ou empresarial do adxudicatario. Neste suposto de resolución, o órgano de contratación poderá, non obstante, acordar a continuación do contrato cos herdeiros ou sucesores, salvo que o contrato teña un marcado carácter *intuitu personae*. A referencia que se contén ao artigo 202. 3 débese entender feita ao punto 4 do mesmo artigo, pois nos casos de fusión, escisión, achega ou transmisión de empresas, a entidade resultante ou beneficiaria quedará subrogada en todos os dereitos e obrigas derivados do contrato, sempre que manteña a solvencia exixida no momento de acordarse a adxudicación.

A declaración de concurso ou a declaración de quebra en calquera outro procedemento. Neste sentido, débese salientar que os efectos da declaración de concurso sobre os contratos administrativos celebrados polo debedor se rexerán pola LCSP, e, polo tanto, unha vez ditado o auto declaratorio do concurso ou insolvencia, poderá non resolverse o contrato, mais coa apertura da fase de liquidación no procedemento concursal, o contrato será resolto de forma necesaria.

O mutuo acordo entre a Administración e o contratista. O Consello de Estado¹⁰ define o mutuo acordo como a vontade concorde dos que celebraron o contrato para

¹⁰ Ditame 1265/2000, do 25 de maio, do Consello de Estado.

poñerlle fin. Consiste nun novo contrato de efectos contrarios ao anterior que nace, como causa resolutoria, cando concorren as vontades acordes das partes; é dicir, cando tanto a Administración, despois de seguir o correspondente procedemento, coma o contratista, así o conveñen. Como causa resolutoria o mutuo acordo non existe pola mera solicitude do contratista, senón que tan só cabe apreciála cando a Administración a acepta, despois de verificar a concorrencia dos requisitos legalmente establecidos. Neste senso, o mesmo Consello de Estado¹¹ exige para que poida operar esta causa de resolución, por unha parte, a necesaria presenza de razóns de interese público ou outras circunstancias de carácter excepcional que fagan innecesaria ou inconveniente a prosecución do contrato; por outra, como condición negativa, exíxese que non exista unha causa de resolución imputable ao contratista.

A non formalización do contrato en prazo. A formalización do contrato deberá ter lugar no prazo de 10 días hábiles desde o seguinte ao da notificación da adxudicación definitiva, polo que a non formalización nos termos descritos por causa imputable quer á Administración, quer ao contratista, é causa de resolución do contrato. Correspóndelle á Administración promover neste punto o procedemento, de modo que sempre que a súa pasividade impida a formalización, se verá na obriga de indemnizar os danos e perdas irrogados ao empresario, sen prexuízo de que este solicite a resolución do contrato. Por outra parte, se por causas imputables ao adxudicatario non se chega a formalizar o contrato, será a Administración a que terá a posibilidade de promover a resolución xunto coa incautación da garantía definitiva, naqueles casos en que esta fose constituída.

A demora no cumprimento dos prazos por parte do contratista, e o incumprimento do prazo de 15 días hábiles establecido no artigo 96 para a iniciación do contrato na tramitación urxente, salvo que o atraso se deba a causas alleas á Administración e ao contratista. O Consello de Estado considera que a falta de iniciación do contrato dentro dos prazos previstos nel, constitúe causa de resolución imputable ao contratista que

¹¹ Ditame 991/2000, do 18 de maio, do Consello de Estado.

leva consigo a incautación da garantía. Neste suposto, hai que ten en conta a regulación que sobre as penalidades por demora contén a propia LCSP no marco do artigo 196. Así, sempre que as penalidades a que dá lugar a mora do contratista no cumprimento do prazo acaden un 5 por 100 do prezo do contrato, o órgano de contratación estará facultado para proceder á resolución, ou ben continuar con el impondo novas penalidades.

A demora no pagamento por parte da Administración por prazo superior a oito meses, ou prazo inferior fixado, se é o caso, polas comunidades autónomas. De conformidade co disposto no artigo 200. 6, a demora de máis de oito meses no pagamento do prezo do contrato faculta o contratista non só para instar a resolución do contrato, senón que tamén lle dá dereito a ser indemnizado dos prexuízos que se lle irrogasen.

O incumprimento das restantes obrigas contractuais esenciais, cualificadas como tales nos pregos ou no contrato. A LCSP require, como se observa, que para acordar a resolución do contrato, sexa o propio contrato, ou ben o seu prego reitor, o que delimite a que incumprimentos se lles confire a condición de esenciais, o que, sen dúbida, reduce o ámbito de interpretación que ten a Administración respecto á regulación anterior, na cal tan só se facía referencia a obrigas esenciais, sen máis. Ao longo do seu articulado, a lei prevé distintos supostos que poden ser configurados como condición esencial de execución do contrato. Así, o artigo 102 recolle a posibilidade de establecer condicións esenciais en relación coa execución do contrato, sempre que sexan compatibles co dereito comunitario e sexan indicadas no anuncio e no prego ou no propio contrato, como poden ser consideracións de tipo ambientais ou sociais. Do mesmo xeito, o artigo 53. 2 alude os compromisos de adscrición de medios persoais e materiais á execución do contrato. O artigo 134. 6 permite atribuír á puntual observancia das características tidas en conta para definir os criterios de adxudicación, a condición de obriga contractual esencial.

As establecidas expresamente no contrato e as que se recollen especificamente para cada categoría de contrato.

Tal e como se aprecia da simple lectura da enumeración de causas descritas no artigo 206, a nova lexislación de contratos exclúe desta lista a falta de constitución da garantía definitiva. Esta non constitúe causa de resolución en sentido estrito, o que se debe ao feito de que, con anterioridade á obriga de constituír a garantía definitiva, tan só existe unha adxudicación provisional do contrato, polo que o órgano de contratación declarará o decaemento desta se o licitador non procede á prestación da garantía definitiva no prazo de 15 días hábiles, segundo o artigo 87 da lei.

Finalmente, polo que afecta as causas de resolución, cómpre lembrar que estas deben ser interpretadas de modo restritivo, no senso de que resulta preciso que se trate de incumprimentos que revistan o carácter de esenciais, isto é, que teñan a entidade suficiente para xustificar a resolución do contrato. Non parece abondo para producir o efecto de terminación anticipada do contrato, un mero incumprimento de carácter leve, que poida ser susceptible de emenda. En consonancia co disposto, o Tribunal Supremo¹² entende que o incumprimento capaz de xustificar a resolución do contrato é aquel que afecta obrigas principais, ao considerar que para acordar a resolución por incumprimento, este debe ser substancial, en termos análogos á contratación civil; ao mesmo tempo, o alto Tribunal¹³ exige que para resolver o contrato resulta necesaria a concorrencia dunha vontade rebelde dalgunha das partes. É precisamente o feito de requirir certa entidade no incumprimento causante da resolución o que provoca que, nestes expedientes, sexa necesaria a intervención preceptiva do Consello de Estado, sempre que se produza oposición por parte do contratista.

¹² Sentenza da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo, do 10 de febreiro de 1999.

¹³ Sentenza da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo, do 22 de decembro de 2006.

b) APLICACIÓN DAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN.

Esta materia é obxecto de regulación no artigo 207 da LCSP, que comeza dispoñendo que a resolución do contrato a acordará o órgano de contratación, quer de oficio, quer por instancia do contratista, seguindo o procedemento que sexa previsto nas normas de desenvolvemento da lei. Non obstante o disposto, establécese que mentres que a declaración de insolvencia en calquera procedemento e, en caso de concurso, a apertura da fase de liquidación dará sempre lugar á resolución do contrato, nos restantes casos, o dereito a exercer a resolución será potestativo para aquela parte á cal non lle sexa imputable a circunstancia que der lugar a ela, con excepción dalgunhas modificacións contractuais polas que a Administración tamén poderá instar a resolución. Como consecuencia do disposto, corresponderá á Administración, no caso de tratarse de causa imputable ao contratista, a proba da situación obxectiva de incumprimento motivadora da resolución do contrato.

Aínda que o precepto non o recolla, non podemos esquecer que, tal e como xa quedou apuntado con anterioridade, será preceptivo o ditame do Consello de Estado, ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma, nos supostos de resolución, cando exista oposición por parte do contratista, sendo este trámite esencial, con total independencia da contía do contrato: a súa omisión determina a necesaria nulidade da resolución. Segundo afirma o Tribunal Supremo¹⁴, no marco da contratación pública vixente, resulta indiscutible que o procedemento para a resolución dos contratos exige o cumprimento dunha serie de requisitos tendentes a garantir ao máximo que a actuación administrativa sexa axustada a dereito; por iso, non só require o trámite de audiencia ao contratista, senón tamén o ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma respectiva, cando o contratista formule oposición. A solicitude deste ditame tamén está prevista no artigo 22. 12 da Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, do Consello de Estado, así como no artigo 11. h) da Lei 9/1995, do 10 de novembro, do Consello Consultivo de Galicia.

¹⁴ Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, do 4 de abril de 2006.

Polo demais, o artigo 207 da lei limítase a establecer regras específicas de aplicación de causas concretas de resolución, sendo destacable a manifestación de que o incumprimento das obrigas derivadas do contrato por parte da Administración orixinará a súa resolución tan só nos casos expresamente previstos na propia lei. Neste suposto, e como ten declarado o Tribunal Supremo¹⁵, o incumprimento determinará para aquela, con carácter xeral, a obriga de indemnizar os danos e perdas causados á contraparte.

c) EFECTOS DA RESOLUCIÓN.

Os efectos que, con carácter xeral, produce a resolución do contrato, aparecen recollidos no artigo 208 da LCSP, onde se establece que, en todo caso, o acordo de resolución conterá pronunciamento expreso en relación coa procedencia ou non da perda, devolución ou cancelación da garantía que, se é o caso, estiver constituída. Os efectos específicos da resolución para os distintos contratos administrativos típicos recóllense no marco do título II do libro IV.

Como regras máis concretas hai que destacar que, nos casos de non formalización do contrato por causas imputables ao contratista, a Administración poderá acordar a resolución con incautación da garantía constituída, se é o caso, e será preceptivo o ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma respectiva. Se for por causas imputables á propia Administración, o contratista terá dereito á indemnización dos danos e perdas que se lle ocasionen.

Cando a resolución se produza por mutuo acordo, acomodarse ao validamente pactado polas partes, sempre que, obviamente, non sexa contrario ao interese público. Cando o contrato sexa resolto por incumprimento, por parte da Administración, das obrigas do contrato, indemnizará os danos e perdas causados, mentres que no caso de

¹⁵ Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, do 18 de setembro de 1997.

incumplimento culpable do contratista, será este o que deba facer fronte a tal indemnización respecto da Administración, facéndoa efectiva, primeiramente, sobre a garantía definitiva, e sen prexuízo da subsistencia de responsabilidade na parte que exceda daquela.

3. CESIÓN E SUBCONTRATACIÓN.

a) A CESIÓN DO CONTRATO.

Pódese dicir que a regulación que sobre a cesión dos contratos contén a nova LCSP no seu artigo 209 é practicamente idéntica á anterior. En calquera caso, cómpre lembrar que a cesión se configura como unha vicisitude na vida dun contrato xa celebrado, consistente nun negocio xurídico bilateral de carácter privado, que vincula o cedente e o cesionario, e no que este último queda subrogado en todos os dereitos e obrigas que lle corresponderían ao cedente. A Administración non é parte neste negocio xurídico de cesión, aínda que, ao se ver afectada polos seus efectos, se exige que o órgano de contratación autorice expresamente e con carácter previo a cesión. Así, a Administración, como contratante cedido, prestará a súa conformidade co negocio xurídico de cesión que pretenden celebrar cedente e cesionario, pero no cal non é parte, e por esa razón non se orixina para ela ningunha obriga distinta das que derivan do contrato básico, que permanece inalterable. Con independencia da necesaria autorización por parte do órgano de contratación, os dereitos e obrigas dimanantes do contrato tan só poderán ser cedidos a un terceiro, sempre que as calidades técnicas ou persoais do cedente non fosen razón determinante da adxudicación do contrato.

Os requisitos exixidos polo artigo 209 da LCSP para que se poida facer efectiva a cesión dun contrato son os seguintes:

Autorización previa. O órgano de contratación debe autorizar de forma expresa e con carácter previo a cesión do contrato. Non obstante, na práctica administrativa, en non poucas ocasións, atopamos a celebración da cesión do contrato como negocio

xurídico mercantil entre partes, condicionando a produción dos seus efectos á concesión da autorización da Administración contratante.

Execución do contrato. Será necesario que o cedente teña executado, polo menos, un 20 por cento do importe do contrato ou, cando se trate da xestión dun servizo público, que fose explotado durante, polo menos, unha quinta parte do prazo de duración do contrato. Neste sentido, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa¹⁶ entende que cando se trate de contratos mixtos, terá que atenderse á prestación principal, desde o punto de vista económico, aplicando ben a porcentaxe do 20%, ou ben a execución da quinta parte da explotación do servizo, segundo resulte da cualificación do contrato.

Capacidade e solvencia. O cesionario deberá ter capacidade para contratar coa Administración e a solvencia que resulte exixible, e estar debidamente clasificado se tal requisito lle fose exixido ao cedente, e non estar incurso en causa de prohibición de contratar.

Formalización da cesión. Finalmente, o artigo 209 require que a cesión sexa formalizada, entre o adxudicatario e o cesionario, en escritura pública.

Cumpridos todos estes requisitos, o cesionario quedará subrogado en todos os dereitos e obrigas que corresponderían ao cedente.

b) A SUBCONTRATACIÓN.

Na diferenza do que ocorre coa cesión do contrato, na subcontratación non atopamos ningún tipo de subrogación, na medida en que o adxudicatario do contrato é o que continúa obrigado para todos os efectos ante a Administración. Os subcontratistas quedarán obrigados só fronte ao contratista principal, que asumirá a total responsabilidade da execución do contrato fronte á Administración contratante; a subcontratación dunha empresa por parte do adxudicatario do contrato crea unha

¹⁶ Informe 15/2006, do 24 de marzo, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Administración xeral do Estado.

relación xurídica e económica, de natureza privada, entre ambas as empresas, mais esta relación non transcende á Administración contratante¹⁷.

A LCSP trata o tema da subcontratación, aplicable con carácter xeral a todos os contratos administrativos, no seu artigo 210, e introduce importantes novidades con respecto ao TRLCAP. Desde unha perspectiva xenérica destaca o aumento das obrigas de información que pesan sobre o contratista, con miras a posibilitar un control máis eficaz do fenómeno da subcontratación.

Así mantén a regra xeral de que o contratista poderá concertar con terceiros a realización parcial da prestación, salvo que o contrato ou ben os pregos dispoñan o contrario, ou que pola súa natureza e condicións se deduza que este debe ser executado directamente polo adxudicatario. Do mesmo xeito, en ningún caso o contratista poderá concertar a execución parcial do contrato con persoas inhabilitadas para contratar ou comprendidas nalgún dos supostos previstos no artigo 49, ao determinar as prohibicións de contratar.

Partindo do anterior, a lei sinala os requisitos de carácter xeral a que está suxeita a subcontratación:

Se así estivese previsto nos pregos ou no anuncio de licitación, os licitadores deberán indicar na oferta a parte do contrato que teñan previsto subcontratar, sinalando o seu importe, e o nome ou o perfil empresarial, definido por referencia a condicións de solvencia profesional ou técnica, dos subcontratistas aos cales se vai encomendar a súa realización. Para tal efecto, o mesmo precepto prevé que cando nos pregos ou no anuncio de licitación se impoña a obriga de comunicar as circunstancias indicadas, non poderán celebrarse os subcontratos que non se axusten ao indicado na oferta, ata que transcorran vinte días naturais desde que se cursase a notificación e se presentasen as xustificacións dos subcontratos que se celebrarán, salvo, en todo caso, que os subcontratos fosen autorizados previamente.

¹⁷ Informe 1/2002, do 12 de marzo, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Cataluña.

En todo caso, o adxudicatario deberá comunicar anticipadamente e por escrito á Administración a intención de celebrar os subcontratos, sinalando a parte da prestación que se pretenda subcontratar e a identidade do subcontratista, e xustificando suficientemente a aptitude deste para executala, por referencias aos elementos técnicos e humanos de que dispón e á súa experiencia. No caso de que o subcontratista tiver a clasificación adecuada para realizar a parte do contrato obxecto da subcontratación, a comunicación desta circunstancia eximirá o contratista da necesidade de xustificar a aptitude daquel. A acreditación poderase realizar logo da celebración do subcontrato se esta é necesaria para atender unha situación de urxencia ou que exixa a adopción de medidas urxentes e así se xustifica suficientemente.

Nos contratos de carácter secreto ou reservado, ou naqueles en que a execución deba ir acompañada de medidas de seguridade especiais, ou cando así o exixa a protección dos intereses esenciais da seguridade do Estado, a subcontratación requirirá, sempre, autorización expresa do órgano de contratación.

As prestacións parciais que o adxudicatario subcontrate con terceiros non poderán exceder a porcentaxe sinalada no prego de cláusulas administrativas particulares. Se o prego non recolle un límite especial, o contratista poderá subcontratar ata unha porcentaxe que non exceda o 60 por cento do importe de adxudicación; non obstante, para o computo dese 60% non se terán en conta os subcontratos concluídos con empresas vinculadas ao contratista principal, entendéndose por tales as que se atopan nos supostos previstos no artigo 42 do Código de comercio, relativo aos grupos de empresas.

Cando o contratista incumpra ou infrinja as condicións sinaladas para proceder á subcontratación, ou ben non acredite a aptitude do subcontratista, ou as circunstancias determinantes da situación de emerxencia ou urxencia, poderá dar lugar á imposición dunha penalidade ao contratista de ata o 50 por cento do importe do subcontrato.

O contratista deberá informar os representantes dos traballadores da subcontratación, de acordo co previsto na lexislación laboral.

No suposto de que determinadas partes do contrato poidan ser executadas separadamente, por teren substantividade propia, e deban realizarse tendo en conta unha determinada habilitación profesional ou clasificación adecuada, os órganos de contratación poderán obrigar o contratista, advertíndoo no anuncio ou nos pregos, á subcontratación con terceiros non vinculados con el da dita parte da prestación, que non poderá exceder o 30 por cento do importe do contrato. Estas obrigas terán a consideración de condicións especiais de execución para efectos de posibles penalidades ou resolución do contrato.

Cumpridos os requisitos legalmente previstos para proceder á subcontratación, os subcontratistas quedarán obrigados tan só ante o contratista principal, o cal asumirá a responsabilidade da execución do contrato fronte á Administración, conforme o previsto nos pregos e no contrato. O coñecemento que teña a Administración dos subcontratos celebrados, en virtude das comunicacións ou das autorizacións outorgadas por ela, non alterarán a responsabilidade do contratista principal.

Finalmente, o artigo 211 ocúpase de establecer as regras que rexen no marco dos pagamentos a subcontratistas e subministradores. Del destacamos que o contratista se debe obrigar a lles aboar aos subcontratistas o prezo pactado en prazos que non poderán ser máis desfavorables que os previstos no artigo 200. 4 para as relacións entre a Administración e o contratista, e que se computarán desde a data de aprobación polo contratista principal da factura emitida polo subcontratista ou o subministrador, con indicación da súa data e do período a que corresponda. A aprobación ou conformidade deberase outorgar nun prazo máximo de trinta días desde a presentación da factura ou, de ser o caso, formularanse no mesmo prazo os motivos de desconformidade con ela. O contratista deberá aboar as facturas no prazo fixado de conformidade co previsto no

punto 2 e, en caso de demora no pagamento, o subcontratista ou o subministrador terá dereito ao cobramento dos xuros de demora e á indemnización polos custos de cobramento nos termos previstos na Lei 3/2004, do 29 de decembro. Finalmente, o artigo 211 prevé a posibilidade de que o contratista poida pactar cos subministradores e subcontratistas prazos de pagamento superiores aos establecidos neste artigo, o que será posible sempre que o devandito pacto non constitúa unha cláusula abusiva de acordo cos criterios establecidos no artigo 9 da Lei 3/2004, e que o pagamento se instrumente mediante un documento negociable que supoña a acción cambiaria, cuxos gastos de desconto ou negociación corran na súa integridade por conta do contratista. Adicionalmente, o subministrador ou subcontratista poderá exixir que o pagamento sexa garantido mediante aval.

BIBLIOGRAFÍA:

ESCRIHUELA MORALES, Francisco Javier. *La Contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicio*. Manuales Profesionales Madrid: La Ley, 2007.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María. *Contratación Administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio, y a su Reglamento, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre. Con el nuevo régimen del contrato de concesión de obras públicas, Ley 13/2003, de 23 de mayo*. 3ª Edición. Barcelona: Bosch, 2003.

MORANT VIDAL, Jesús. *Los Contratos Administrativos (I). Introducción y comentarios generales sobre contratación administrativa*. Noticias Jurídicas, 2002.

MORENO GIL, Oscar. *Contratos Administrativos. Legislación y Jurisprudencia*. 4ª Edición. Thomson-Civitas.

MORENO MOLINA, José Antonio ; PLEITE GUADANILLAS, Francisco. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*. Madrid: La Ley, 2007.

OBRAS COMPLEMENTARIAS E MODIFICACIÓNS CONTRACTUAIS NA LEI DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO

MANUEL PILLADO QUINTÁNS

Letrado da Xunta de Galicia

I. INTRODUCCIÓN

O obxecto do presente relatorio é o de examinar o estado actual da cuestión en relación coa figura das obras complementarias e a súa distinción coa institución do *ius variandi*, ou prerrogativa de modificación dos contratos, á vista da nova regulación introducida pola Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público (en diante, LCSP), e das últimas sentenzas do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas.

A constante evolución desta materia e as recentes novidades legais e xurisprudenciais fan que xa debamos advertir desde un principio que neste momento resultará moi difícil ofrecer unha visión acabada das institucións en presenza, pois atópanse en fase de reinterpretación ou adaptación ás últimas exixencias do dereito comunitario europeo.

En particular, debe terse presente que a regulación da indicada Lei de contratos do sector público motivou en datas recentes a presentación pola Comisión Europea dun ditame motivado contra o Reino de España por entender que a regulación dos modificados na norma legal infrinxe os límites derivados da normativa comunitaria.

As cuestións que se formulan no presente caso examinarémolas a través dos puntos que seguen.

II. CONSIDERACIÓNS DE DEREITO TRANSITORIO

En primeiro lugar, podemos abordar cal é a lexislación aplicable á realización das modificacións contractuais e obras complementarias se o contrato principal se rexe, dada a data da súa adxudicación, polo texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas xa derogado.

Debemos partir do disposto na disposición transitoria primeira da Lei 30/2007, de contratos do sector público, “expedientes iniciados e contratos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor desta lei”:

“1. Os expedientes de contratación iniciados antes da entrada en vigor desta lei rexeranse pola normativa anterior. Para estes efectos entenderase que os expedientes de contratación foron iniciados se se publicou a correspondente convocatoria do procedemento de adxudicación do contrato. No caso de procedementos negociados, para determinar o momento de iniciación terase en conta a data de aprobación dos pregos.

2. Os contratos administrativos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor da presente lei rexeranse, en canto aos seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a súa duración e réxime de prórrogas, pola normativa anterior”.

A aplicación desta norma determina que, ben que as modificacións contractuais derivadas do contrato orixinario concertado ao abeiro do texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas se deben rexer pola indicada lexislación, outra debe ser a solución para as obras complementarias se o procedemento para a súa adxudicación se iniciou con posteridade á entrada en vigor da Lei de contratos do sector público.

Neste sentido, o Ditame do Consello de Estado 3357/2003, do 20 de novembro de 2003, entende que a lexislación aplicable ao contrato será de aplicación para determinar o seu contido e as causas e efectos da súa modificación. Agora ben, este ditame indica tamén que, de acordo con reiterada doutrina do Consello de Estado (véxanse os ditames números 2. 383/2003, 2. 382/2003, 142/2003, 8/2003, 1. 598/2002, 1. 077/2002, 527/2000 e 3. 437/99, entre outros moitos), a lei aplicable ao procedemento que se debe seguir para a modificación do contrato será a lexislación vixente no momento do inicio do expediente de modificación.

No caso das obras complementarias, debe terse en conta que a súa configuración legal actual é a dun dos supostos que habilitan a utilización do procedemento negociado sen necesidade de publicar anuncios de licitación.

Isto é, na súa conceptualización no dereito español os contratos de obras complementarias son independentes do contrato da obra principal, aínda que presupoñan a súa existencia e dependan deles e neles xustifiquen a súa propia existencia. Estas obras complementarias non poden supoñer unha modificación da obra principal e son obxecto dun proxecto independente.

Así, o artigo 155 da LCSP, determina que “os contratos de obras poderán adxudicarse por procedemento negociado nos seguintes supostos”, establecendo na súa alínea b) o suposto das obras complementarias.

De forma coherente con esta conceptualización legal debemos aplicar, pois, a disposición transitoria primeira xa comentada para concluír que os expedientes de contratación de obras complementarias iniciados despois da entrada en vigor da LCSP se rexerán pola nova normativa.

Debe terse en conta, para estes efectos, que a disposición transitoria indicada entende que os expedientes de contratación foron iniciados no caso de procedementos negociados na data de aprobación dos pregos.

II. As obras complementarias e a súa distinción das modificacións contractuais. Importancia da cualificación. Situación actual da cuestión á vista da regulación da Lei de contratos do sector público e do dereito comunitario.

Para analizar as cuestións que presentan as obras complementarias consideramos conveniente referirnos á evolución legal da figura das obras complementarias no noso dereito e á súa distinción coa institución do *ius variandi* ou prerrogativa de modificación dos contratos.

1. As obras complementarias e a súa distinción das modificacións contractuais. Importancia da cualificación

Como manifesta Concepción Horgué Baena (*La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Marcial Pons, Madrid 1997), a quen seguiremos na presente exposición, “a modificación do contrato consiste nunha novación obxectiva deste, mediante a reforma do proxecto que especifica a obra que se executará e, en consecuencia, o contrato permanece, aínda que modificado. Suposto distinto son as obras accesorias ou complementarias, pois consisten na adición de novas obras co seu correspondente proxecto á marxe do inicial, o cal non se modifica por esta causa, e dá lugar, polo tanto, a un contrato diferente”.

Engade a autora que as obras accesorias se regulaban en sede de "modificación do contrato de obra", no artigo 153 do Regulamento de contratación do Estado, que dispoñía:

"As obras accesorias ou complementarias non incluídas no proxecto que durante o curso da obra principal a Administración considere conveniente executar deberán ser obxecto de contrato independente e, polo tanto, cumprirse os trámites previstos neste regulamento".

"Exceptúase o caso de que aquelas non excedan o 20 por cento do prezo do contrato, cuxa execución poderá confiarse ao contratista da principal e de acordo cos prezos que rexeron o contrato principal".

Non obstante, explica Horgué Baena, o dato de que a súa regulación estivese en sede de modificación do contrato, dun lado, así como a posibilidade de que puidesen ser adxudicadas ao mesmo contratista, doutro, fixeron que a delimitación desta figura coa da modificación non fose nada clara. Así, destaca a autora, a normativa non establecía criterios substantivos conforme os que fose posible entender cando unha obra non prevista no proxecto configuraba unha obra accesorio ou, de ser o caso, implicaba unha reforma da mesma obra. Non obstante, engade, quedaba claro que a utilización da mesma cifra -o 20 por cento do prezo do contrato- operaba con fins diferentes: na modificación, ao igual que na lexislación actual, implicaba o límite en que esta era obrigatoria para o contratista; nas obras accesorias, o límite para que estas puidese executalas o mesmo contratista.

Horgué Baena cita o intento de delimitación de ambas as dúas figuras formulado por Moreno Gil:

- Mentres o modificado xorde como unha cuestión interna do contrato, facéndoo necesario para a execución da obra total, as obras accesorias son externas ao contrato, polo que a súa non realización non menoscaba o resultado do primeiro contrato. Neste sentido, a característica do modificado é a súa necesidade, fronte á mera conveniencia das obras accesorias ou complementarias. A obra accesoria, por conseguinte, non implica que sen ela a obra principal siga sendo completa, é dicir, susceptible de ser entregada ao uso xeral ou servizo público.

- A modificación materialízase nun proxecto reformado, é dicir, nunha variación do proxecto primitivo, e transcende o contrato producindo unha novación. Pola contra, a obra accesoria ou complementaria non innova o contrato principal senón que debe ser obxecto dun contrato independente. Por iso, o contrato complementario ten que adxudicarse conforme os procedementos que corresponda legalmente. Aínda nos supostos en que se permite a súa execución polo contratista principal, a adxudicación implica un novo contrato.

Como pode observarse na lexislación anterior, conclúe Horgué Baena, as causas técnicas imprevistas ou necesidades novas que xustificaban o reformado do proxecto non eran presupostos para a adición de obras accesorias en tanto que o único que se exixía é que a Administración considerase conveniente realizalas.

Por iso, resalta a autora, foi unha constante na doutrina do Consello de Estado intentar establecer criterios claros que delimiten as figuras, sinalando que a Administración non pode desvirtuar as prescricións normativas e cualificar arbitrariamente como reformado obras accesorias ou complementarias, ou á inversa, co fin de eludir a aplicación do réxime xurídico correspondente. Neste sentido, a autora cita o Ditame 45942, do 15 de decembro de 1983, en que o Consello de Estado chama a atención sobre que: "é preciso cualificar cada modificación dun proxecto de obra dentro do concreto precepto que lle sexa aplicable: non é axustado a dereito facer modificacións amparadas en normas que non lles son realmente de aplicación. Debe terse por criterio, para estes efectos, a realidade das cousas e non cualificacións subxectivas ou circunstanciais".

Non obstante, a autora engade que "o Consello de Estado asume que a diferenza entre obras complementarias e a modificación non aparece sempre e en todos os casos con claridade, especialmente fronte á modificación por introdución de unidades distintas ás inicialmente previstas, pois en ambos os supostos tales obras non figuran no proxecto primitivo". "Por iso intenta establecer criterios que faciliten en encadramento nun ou outro suposto. Como criterios de delimitación sinaláronse os seguintes:

- A necesidade da obra en relación ao proxecto inicial. Neste sentido no Ditame 45942, do 15 de decembro de 1983, afírmase que: "a diferenza básica entre os artigos 150. 2 e 153 do regulamento de contratos estriba en que, no primeiro caso, debe tratarse de unidades de obras novas pero cuxa execución resulte necesaria para levar a bo fin o proxecto primitivo ou cando sexa precisa a devandita modificación por resultar imposible a súa execución na

forma inicialmente prevista. No segundo caso, a execución da obra complementaria non debe ser necesaria para o bo fin do proxecto: trátase, polo tanto, de engadidos non esenciais a este, por máis que poidan resultar moi convenientes".

- A interrelación física entre as obras iniciais e as novas. Neste sentido, as obras accesorias deben ser susceptibles de utilización separada, fronte á imposibilidade que iso entraña en relación coa modificación da obra. Neste sentido, Ditame 47127, do 29 de novembro de 1984, e Ditame 48034, do 24 de xullo de 1985.

- As dificultades técnicas de adxudicación e execución independente da obra non prevista que orixina o reformado fronte á accesorio ou complementaria; neste sentido no Ditame 48473, do 16 de xaneiro de 1986, e no Ditame 424, do 2 abril de 1992, resáltase que as obras non previstas converxen como un todo coa inicial, sendo tecnicamente imposible separalas; pola contra, a obra accesorio ben que é útil e contribúe a perfeccionar a obra principal, non inflúe para que esta manteña a súa autonomía técnica e, polo tanto, ambas son susceptibles de execución independente".

Posteriormente, a regulación das obras complementarias recolleuse no artigo 141 da Lei 13/1995, de contratos das administracións públicas. Entende a autora a que vimos seguindo que a reforma legal sitúa cunha mellor sistemática a figura e a separa da modificación do contrato. "A súa singularidade radica, na liña que marcara o artigo 153 do Regulamento de contratos do Estado, en que se posibilita en certos casos que as obras complementarias se adxudiquen, mediante procedemento negociado sen publicidade, ao mesmo contratista do contrato principal".

O precepto, artigo 141. d) indicaba o seguinte:

"Cando se trate de obras complementarias que non figuren no proxecto nin no contrato, pero que resulte necesario executar como consecuencia de circunstancias imprevistas, sempre que o seu importe total non exceda o 20 por cento do prezo do contrato no momento de aprobación das devanditas obras complementarias e a súa execución se confíe ao contratista da obra principal de acordo cos prezos que rexen o contrato inicial ou que, de ser o caso, fosen fixados contraditoriamente. Será requisito do establecido no parágrafo anterior que as obras non poidan separarse técnica ou economicamente do contrato principal sen causar inconvenientes maiores á Administración ou que, aínda que poidan separarse da execución do contrato inicial, sexan estritamente necesarias para o seu perfeccionamento. As demais obras complementarias que non reúnan os requisitos exixidos nos parágrafos precedentes deberán ser obxecto de contratación independente".

No Real decreto legislativo 2/2000, do 16 de xuño, que aproba o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, en diante (TRLCAP), a regulación é a seguinte:

"Cando se trate de obras complementarias que non figuren no proxecto nin no contrato, pero que resulte necesario executar como consecuencia de circunstancias imprevistas e a

súa execución se confíe ao contratista da obra principal, de acordo cos prezos que rexen para o contrato primitivo ou que, se é o caso, fosen fixados contraditoriamente.

Para a aplicación do establecido no parágrafo anterior, deberán concorrer os seguintes requisitos respecto do contrato principal:

1. Que as obras non poidan separarse técnica ou economicamente do contrato primitivo sen causar inconvenientes maiores á Administración ou que, aínda que se poidan separar da execución do devandito contrato, sexan estritamente necesarias para a súa execución.
2. Que as obras complementarias que se van executar definidas no correspondente proxecto estean formadas, polo menos, nun 50 por 100 do orzamento, por unidades de obra do contrato principal.
3. Que o importe acumulado das obras complementarias non supere o 20 por 100 do prezo primitivo do contrato.

As demais obras complementarias que non reúnan os requisitos exixidos nos parágrafos precedentes deberán ser obxecto de contratación independente".

Horgué Baena, analizando a Lei de contratos de 1995, indicaba que a distinción entre obras complementarias ou accesorias e a modificación do proxecto se volvera enturbar en tal normativa, pois non se recollían os criterios delimitadores que tanto a doutrina como o Consello de Estado foran establecendo. Así, afirma que dunha parte, "se unificaron ambas as institucións no seu presuposto: traen causa en circunstancias imprevistas que fan que as obras sexan necesarias; doutra, non se recolleron os criterios delimitadores de que fronte ao reformado, as obras accesorias eran unicamente convenientes e non necesarias, susceptibles de separarse tecnicamente".

A xuízo da autora, esta delimitación da figura das obras complementarias que se realizaba no artigo 141 da Lei de contratos das administracións públicas levaba a entender que se estaban a recoller os elementos identificadores tanto da modificación do contrato como das obras accesorias propiamente ditas. "A redacción deste precepto trae causa do artigo 7. 3 da Directiva 93/37/CEE para o contrato de obras" que, a xuízo da autora, consideraba "non só o que no noso sistema se entendeu como obras complementarias, senón tamén os elementos caracterizadores da modificación do proxecto por introdución de unidades non previstas". Máis adiante referirémonos a este aspecto ao estudar a incidencia na materia do dereito comunitario da contratación pública.

2. A regulación das obras complementarias na Lei de contratos do sector público. As obras complementarias deben ser sempre necesarias para o perfeccionamento do contrato principal.

O artigo 155 da LCSP indica: "Ademais de nos casos previstos no artigo 154, os contratos de obras poderán adxudicarse por procedemento negociado nos seguintes supostos: b)

Cando se trate de obras complementarias que non figuren no proxecto nin no contrato, ou no proxecto de concesión e o seu contrato inicial pero que debido a unha circunstancia imprevista pasen a ser necesarias para executar a obra tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato sen modificala, e cuxa execución se confíe ao contratista da obra principal ou ao concesionario da obra pública de acordo cos prezos que rexan para o contrato primitivo ou que, de ser o caso, se fixen contraditoriamente, sempre que as obras non poidan separarse técnica ou economicamente do contrato primitivo sen causar grandes inconvenientes á Administración ou que, aínda que resulten separables, sexan estritamente necesarias para o seu perfeccionamento, e que o importe acumulado das obras complementarias non supere o 50 por 100 do prezo primitivo do contrato. As demais obras complementarias que non reúnan os requisitos sinalados deberán ser obxecto de contratación independente".

A redacción da LCSP procede da Directiva 2004/18/CE, do 31 de marzo de 2004, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos, que indica no seu artigo 31, "casos que xustifican o recurso ao procedemento negociado sen publicación dun anuncio de licitación", que: "Os poderes adxudicadores poderán adxudicar contratos públicos por procedemento negociado, sen publicación previa dun anuncio de licitación, nos casos seguintes:...4) respecto dos contratos públicos de obras e contratos públicos de servizos: a) con relación a aquelas obras ou servizos complementarios que non figuren no proxecto previsto inicialmente nin no contrato inicial e que, debido a unha circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para a execución da obra ou dos servizos tal e como estaban descritos, sempre que a adxudicación recaia no operador económico que execute a devandita obra ou o devandito servizo: cando esas obras ou servizos complementarios non se poidan separar do contrato inicial técnica ou economicamente sen ocasionar grandes inconvenientes aos poderes adxudicadores ou ben cando as devanditas obras ou servizos, aínda que se poidan separar da execución do contrato inicial, sexan estritamente necesarios para o seu perfeccionamento". "Non obstante, o importe acumulado dos contratos adxudicados para as obras ou servizos complementarios non poderá ser superior ao 50% do importe do contrato inicial".

Como se pode observar, a caracterización das obras complementarias na LCSP baséase nas seguintes notas:

- Son obras que non figuran nin no proxecto nin no contrato (igual que no sistema do TRLCAP).
- Deben traer causa en circunstancias imprevistas (igual que no sistema do TRLCAP), o mesmo que as modificacións contractuais.
- Non se exige expresamente fundar a concorrencia de razóns de interese público, a diferenza das modificacións contractuais (igual que no TRLCAP).

- Deben ser "necesarias para executar a obra tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato", requisito introducido pola LCSP e que comentaremos posteriormente.

- As obras complementarias non poden modificar a obra tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato. En efecto, a LCSP refírese expresamente a que as obras deben ser "necesarias para executar a obra tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato sen modificala". Polo tanto, malia que a norma, como veremos, introduce de novo elementos de confusión na distinción, intenta enfaticamente marcar a diferenza entre as obras complementarias e as modificacións contractuais. Engádese expresamente, polo tanto, un requisito negativo: en ningún caso as obras complementarias poden modificar o proxecto do contrato principal. Este requisito xa se achaba implícito na regulación do TRLCAP.

- Gravosa posibilidade de separación técnica ou económica das obras complementarias: as obras non deben poder separarse técnica ou economicamente do contrato primitivo sen causar grandes inconvenientes á Administración (igual que no TRLCAP).

- Alternativamente ao último requisito, posibilidade de separación técnica ou económica das obras complementarias pero necesidade estrita da súa realización para o perfeccionamento do contrato primitivo (igual que na LCAP, mentres que no TRLCAP, con matiz distinto, se facía referencia á necesidade para a "execución" do contrato primitivo).

- O importe acumulado das obras complementarias non pode superar o 50 por 100 do prezo primitivo do contrato. Como se pode observar seguindo neste punto a Directiva comunitaria 2004/18/CE, aumentouse o límite de aplicación.

- Finalmente, podemos destacar tamén que se eliminou o límite do TRLCAP de que as obras complementarias que se vaian executar definidas no correspondente proxecto estean formadas, polo menos, nun 50 por 100 do orzamento, por unidades de obra do contrato principal.

O aspecto quizais máis dubidoso é o do requisito de que as obras deben ser "necesarias para executar a obra tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato" e a súa relación coas notas xa salientadas da non posibilidade de separación técnica ou económica ou da separabilidade pero necesidade estrita da súa realización para o perfeccionamento do contrato primitivo ¿Cando cabe entender que as obras complementarias son "necesarias" para a execución da obra ou dos servizos tal e como estaban descritos no proxecto previsto inicialmente ou no contrato inicial?

En particular, debe destacarse que a redacción tanto da directiva como da LCSP non é bastante clara, pois o elemento de "necesidade" indícase primeiro con carácter xeral e repítese logo como "estricta necesidade" só para as obras separables.

Por outro lado, só no caso das obras separables se fala da necesidade para o "perfeccionamento do contrato principal" mentres que iso se silencia no caso das obras non

separables, formulando, ademais, a cuestión se esa expresión é distinta do requisito "necesidade para a execución da obra tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato".

Ao noso modo de ver, a reconstrución do sentido do precepto debe ser a seguinte: o requisito "necesidade para a execución da obra tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato" debe considerarse equivalente a "necesidade para o perfeccionamento do contrato principal". Isto é, as obras complementarias deben ser sempre necesarias para o perfeccionamento do contrato principal. Polo tanto, este requisito aplicarase tanto ás obras separables coma ás non separables; a única diferenza é que no caso das obras separables, precisamente por esta nota de separabilidade, a interpretación do requisito debe ser máis estrita.

En definitiva, as obras complementarias deben ser ou ben necesarias para o perfeccionamento do contrato principal e non separables ou ben estritamente necesarias para o indicado perfeccionamento aínda que separables. A nota nuclear non é, polo tanto, a separabilidade ou non, senón a súa necesidade para o perfeccionamento do contrato principal.

A norma resalta, polo tanto, que a execución da obra complementaria debe ser necesaria para o bo fin do proxecto primitivo, por iso precisamente se lle atribúe o carácter de "complementaria". Non pode aparecer como unha obra desvinculada da orixinaria.

Non poden ocultarse, polo tanto, os grandes elementos de incerteza aplicativa que rodean esta institución pois:

- Pode ser difícil dilucidar nos casos concretos, dado o *continuum* en que consiste a realidade física, cando unha obra é necesaria ou "estritamente necesaria" para o perfeccionamento ou bo fin do contrato principal e en que consiste o indicado "perfeccionamento".
- Pode depender da amplitude, estreiteza ou ambigüidade coa que estean redactados os proxectos orixinarios dilucidar se realmente as obras complementarias modifican a obra tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato.
- A posibilidade ou de separación ou non técnica ou económica das obras, do que depende unha apreciación máis estrita ou non da necesidade das obras, non se formula en termos absolutos senón relativos tendo en conta os inconvenientes "grandes" que se ocasionen á Administración.

O que resulta máis claro é que a dicción normativa e a súa énfase na necesidade está a contradicir expresamente o carácter de mera conveniencia das obras complementarias que se mantiña anteriormente no noso dereito.

Ademais, a énfase da norma na necesidade das obras para o perfeccionamento ou bo fin do proxecto primitivo, notas en principio atribuídas tradicionalmente ás modificacións, pode contribuír de novo a aumentar a confusión entre as modificacións contractuais e os proxectos de obras complementarias.

Pola presenza destes elementos interpretables, consideramos que resulta fundamental nos proxectos de obras complementarias a xustificación que realicen os órganos técnicos da Administración da concorrencia dos requisitos legais, sen que se poidan limitar a formular declaracións xenéricas de que as obras responden ao concepto legal de complementarias.

3. A referencia en sede de modificación contractual ás obras complementarias na Lei de contratos do sector público

Para completar a análise das obras complementarias na LCSP, resulta fundamental referirnos á regulación das modificacións contractuais.

En efecto, é en sede de modificación contractual onde a norma caracteriza de forma negativa as modificacións contractuais cunha serie de expresións coas que a lei pretende axudar a discernir a diferenza no sistema legal entre unha figura e outra.

Así, o artigo 202, "modificacións dos contratos", indica o seguinte: "1. Unha vez perfeccionado o contrato, o órgano de contratación só poderá introducir modificacións neste por razóns de interese público e para atender a causas imprevistas, xustificando debidamente a súa necesidade no expediente. Estas modificacións non poderán afectar as condicións esenciais do contrato. Non terán a consideración de modificacións do contrato as ampliacións do seu obxecto que non poidan integrarse no proxecto inicial mediante unha corrección deste ou que consistan na realización dunha prestación susceptible de utilización ou aproveitamento independente ou dirixida a satisfacer finalidades novas non previstas na documentación preparatoria do contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, podendo aplicarse, de ser o caso, o réxime previsto para a contratación de prestacións complementarias se concorren as circunstancias previstas nos artigos 155 b) e 158 b)".

Do exposto dedúcese que a LCSP intenta facer unha conceptualización negativa dos modificados e indica, correlativamente, supostos que poderán, de ser o caso, ter a consideración de obras complementarias.

Neste sentido, do texto legal dedúcese que, sempre que se dean os requisitos legais antes analizados, poderán ter eventualmente a consideración de obras complementarias e nunca de modificados as seguintes obras:

- As prestacións ou obras novas que non poidan integrarse no proxecto inicial mediante a súa corrección.

De novo o criterio de distinción pode ser confuso na práctica. A lei permite que as modificacións contractuais consistan nunha ampliación do obxecto inicial, pero esta ampliación do obxecto debe poder integrarse no proxecto inicial mediante a súa "corrección". Parece que se quere dicir, en definitiva, que as modificacións que consistan en ampliacións do obxecto inicial deben ter relación coas previsións iniciais dos proxectos, ou máis ben, unha relación tal que permita falar dun "corrección" do proxecto pola súa introdución.

Fronte a iso, cando nos atopemos ante obras ou prestacións non comprendidas no obxecto inicial do contrato (novas obras engadidas ás inicialmente previstas) e que poderían ser tecnicamente obxecto dun proxecto independente e non supoñen unha modificación do proxecto orixinario, estaremos ante obras complementarias, e poderase aplicar o réxime previsto para a contratación de prestacións complementarias se concorren as circunstancias legais antes examinadas, substancialmente, se se dan circunstancias imprevistas e son necesarias para executar a obra tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato, isto é, se son necesarias para o bo fin do proxecto primitivo.

- As ampliacións do obxecto do contrato que consistan na realización dunha prestación susceptible de utilización ou aproveitamento independente.

Neste caso, poden presentarse tamén dúbidas de cando esas prestacións susceptibles de utilización ou aproveitamento independente poden ser realmente obras complementarias.

A LCSP incide no carácter en principio externo ao contrato primitivo desas obras susceptibles de utilización ou aproveitamento independente. Sen elas, a obra principal segue sendo completa, é dicir, susceptible de ser entregada ao uso xeral ou servizo público.

Formúlase entón un problema lóxico: para cumprir esas obras "independentes" as condicións legais para a súa contratación como complementarias co mesmo contratista, deberían cumprir os requisitos antes sinalados, en particular ser necesarias para o bo fin do proxecto primitivo, ou dito parafraseando os termos da LCSP, "ser necesarias para executar a obra tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato" ou "ser necesarias para o perfeccionamento do contrato primitivo". Non obstante, parece en principio difícil que unha obra "independente" poida ser "necesaria para o perfeccionamento do contrato primitivo". O suposto de obras "independentes" é máis difícil que se presente como casos de obras "non separables". Se son independentes, quere dicir que normalmente serán "separables", co que haberá que interpretar de forma máis estrita o requisito da súa necesidade para o perfeccionamento da obra principal.

En definitiva, se son obras completamente independentes da principal, normalmente non cumpriran os requisitos que exige a lei para a súa adxudicación ao contratista da obra principal e, como indica o inciso final do artigo 155. b) deberán ser obxecto de contratación independente.

- As prestacións dirixidas a satisfacer finalidades novas non recollidas na documentación preparatoria do contrato.

Este inciso legal ten importancia, pois evidencia que as modificacións contractuais nunca poden consistir na introdución no proxecto orixinario de obras dirixidas a satisfacer finalidades que non estivesen presentes no proxecto inicial, aínda que de novo pode ser dubidoso discernir cando determinadas referencias nun proxecto poden facer entender que ese proxecto intenta satisfacer ou non unha determinada finalidade.

Polo demais, estas prestacións dirixidas a satisfacer "finalidades novas" poderán considerarse como obras complementarias susceptibles de ser adxudicadas ao mesmo contratista naqueles supostos en que, malia non estaren previstas no proxecto inicial, aparezan, por circunstancias imprevistas, como necesarias "para executar a obra tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato"; isto é, cando sexan "necesarias para o perfeccionamento do contrato primitivo".

De novo aparecen problemas lóxicos, pois se conviñemos en que as obras complementarias deberían perfeccionar o proxecto primitivo, de admitirse este suposto de "finalidades novas", as obras estarían a perfeccionar un proxecto primitivo que non fai referencia dentro das súas finalidades a esas finalidades novas que as obras complementarias enchen.

Dalgún xeito polo tanto, as obras complementarias deberían ser necesarias, por circunstancias imprevistas, para o bo fin dun proxecto primitivo que non preveu esas obras entre as súas finalidades.

Os problemas interpretativos que formulan os tres supostos aludidos fan que debamos insistir na necesidade de que os expedientes de obras complementarias os xustifiquen en cada caso os órganos técnicos da Administración a concorrencia dos requisitos legais.

4. A distinción entre modificados e complementarios no dereito comunitario

Debe terse en conta que posiblemente boa parte da tensión que se produce na diferenciación na Lei de contratos do sector público entre as modificacións contractuais e complementarias provén do mantemento no noso dereito da institución do *ius variandi* nos seus perfís tradicionais, pero introducindo á vez a regulación das obras complementarias tomando a redacción da directiva.

En particular, Horgué Baena destacou que o precepto da Directiva 93/37/CEE que regulaba as obras complementarias -que é substancialmente igual ao artigo 31 da Directiva 2004/18/CEE, antes examinado-, podería cubrir a idiosincrasia característica de ambas as dúas figuras, tanto a que dá entrada á modificación do proxecto de obras como a que permite a adición de obras accesorias ou complementarias.

Neste sentido a autora destaca a dicción do precepto da directiva en canto ás obras complementarias que debido a circunstancias imprevistas pasan a ser necesarias para a

execución da obra, cando as devanditas obras non poidan separarse técnica ou economicamente do contrato principal sen causar inconvenientes maiores aos poderes adxudicadores.

Segundo a autora "non cabe definir mellor, no noso dereito, o presuposto en que descansa o réxime xurídico do *ius variandi*, na súa manifestación de novación do obxecto do contrato administrativo de obra".

Isto é, a regulación das obras complementarias no dereito comunitario podería incluír supostos que no dereito español se cualificaron tradicionalmente como modificados.

Así, a autora destaca que en Francia non se diferencia o réxime xurídico da modificación do contrato do das obras accesorias ou complementarias como acontece no noso país, senón que unicamente se intenta distinguir varios supostos co fin de establecer a que sistema de remuneración ten dereito o contratista ante prestacións non previstas inicialmente (explica a autora que a doutrina francesa destaca como principais manifestacións da modificación do contrato de obra pública os traballos imprevistos, suplementarios ou complementarios e destaca que as diferenzas entre estes conceptos son normalmente bastante débiles, pois en todos os casos non figuran no contrato inicial).

A perspectiva da autora resulta interesante, pois achega a sospeita de que acaso a nosa lexislación cometeu un erro ao incorporar a regulación comunitaria pero mantendo á vez a distinción entre modificados e complementarios nos termos que examinamos. O dereito comunitario permitiría aos poderes adxudicadores adxudicar ao mesmo contratista certas "prestacións non incluídas no contrato" relacionado coa obra principal, sempre que por necesidade imprevista se mostren necesarias para o seu perfeccionamento aínda que sexan tecnicamente separables (obras accesorias ou complementarias) ou sexan de todo necesarias sen que permitan tecnicamente a súa execución separada (modificación da obra).

Esta interpretación permite á autora soste que a modificación do contrato é unha institución que non é contraria á normativa comunitaria, tendo en conta que polo menos o seu resultado final está permitido: a Administración non ten que someter logo de publicidade e abrir á libre concorrència as "prestacións non previstas" inicialmente".

Agora ben, a autora tamén pon de manifesto a consecuente zona de fricción da lexislación española co dereito comunitario: o uso polos poderes adxudicadores do procedemento negociado sen publicidade ten un límite que non se pode traspasar. Isto é, o importe acumulado das prestacións adicionais non previstas non poderá ser superior ao 50% do importe do contrato principal.

Se se entende que o precepto da directiva abrangue tanto a figura da modificación como a das obras complementarias que o noso dereito coñece, podería soste que a adxudicación ao contratista das prestacións que non figuren no proxecto non pode superar o límite do 50% importe do contrato principal. A autora conclúe que a modificación que

superase este límite en máis estaría sombreada, cando menos, pola dúbida da súa adecuación á normativa comunitaria do dereito da contratación pública, sempre que o contrato de obra superarse o limiar cuantitativo da directiva.

Non obstante, a lexislación de contratos española non aceptou esta interpretación da normativa comunitaria senón que, pola contra, insistiu, e aínda máis despois da regulación da LCSP na distinción entre obras complementarias e modificacións contractuais.

A cuestión de se esta opción da lexislación española é correcta ou non desde a perspectiva do dereito comunitario foi cuestionada polas autoridades comunitarias e pode eventualmente levar á formulación dun procedemento de incumprimento que permita un pronunciamento do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas.

Así, segundo un comunicado de prensa da Comisión Europea de decembro de 2008, esta emitiu un ditame motivado contra o Reino de España por considerar que a regulación dos modificados na LCSP vulnera o dereito comunitario.

En particular, nese comunicado a Comisión Europea entende que a nova LCSP vulnera a normativa comunitaria ao permitir a modificación dos contratos con posterioridade á súa adxudicación dado que non está en consonancia cos principios de igualdade de trato, non discriminación e transparencia que exige a lexislación comunitaria. A LCSP "outorga aos órganos de contratación un amplo poder para modificar condicións esenciais dos contratos públicos con posterioridade á súa adxudicación, sen que as condicións para a súa modificación fosen previstas nos documentos do contrato de xeito claro, preciso e inequívoco".

Así mesmo, a Comisión considera que a LCSP permite ao órgano de contratación recorrer a procedementos negociados sen publicación en circunstancias distintas das establecidas na normativa comunitaria (aínda que non dispoñemos de información máis precisa, a cuestión podería estar relacionada coa cita na LCSP en sede de modificación contractual dos supostos a que antes nos referimos que non constitúen modificacións contractuais).

Aínda que non dispoñemos do texto do ditame motivado, pois non son obxecto de publicación, a Comisión Europea xa expresou noutras ocasións as bases xurídicas polas que conclúe a non conformidade da regulación española dos modificados constituída entón polo artigo 101 do Real decreto lexislativo 2/2000 coa Directiva 93/37/CEE.

De acordo coa argumentación da Comisión, o artigo 101 do Real decreto lexislativo 2/2000 permitía a poder adxudicador modificar o contrato despois da súa adxudicación e perfeccionamento por razóns de interese público debidas a novas necesidades ou causas imprevistas, e non imponía ningunha limitación á entidade ou ao alcance das modificacións que podían facer referencia ás condicións esenciais da licitación ou ao obxecto mesmo do contrato. Non existía tampouco a obriga de que o poder adxudicador comunicase de antemán aos licitadores os posibles cambios ou estipulase as razóns que os motivaban ou o procedemento utilizado para incorporalos ao contrato.

A Comisión Europea entende que esta regulación da modificación contractual pode infrinxir os principios de non discriminación entre os distintos contratistas.

A Comisión destacaba que, de conformidade co artigo 6 número 6 da Directiva 93/37/CEE, os poderes adxudicadores velarán por que non exista discriminación entre os distintos contratistas. O Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas sostivo no asunto 496/99, *Succhi di Frutta*, que baixo o principio de igualdade de trato entre contratistas, se lles debe ofrecer a todos os contratistas unha igualdade de oportunidade para formular as súas ofertas, e por iso as ofertas de todos os contratistas deben estar suxeitas ás mesmas condicións. Este principio e o seu colorario, o principio de transparencia, implica que todas as condicións e as normas detalladas do procedemento de adxudicación deben recollerse no anuncio de licitación ou nos documentos contractuais de forma clara, precisa e inequívoca e permitir así, en primeiro lugar, que todos os contratistas que queiran estar razoablemente informados poidan entender o seu significado exacto e interpretalas do mesmo xeito e, en segundo lugar, que o poder adxudicador sexa capaz de descubrir se as ofertas presentadas satisfán os criterios que se aplican ao contrato en cuestión.

Resalta tamén a Comisión que o Tribunal de Xustiza, ademais, estableceu que o cumprimento dos principios descritos anteriormente impide que o poder adxudicador altere as condicións xerais do prego de condicións realizando, unha vez que o contrato se adxudicou, modificacións unilaterais dalgunha das condicións esenciais da adxudicación. Unha condición é esencial cando, en caso de se incluír no anuncio de licitación ou no prego de condicións, permitise aos contratistas presentar ofertas substancialmente diferentes. As condicións da adxudicación veríanse distorsionadas se se permitise ao poder adxudicador, unha vez perfeccionado o contrato, modificar as condicións do prego sen a existencia dunha autorización expresa para iso nas disposicións correspondentes.

Por iso e de acordo coa sentenza do Tribunal de Xustiza citada anteriormente, se o poder adxudicador desexa, por razóns específicas, poder modificar algunhas condicións do prego unha vez realizada a selección do contratista, debe prever esa posibilidade de forma expresa, así como normas detalladas ao respecto, no anuncio de licitación que foi definido polo poder adxudicador e regula o marco no cal se desenvolve a contratación. Deste modo, todas as empresas interesadas en tomar parte no procedemento de licitación poden coñecer esa posibilidade desde o principio e, polo tanto, teñen a mesma base para formular as súas ofertas.

Segue a argumentación da Comisión indicando que, polo exposto, o artigo 101 do Real decreto legislativo 2/2000 infrinxe o artigo 6 número 6 da Directiva 93/37/CEE e os principios de igualdade de trato, non discriminación e transparencia desde o momento que permite modificacións de contratos por razóns de interese público debidas a novas necesidades sen considerar se se trata de modificacións de condicións esenciais da adxudicación.

Pois ben, é interesante poñer de manifesto que a continuación a Comisión se refire á relación da cuestión coa regulación das obras complementarias na directiva poñendo, polo tanto, de relevo a conexión xa sinalada dos modificados coas obras complementarias e evidenciando que, en opinión da Comisión, a figura das modificacións se debe considerar tamén desde a óptica dos supostos en que se fai posible o procedemento negociado sen publicidade por obras complementarias.

Así, exprésase que, as "razóns de interese público debidas a novas necesidades" non se atopan entre aquelas razóns que no artigo 7 número 3 da Directiva 93/37/CEE poden xustificar para o uso dun procedemento negociado sen publicar previamente un anuncio de licitación para a adxudicación dun contrato de obras públicas. Segundo o artigo 7 número 3 (d) da Directiva 93/37/CEE, "circunstancias imprevistas" poderían xustificar a aplicación dun procedemento negociado sen publicar previamente un anuncio de licitación para a adxudicación de obras complementarias se concorren todas as outras condicións.

A Comisión engade, ademais, que non obstante o artigo 7 número 3 (d) é unha excepción da normas que buscan asegurar a eficacia dos dereitos concedidos polo Tratado en relación cos contratos de obras públicas e por iso debe ser interpretada dun xeito estrito. Isto tamén implica que a carga da proba da existencia das circunstancias excepcionais recae na persoa que quere contar con esas circunstancias (ver asuntos C-199/85, número 14 e C-57/94, número 23).

Tamén a Comisión efectuou observacións no seu día sobre o anteproxecto de Lei de contratos do sector público, manifestando que o artigo 202. 1 non garda coherencia coa directiva, en particular polo que se refire ao principio de igualdade de trato e non discriminación, e ao artigo 31. 4. Indícase novamente o criterio do TEX no asunto CAS Succhi di Frutta, e arguméntase que o artigo 202. 1 autoriza os poderes adxudicadores para modificar o contrato con posterioridade á súa adxudicación e perfeccionamento por razóns de interese público debidas a novas necesidades (esta mención eliminouse do texto definitivo da LCSP) ou causas imprevistas. A Comisión argumenta que esta disposición non impón ningunha limitación á entidade ou ao alcance das modificacións. Estas poden variar as condicións esenciais da licitación ou o obxecto mesmo do contrato. Non existe tampouco a obriga de que os poderes adxudicadores comuniquen de antemán aos licitadores os posibles cambios, as razóns específicas que os motivan ou o procedemento para incorporalos ao contrato. Insiste a Comisión, polo que se refire ás "necesidades novas" en que ningunha disposición da Directiva autoriza os poderes adxudicadores para modificar un contrato xa celebrado por esa razón. En canto ás "causas imprevistas", iso debe interpretarse de xeito obxectivo, e a posibilidade de modificar o contrato e o alcance das modificacións deben encadrarse nas limitacións establecidas no artigo 31. 4 da Directiva 2004/18/CE.

Como se pode observar, a última mención indicada da Comisión evidencia novamente o seu criterio de que algúns supostos que son encadrados pola lexislación española baixo a institución das modificacións contractuais deben ser obxecto de exame desde a perspectiva e cos límites da figura das obras complementarias na directiva.

5. Os criterios da Sentenza do Tribunal de Xustiza (sala terceira) do 19 de xuño de 2008 no asunto C-454/06, en procedemento de cuestión prexudicial formulada conforme o artigo 234 CE

Para completar as consideracións anteriores, resulta relevante tamén en canto á distinción entre modificados e complementarios referirnos á recente Sentenza do Tribunal de Xustiza (sala terceira) do 19 de xuño de 2008, no asunto C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GMBH, en procedemento de cuestión prexudicial formulada conforme o artigo 234 CE polo Bundesvergabeamt austríaco.

Na sentenza fórmulase a seguinte doutrina xeral sobre as modificacións contractuais: "34. Co obxecto de garantir a transparencia dos procedementos e a igualdade dos licitadores, as modificacións das disposicións dun contrato público efectuadas durante a validez deste constitúen unha nova adxudicación no sentido da Directiva 92/50 cando presentan características substancialmente diferentes das do contrato inicial e, por conseguinte, poñen de relevo a vontade das partes de volver negociar os aspectos esenciais do contrato (véxase, neste sentido, a Sentenza do 5 de outubro de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, números 44 e 46)".

Podemos destacar a seguinte declaración da sentenza (número 36), que alude á relación entre os modificados e complementarios: "Así mesmo, a modificación dun contrato inicial pode considerarse substancial cando amplía o contrato, en boa medida, a servizos inicialmente non previstos. Esta última interpretación queda confirmada no artigo 11, número 3, letras e) e f), da Directiva 92/50, que impón, para os contratos públicos de servizos que teñan por obxecto exclusiva ou maioritariamente servizos que figuran no anexo I A desta Directiva, restricións en canto á medida en que as entidades adxudicadoras poden recorrer ao procedemento negociado para adxudicar servizos complementarios que non figuren nun contrato inicial".

Pois ben, ao noso xuízo esta sentenza é relevante para a relación entre as modificacións contractuais e os servizos complementarios.

Así o Tribunal de Xustiza parte do razoamento de que hai que comprobar se calquera alteración do réxime inicial do contrato constitúe unha nova adxudicación dun contrato no sentido das directivas comunitarias.

Polo que se refire ás modificacións que consisten na realización de servizos adicionais non previstos o tribunal entende que "a modificación dun contrato inicial pode considerarse substancial cando amplía o contrato, en boa medida, a servizos inicialmente non previstos". Diso dedúcese que son aplicables as "restricións" da directiva "en canto á medida en que as entidades adxudicadoras poden recorrer ao procedemento negociado para adxudicar servizos complementarios que non figuren nun contrato inicial".

Estas declaracións do tribunal implican o recoñecemento de que as modificacións que consistan en servizos adicionais deben conceptuarse como complementarios para as directivas, e que son aplicables os seus límites.

Agora ben, distintos son o resto dos supostos de modificación que se analizan na sentenza e se recoñecen polo tribunal como institución diferente, pois son alteracións de cláusulas ou do réxime do contrato (p. ex. "introducir novas condicións") que non se poden conceptuar como servizos adicionais: "as modificacións das disposicións dun contrato público efectuadas durante a validez deste constitúen unha nova adxudicación ... cando presentan características substancialmente diferentes dos do contrato inicial e, por conseguinte, poñen de relevo a vontade das partes de volver negociar os aspectos esenciais do contrato".

En definitiva, na nosa interpretación desta sentenza entendemos que o Tribunal de Xustiza considera o modificado que consiste en sumar servizos ou obras non previstos como un complementario ou, polo menos, identifícanse en canto ao seu tratamento, pois rexeríanse pola directiva e os seus límites.

Pero dedúcese da sentenza que non todos os modificados son complementarios. As modificacións que consistan na alteración das cláusulas, condicións ou réxime do contrato non son complementarios. Estas modificacións contractuais deben tratarse de acordo cos criterios desta sentenza, que non permite as modificacións substanciais.

6. Conclusións

Por todo o exposto, debemos dar conta de que na situación actual existe unha tensión entre a concepción tradicional no noso dereito sobre as modificacións contractuais e as obras complementarias e o sentido que se dá a estas institucións na normativa comunitaria na interpretación da Comisión Europea, tensión que pode rematar nun procedemento por incumprimento no Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas.

Podemos engadir que a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza distingue entre as modificacións contractuais e os complementarios, pero o problema prodúcese nas obras ou servizos adicionais que parecen tratarse como complementarios polo tribunal e, non obstante, baixo determinadas condicións de distinción no noso dereito, a esas obras ou servizos adicionais non lles son aplicables nas LCSP os límites dos complementarios senón o réxime das modificacións contractuais.

A situación pode, ademais, agravarse pola opción tomada polo lexislador español de elevar o límite das obras complementarias ata o máximo previsto na directiva (50% do orzamento do contrato primitivo) mantendo con iguais perfís a institución das modificacións contractuais nas que, en principio, non existe un límite cuantitativo aplicable fóra da previsión xeral introducida na lei, posiblemente a causa das observacións da Comisión, relativa a que coas modificacións contractuais non poden alterarse as condicións esenciais do contrato (artigo 202. 1).

Mentres non se resolva a situación por unha eventual sentenza do Tribunal de Xustiza, o operador xurídico deberá, ao noso xuízo, aplicar o disposto na LCSP, intentando cualificar axeitadamente os expedientes como de modificacións contractuais ou de obras complementarias segundo as distincións establecidas na indicada lexislación. A recomendación xeral que pode facerse é que, en caso de dúbida, na subsunción dos feitos dentro das construcións legais, debido á debilidade e imprecisión conceptual das distincións normativas, se tenda á cualificación dos expedientes como de obras complementarias, por ser unha institución máis restritiva na que existe presente un límite cuantitativo claro.

Así mesmo, unha conclusión práctica podería ser a de que non é recomendable ou prudente, pois eventualmente podería ser considerado contrario ás disposicións comunitarias, naquelas obras adicionais que deban cualificarse de acordo coa lei española como modificados e non como complementarios, superar o límite da directiva de que o importe acumulado non poderá ser superior ao 50% do importe do contrato inicial, e iso en todos os casos pero, especialmente, nos supostos dos contratos que superan os límites das directivas ou se nos atopamos ante obras financiadas con fondos europeos, debido á posibilidade dunha reacción das autoridades comunitarias.

Por outro lado, debe terse en conta que non haberá problema cando a cuestión quede reducida a un mero problema nominalista. Isto é, aínda que se cualificase o expediente como de modificación contractual de acordo co dereito español, se pode ser encadrado no concepto comunitario de obras complementarias non existiría problema legal pola inclusión de prestacións non previstas inicialmente sempre que se respectasen os límites cuantitativos da directiva. Como di Horgué Baena, "pode sosterse que a modificación do contrato é unha institución que non contraria a normativa comunitaria, tendo en conta que polo menos o seu resultado final está permitido: a Administración non ten que someter logo de publicidade nin abrir á libre concorrència as prestacións non previstas inicialmente. Noutras palabras, pouco importa desde a perspectiva dos intereses perseguidos polo dereito comunitario que a Administración poida adxudicar de forma negociada sen publicidade co contratista as obras non previstas no proxecto primitivo que a través da modificación do contrato sufra unha novación con este alcance".

Todo iso sen prexuízo de resaltar o carácter excepcional que deben ter tanto os supostos de modificacións como as de obras complementarias.

III. En particular, análise da exixencia de circunstancias imprevistas. Imprevisións, defectos de previsión. Distinción das figuras estudadas cos erros materiais do proxecto.

1. Interpretación da exixencia de circunstancias imprevistas. Formulación

O carácter excepcional das institucións que nos ocupan tamén está relacionado coa interpretación do concepto legal de "circunstancias imprevistas".

Destaca Horgué Baena que unha das cuestións que maior debate suscita na institución da modificación contractual é o de determinar se nos supostos de causas técnicas imprevistas "poden ter cobertura os erros da Administración ou os defectos de previsión, de maneira que eles xustifiquen a necesidade dun reformado do proxecto de obra". "É dicir, se as circunstancias que demandan a modificación da obra poden obedecer a causas imputables á Administración, en tanto que se manifestan como deficiencias cometidas á hora de elaborar o proxecto".

Como expón a autora, "certos erros cometidos pola Administración á hora de elaborar o proxecto ou o presuposto manifestan unha falta de dilixencia na súa actividade; así mesmo, os defectos de previsión aluden a casos en que a necesaria variación obedece a circunstancias que puideron prever os órganos contratantes". "Deste modo", expón a autora, "a modificación que traia causa en tales feitos compaxínase mal con necesidades novas ou causas técnicas imprevistas, tendo en conta que os feitos que determinan a necesidade da alteración do contrato estaban xa presentes na redacción e elaboración da obra proxectada". "Non hai pois feitos sobrevidos senón falta da debida dilixencia que a normativa de contratos exige á Administración contratante na redacción dos proxectos de obra", que deben definir con precisión o obxecto do contrato, como indica a nosa lexislación.

Como formula a autora, en definitiva, "trátase de determinar se as causas imprevistas deben interpretarse como circunstancias imprevisibles para a Administración no sentido de externas á súa actuación, ou como circunstancias imprevistas no sentido de non tidas en conta, aínda que puidesen selo coa debida dilixencia pola Administración contratante, e, deste modo, deducir se o defecto de previsión pode consentir a emenda de tales deficiencias mediante o conseguinte posterior reformado".

As mesmas consideracións serían aplicables ao suposto das obras complementarias, pois tamén se basean hoxe na lexislación española e na directiva na existencia de circunstancias imprevistas.

Agora ben, a cuestión fórmulase con matices diferentes, pois os complementarios nunca poden de acordo coa LCSP, consistir nunha corrección dos defectos do proxecto inicial, aínda que si poderían, a teor das definicións legais, formularse ou facerse necesarios para suplir as insuficiencias dun proxecto, isto é, para completar (sen corrixir) as previsións dun proxecto debido á emerxencia de circunstancias non previstas que fan que determinadas obras pasen a ser necesarias para executar a obra "tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato sen modificala", como indica a LCSP.

2. Distinción das modificacións contractuais da figura dos erros materiais do proxecto: posibilidade de corrección destes últimos sen a aplicación dos requisitos das modificacións contractuais. Relación cos complementarios

Polo que ás modificacións contractuais se refire, a cuestión atópase intimamente relacionada coa figura recollida legalmente dos erros materiais do proxecto.

En efecto, a LCSP establece no seu artigo 220. d) como causa de resolución do contrato de obras: "Os erros materiais que poida conter o proxecto ou presuposto elaborado pola Administración que afecten o orzamento da obra polo menos nun 20 por 100".

Só neste precepto alude a LCSP á figura dos erros materiais do proxecto, configurándose como unha figura distinta da modificación do contrato.

Esta figura non se atopa, polo tanto, regulada sistematicamente na LCSP. O artigo 158 do Regulamento de Contratación do Estado dispoñía que os erros materiais unicamente daban lugar á súa rectificación, mantendo a baixa proporcional resultante da licitación, engadindo que o contratista ou a Administración podían denunciar o contrato dentro dos dous meses seguintes á comprobación do reformulo no caso que tales erros afectasen polo menos un 20% o orzamento da obra.

A solución que se daba, polo tanto, a este suposto de erro, como resalta Horgué Baena, non era "aplicar o réxime xurídico do *ius variandi* senón o de rectificación de erros materiais, nunha solución similar á que para estes se contén na normativa sobre actos administrativos" (artigo 105 da Lei 30/1992). A autora, con todo, destaca que "a regulación dos erros materiais do proxecto ou do presuposto da obra garda unha clara conexión coa regulación da modificación", dado que en ambas as dúas figuras existe "a necesidade de variar o proxecto inicial" e "a posibilidade para ambas as dúas partes de extinguir o contrato se a variación afecta en máis ou menos o 20% do orzamento".

O relevante é que do réxime legal se deduce que cando o erro material non alcanza o límite indicado a consecuencia debe ser a rectificación do erro, non tendo esta rectificación o tratamento de modificación contractual, por non ser un suposto de exercicio da potestade de modificación.

Por outro lado, debe poñerse de manifesto que, a diferenza dos supostos de modificación contractual, no caso de que concorra causa de resolución por afectar o erro material o orzamento da obra polo menos nun 20%, soamente o contratista podería instar a resolución do contrato, pois de acordo co artigo 207. 2 da LCSP, a resolución só pode instarse por aquela parte á que non lle é imputable a circunstancia que der lugar a esta.

Polo tanto, aínda de concorrer erros materiais iguais ou superiores a un 20% do orzamento, se o contratista non exerce o seu dereito potestativo á resolución do contrato, a Administración non tería outra solución que a de proceder á rectificación dos erros do proxecto pois, como é evidente, sería contraria aos intereses públicos a execución dun proxecto defectuoso.

Debemos advertir que malia a aparente utilidade da figura dos erros materiais do proxecto para corrixir os problemas que estes presenten fóra da institución da modificación contractual, na práctica contractual das administracións públicas obsérvase a súa escasa utilización, quizais porque leva consigo o recoñecemento expreso da existencia dun erro.

Isto suxire que, na práctica, quizais se tramiten en ocasións como modificacións contractuais supostos que deberían ter un tratamento máis simple como de corrección de erros do proxecto.

Ademais dos diferentes tratamentos normativos que teñen ambas as dúas institucións, debe advertirse que cando se utiliza a figura da modificación contractual sempre poden xurdir máis dúbidas acerca da infracción dos principios comunitarios por un eventual voluntarismo selectivo da Administración consistente en decidir cando procede ou non a modificación dos proxectos e con que alcance ou contía. Isto é, a utilización da figura do modificado pode ser máis discutible desde o punto de vista da normativa comunitaria. Non obstante o recoñecemento expreso de que existe un erro material no proxecto que debe ser corrixido aínda que indubidablemente afecta o principio de licitación pública, posto que a obra que finalmente se vai executar non coincide coa inicialmente deseñada e sacada á concorrência, presenta menos dúbidas desde a perspectiva da necesidade ou non da corrección, pois evidencia que existe un erro no proxecto que afectaría, por definición, a todo posible contratista.

Por iso debemos recomendar que se realice sempre unha análise dos expedientes de modificación contractual para diferenciar, dentro deles, as pretendidas modificacións do proxecto que realmente responden a un erro material presente neste, pois nestes casos as indicadas obras deben desligarse do expediente de modificación contractual e ter o tratamento legal de erros materiais do proxecto que deben ser corrixidos e para os que non son aplicables os requisitos legais das modificacións contractuais, incluíndo o relativo ás circunstancias imprevistas e as razóns de interese público.

Naturalmente debe advertirse que o problema fundamental que presenta a figura dos erros materiais do proxecto é distinguir os supostos de feito que xustifican a utilización da figura dos que habilitan para o exercicio da potestade de modificación.

Ernesto García-Trevijano Garnica (*La resolución del contrato administrativo de obra*, Editorial Montecorvo, Madrid 1996), destacou a íntima conexión que existe entre a causa de resolución por erros materiais do proxecto e a modificación do contrato, dado que a través de ambos os dous supostos pretenden cubrirse as distintas situacións que poden presentarse en canto afectantes ao proxecto ou presuposto do contrato. No caso dos erros materiais, debe tratarse, segundo o autor indicado, de erros materiais iniciais, é dicir, defectos de orixe no proxecto ou presuposto. Se o proxecto fose correcto, aínda que se presentasen desaxustes durante a execución da obra non imputables a erro por imprevisións técnicas, ese desaxuste debería solucionarse a través do consecuente modificado. Para o autor indicado non debe tratarse estritamente de simples erros aritméticos (de suma, etc.), senón que deben consistir máis ben en erros de maior calado, porque impliquen imprevisións técnicas ou en definitiva defectos de fondo na propia elaboración do proxecto ou presuposto.

Horgué Baena, seguindo o esquema da dogmática civilista, distingue entre erros ou omisións de feito, erros ou equivocacións materiais e o erro aritmético ou de conta. Os

erros ou omisións de feito fan referencia a equivocacións conceptuais ou técnicas sobre os datos ou circunstancias da obra; os erros materiais aluden aos que poida conter o proxecto elaborado pola Administración en relación coas cantidades de obra ou o seu importe, ou coas variacións dos prezos respecto dos do cadro; e, por último, os erros aritméticos ou de conta manifestan unha equivocación puramente aritmética que non entraña erro na cantidade contratada.

Agora ben, a autora recoñece a dificultade de discernir cando nos atopamos entre os erros ou omisións de feito, que deben solucionarse cun eventual modificado, e cando ante erros materiais, en que simplemente procede a súa rectificación.

Seguindo a Joana M. Socías Camacho (Erro material, de feito e erro de dereito. Concepto e mecanismos de corrección publicado na Revista de Administración Pública n. ° 157, xaneiro-abril 2002), e esquematicamente, podemos salienta as seguintes características dos erros materiais e a súa diferenza cos erros de feito:

- O erro material refírese a un simple erro na exteriorización do acto mentres que o erro de feito consiste nunha inexacta representación dunha situación fáctica.

- O erro material é consecuencia dunha equivocada manipulación duns datos; propiamente, nestes supostos xa non se trata dun erro, senón que é máis ben unha errata, unha mera equivocación, é dicir, unha errónea exteriorización da auténtica vontade da Administración.

- O erro de feito consiste nunha equivocada ou inexacta crenza ou representación mental que serve de presuposto para a realización dun acto xurídico (suposto denominado de erro propio ou erro vicio da vontade de acordo coa dogmática *ius privatista*). Isto é, a vontade foi viciosamente formada sobre a base de inexacto coñecemento da realidade ou sobre unha equivocada crenza ou representación mental.

- En cambio, o erro é material (denominado na dogmática *ius privatista* obstativo ou impropio) cando a vontade se formou correctamente sobre un exacto coñecemento da realidade e a equivocación se produce ao declarar ou transmitir esa vontade; é un lapso que dá lugar a unha discordancia entre a vontade interna e a súa declaración (esta clase de erro é chamada tamén erro na declaración da vontade).

- Este concepto de erro material comprende tanto as equivocacións denominadas materiais *strictu sensu* como os erros aritméticos (erro numérico, erro de conta, erro de medida ou erro de cantidade).

- O erro material que comete a Administración non atenta nin contra a existencia nin contra a legalidade do acto administrativo, ao non ser máis que un simple defecto que terxiversa a exteriorización da súa vontade, pero non a auténtica declaración. A Administración, en consecuencia, cando constate erros materiais (sexan materiais *strictu sensu* ou aritméticos)

deberá proceder á súa rectificación coa intención de adecuar a manifestación externa da declaración á verdadeira vontade.

- Pero o procedemento de rectificación só será aplicable se a Administración aprecia auténticos erros materiais, é dicir, "só en caso de erros manifestos, perceptibles materialmente sen necesidade de complexas disquisicións xurídico-técnicas", pois "se a propia existencia do erro é dubidosa, (...) será inadmisíbel a utilización dun mecanismo rectificatorio" (STS do 21 de xullo de 1997 (Arz. 6049).

Naturalmente, no expediente que se tramite para a rectificación dos erros materiais do proxecto deberán quedar debidamente xustificadas a súa existencia e a súa concreta repercusión no orzamento do contrato sendo aplicables as consideracións que efectuaremos posteriormente sobre a posibilidade de abrir un expediente de investigación para dilucidar as posibles responsabilidades que se poden exixir.

Por último, o que pode estar máis claro, de acordo con todo o que expuxemos, é que en ningún caso os expedientes complementarios son adecuados para corrixir erros materiais dos proxectos iniciais.

3. Circunstancias imprevistas e circunstancias imprevisibles. As imprevisións e defectos de previsión como presuposto do *ius variandi* e das obras complementarias

Horgué Baena formula que no caso dos "erros ou omisións de feito, isto é, as equivocacións conceptuais ou técnicas sobre os datos ou circunstancias da obra" (suposto distinto ao dos erros ou equivocacións materiais e o erro aritmético ou de conta), se tales erros son debidos a unha defectuosa elaboración do proxecto por parte dos seus redactores atoparíamonos ante unha situación similar a aquela en que a necesidade de reformado de proxecto se debe a unha imprevisión imputable á Administración. A cuestión que se formula é resolver "se tal imprevisión ou erro de apreciación habilitaría a Administración para a modificación do contrato, tendo en conta que este trae causa nunha circunstancia que se podería evitar".

A autora indica que "a doutrina que se pronunciou sobre a devandita cuestión non dubida en incluír o defecto do proxecto por imprevisión ou por erro inicial de apreciación nos presupostos que habilitan a Administración para modificación do contrato" (a autora cita, neste sentido a García de Enterría Villar Palasí e Villar Ezcurra Juristo Sánchez e Sosa Wagner). "É máis", a doutrina indicada "rexeita que as causas técnicas imprevistas deban interpretarse no sentido de imprevisibles". A razón esgrimida por García de Enterría, citado pola autora, é que "o interese xeral debe prevalecer, en todo caso, e en calquera circunstancias, porque, doutro modo, sería a propia comunidade a que habería de padecer as consecuencias. Obrigar a comunidade a soportar unha estrada, un porto ou un encoro mal formulado *ab initio*, inútiles ou ineficaces desde a súa mesma concepción, por un simple respecto á *lex contractus* non tería sentido".

Engade que "esta solución é a que adoptará o Regulamento de contratos do Estado que aínda que de forma indirecta, prevía a devandito suposto". "Así, no artigo 154 admitirá que a modificación dun proxecto de obra pode traer causa nun defecto ou nunha imprevisión imputable aos seus autores, dispoñendo que en tales supostos poderá abrirse un expediente de investigación para depurar responsabilidades". "Neste sentido", expresa a autora, "a normativa de contratos parece decantarse por facer prevalecer o interese público que demanda a modificación do proxecto, de forma que non dubidaba en incluír nos presupostos habitantes o erro por imprevisión na elaboración do proxecto, aínda que coa consecuencia anexa de depurar as responsabilidades dos que fosen os seus causantes".

A autora analiza, así mesmo, a doutrina do Consello de Estado indicando que esta é a liña na cal se sitúa, aínda que indica que é posible observar algúns supostos en que se decanta na dirección contraria. "Na maioría dos casos o Consello de Estado non pasa máis alá de efectuar unha advertencia acerca de que os proxectos deben estar suficientemente estudados, de que hai que extremar o rigor e o celo na súa elaboración inicial para evitar posteriores modificacións, sen que iso o leve a ditaminar se se alegan razóns de interese público pola improcedencia do reformado". Todo iso "sen prexuízo de exixir que a Administración depure as responsabilidades que proceda dos responsables da elaboración dos proxectos".

Agora ben, expón Horgué Baena que nalgúns ditames do Consello de Estado se abre paso "a interpretación de que as causas habilitantes para a modificación de proxecto non amparan defectos por erros ou por faltas de previsión". "Segundo esta liña interpretativa, non se inclúen dentro das causas técnicas imprevistas as omisións ou os erros iniciais que puideron evitarse a través dunha conduta dilixente", pois a lexislación de contratos "unicamente permite a modificación" por feitos que eran imprevisibles no momento que o proxecto se elaborou". Nesta liña a autora cita o Ditame 79, do 1 de abril de 1993, que indica que "cando o artigo 149 exige que as modificacións se fundamenten en causas técnicas imprevistas ao tempo de elaborarse o proxecto, debe interpretarse no sentido de que concorran razóns técnicas imprevisibles (razoablemente) no proxecto orixinario, e non simplemente defectos ou meras imprevisións na devandito proxecto". Así mesmo, no Ditame 1375, do 9 decembro de 1993, indícase "nin as circunstancias novas poden servir de xustificación para chegar a modificar o propio obxecto do contrato nin as causas técnicas imprevistas hai que confundilas con simples imprevisións técnicas". Tamén o Ditame 1497 do 28 de decembro de 1993, "a xustificación técnica do proxecto modificado debe acreditar a concorrencia de tales circunstancias sobrevidas, pola contra, as causas que motivan poden atribuíse a imprevisións ou deficiencias do proxecto". Desde esta perspectiva, en definitiva, como di a autora, "os erros ou defectos de previsión non serían presupostos lexítimos para o exercicio do *ius varandi*".

A autora precisa que a cuestión que hai que determinar "non é tanto se o contrato debe continuar nos termos inicialmente establecidos con tales defectos sinalados, senón máis ben se debe resolverse e adxudicar un novo contrato coas deficiencias emendadas, ou se a Administración pode corrixilos mediante unha modificación". "Noutras palabras, se a obra proxectada é inadecuada para o interese público, non debe facerse cuestión acerca de que

esta non debe executarse neses termos. Atentaría contra a esencia da contratación pública, ademais do sentido común, facer prevalecer o respecto ao vínculo contraído sobre a devandito interese público debido ao dato da deficiente elaboración do proxecto". Entende a autora que neste sentido é como debe interpretarse a doutrina exposta do Consello de Estado, "que non cuestiona a necesidade de que a obra sexa a que requira o interese público, senón se para emendar tales imprevisións debe exixirse un novo contrato ou se para iso poderá acudir ao reformados do proxecto e á conseguinte modificación do contrato existente que implica a permanencia do mesmo contratista".

A autora conclúe indicando que non é posible que poidan darse "solucións apriorísticas e xerais senón que, inevitablemente, as circunstancias do caso serán determinantes á hora de precisar o máis conveniente ao interese público. Dun lado, parece unha solución extrema concluír que calquera deficiencia do proxecto, por nimia que sexa e polo mero dato de que pode evitarse coa debida dilixencia, exixa todo un novo expediente de contratación e licitación, pois, sen lugar a dúbidas, deixaría practicamente sen sentido a *potestas variandi*. Así mesmo, constringir as circunstancias imprevistas ás imprevísibles no sentido de externas e mesmo inevitables parece demasiado rigoroso pois achegaría o réxime do *ius variandi* a supostos similares aos que ten en conta a teoría da imprevisión. Por outra parte, admitir sen máis que todo defecto ou erro na elaboración dos proxectos de obras se corrixe co conseguinte reformado sen ningunha traba, leva a que poidan deixarse sen aplicación todos os principios de selección e adxudicación dos contratos". Por iso, a autora entende que "debe buscarse unha solución ponderada para a que pode axudar un criterio estimativo: a substancia da alteración. Desta forma, como pauta servirían os criterios que a normativa de contratos tradicionalmente dispuxo en relación coa posibilidade de apartarse do contrato, tanto nos casos de erro material como nos supostos modificación do proxecto. Neste sentido se a emenda dos erros técnicos, omisións ou imprevisións ao proxecto non chegan a alterar nun 20% o orzamento do contrato inicial, o reformado pode considerase unha solución que non atentaría ás regras adxudicación dos contratos". A autora recoñece que "os ditos criterios obedecen a unha finalidade distinta", isto é, "establecer ata onde pode imponer a Administración a rectificación de erros ou a modificación do contrato de forma obrigatoria para o contratista". "Non obstante", indica que "este é o punto de arranque do que partiu o Consello de Estado á hora de verificar se o interese público non se servía mellor cun novo contrato e non co mantemento, aínda que modificado, do existente". "Por iso, máis alá dunha modificación que supoña unha variación de orzamento, en máis ou en menos, do 20%, é onde debe discutirse a procedencia da modificación, aínda que esta obedeza a defectos ou imprevisións da propia Administración ou ben a circunstancias imprevísibles. Sendo estas, por outra parte, as coordenadas en que o Consello de Estado parece situarse, aínda que sexa porque estas son as modificacións que exixiron ditame".

A autora que vimos seguindo remata indicando que "sexa cal sexa a solución que se estime procedente, debe insistirse na necesidade de depurar responsabilidades como mecanismo de prevención para evitar que se reproduza o problema".

En definitiva, gran parte da doutrina e a maioría de ditames do Consello de Estado inclúen o defecto do proxecto por imprevisión ou por erro inicial de apreciación nos presupostos que habilitan a Administración á modificación do contrato o que supón rexeitar que as causas técnicas imprevistas deban interpretarse no sentido de imprevisibles.

Pola nosa parte, podemos indicar que unha interpretación rigorosa da existencia de circunstancias imprevistas no sentido de obxectivamente imprevisibles, aínda que pode ser máis viable nos supostos de modificacións contractuais distintos aos defectos de proxecto, non dá resposta axeitada á cuestión de como proceder nos supostos de obras afectadas por defectos técnicos, defectos de previsión ou erros do proxecto cando a repercusión orzamentaria da modificación requirida para corrixir estas deficiencias non alcanza a cifra do 20% a partir da cal a Administración pode apartarse do contrato a través do exercicio do seu dereito potestativo de resolución. Dado que sería contrario aos intereses públicos executar unha obra defectuosa, a única solución sería eliminar cun modificado menos as previsións defectuosas, coa consecuencia probable que leva consigo de non executar finalmente unha obra completa, ou ben a desistencia do contrato pola Administración, coa consecuente obriga de indemnizar o contratista.

Ademais, restaría por convir nun concepto claro do concepto do "imprevisible", pois é evidente que non se pode manexar nun sentido absoluto, no sentido de concorrencia dun estrito suposto de caso fortuíto ou forza maior. Neste sentido, algúns ditames do Consello de Estado falan da concorrencia de circunstancias "razoablemente imprevisibles". En definitiva, o concepto do imprevisible debe partir dunha definición previa de cal é a dilixencia exixible na realización das oportunas previsións.

Por outro lado, debe ponderarse sempre a situación do contratista, afectado polo erro da Administración e ao que este non é imputable e, polo tanto, non poderán cargarse as súas consecuencias, pois, aínda que se deberá observar tamén o caso concreto e comprobar a dilixencia do contratista, os erros da Administración non se inclúen dentro do principio do risco e ventura. Pode servir como exemplo desta situación os supostos coñecidos a doutrina como de maiores dificultades materiais na execución, como por exemplo as escavacións cunha proporción de rocha dura e rocha branda diversa á considerada no proxecto, a cimentación a máis profundidade ou a necesidade de emprego dunha técnica de cimentación distinta á considerada no proxecto por razóns dunha diferente natureza do terreo. En efecto, pode ser moi difícil, en moitos casos, entender que é o contratista o que debe correr cos riscos da maior onerosidade da obra cando concorran estes erros, co que a Administración debe contribuír á situación a través da tramitación dun proxecto modificado que recolla as novas condicións de execución da obra. Para este tipo de supostos podemos destacar que a Sentenza do Tribunal de Xustiza do 19 de xuño de 2008 no asunto C-454/06, antes citada indica que "unha modificación tamén pode considerarse substancial cando cambia o equilibrio económico do contrato a favor do adxudicatario do contrato dun xeito que non estaba prevista nos termos do contrato inicial" (número 37). Esta declaración é relevante dado que ela expresa non só que a alteración da ecuación financeira do contrato non se pode alterar a favor do contratista senón que permite tamén deducir que o mantemento da ecuación financeira do contrato sempre que se compense ao

contratista por defectos do proxecto ou por outras circunstancias sobrevidas, non imputables ao seu risco e ventura, non pode considerarse unha modificación substancial.

En resumidas contas, ao noso xuízo, se concorre un erro de feito no proxecto, isto é, a vontade da Administración formouse viciosamente sobre a base dun inexacto coñecemento da realidade ou sobre unha equivocada crenza ou representación mental (malia as garantías presentes na LCSP para intentar evitar estas situacións, como a existencia de informe de supervisión e do reformulo do proxecto), debe ponderarse a situación sempre do caso concreto, o imprescindible da modificación e as circunstancias derivadas dos intereses públicos.

Se as deficiencias do proxecto non superan o 20% do orzamento do contrato inicial, a modificación, logo de xustificación en expediente de órganos xestores da Administración, pode ser a única solución viable.

Se as deficiencias do proxecto superan o 20% do orzamento do contrato inicial, a Administración deberá xustificar por que o interese público non se serve mellor cun novo contrato e non co mantemento, aínda que modificado, do existente. Nestes supostos, como indicou o Consello de Estado nalgúns ditames, en principio a Administración pública debe inclinarse pola resolución do contrato, salvo que poida argumentar a existencia de razóns de interese público suficientes para prevalecer sobre unha desexable resolución do contrato para protexer argumentar os principios de concorrencia.

Polo que se refire á consideración das circunstancias imprevistas nos complementarios, como vimos, tamén se basean hoxe na lexislación española e na directiva na existencia de circunstancias imprevistas.

Agora ben, a cuestión fórmulase con matices diferentes, pois como dixemos, os complementarios nunca poden, de acordo coa LCSP, consistir nunha corrección dos defectos do proxecto inicial, aínda que si poderían, a teor das definicións legais, formularse ou facerse necesarios para suplir as insuficiencias dun proxecto. Isto é, para completar (sen corrixir) as previsións dun proxecto debido á emerxencia de circunstancias non previstas que fan que determinadas obras pasen a ser necesarias para executar a obra "tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato sen modificala", como indica a LCSP.

Así mesmo, a dialéctica que se aplica nos complementarios é parcialmente diferente á presente nos modificados, dado que nestes expedientes, ao non se tratar de corrixir erros dos proxectos, non se formulará normalmente a cuestión en termos de se a obra proxectada inicialmente é inadecuada ou non para o interese público ou se debe executarse ou non nos termos inicialmente proxectados, debendo terse tamén en conta que non se formula o problema do respecto ao vínculo contraído ou á súa resolución. O que debe formularse é se para suplir as eventuais insuficiencias dun proxecto (que é susceptible de execución sen modificalo) unhas obras complementarias poden encargarse ao mesmo contratista ou deben ser obxecto de contratación independente.

Para o caso dos complementarios debemos tamén destacar que non é posible que poidan darse solucións apriorísticas e xerais senón que, inevitablemente, as circunstancias do caso serán determinantes á hora de precisar o máis conveniente ao interese público.

IV. Cumprimento dos límites legais cuantitativos

Podemos referirnos agora ao cumprimento dos límites legais cuantitativos, isto é, á condición legal de que "o importe acumulado das obras complementarias non pode superar o 50 por 100 do prezo primitivo do contrato" e á súa interpretación hoxe.

Presenta interese aludir á forma de cálculo que debe utilizarse, dado que se formula o problema de se para o cálculo da porcentaxe hai que ter en conta o importe do contrato inicial ou, se se pode, tamén o importe dos modificados posteriores.

Esta é unha cuestión na que existiron distintas posturas pero que hoxe, á vista do estado actual da cuestión no dereito comunitario, podemos considerar máis clara.

En efecto, o artigo 155 da LCSP refírese a "obras complementarias que non figuren no proxecto nin no contrato, ou no proxecto de concesión e o seu contrato inicial pero que debido, a unha circunstancia imprevista, pasen a ser necesarias para executar a obra tal e como estaba descrita no proxecto ou no contrato sen modificala", "e cuxa execución se confíe ao contratista da obra principal ou ao concesionario da obra pública de acordo cos prezos que rexan para o contrato primitivo ou que, se é o caso, se fixen contraditoriamente", "sempre que as obras non poidan separarse técnica ou economicamente do contrato primitivo sen causar grandes inconvenientes á Administración ou que aínda que resulten separables sexan estritamente necesarias para o seu perfeccionamento, e que o importe acumulado das obras complementarias non supere o 50 por 100 do prezo primitivo do contrato".

Como vimos, a redacción da LCSP procede da Directiva 2004/18/CE, do 31 de marzo de 2004 que se refire no seu artigo 31 tamén a "obras ou servizos complementarios que non figuren no proxecto previsto inicialmente nin no contrato inicial" e que "pasen a ser necesarios para a execución da obra ou dos servizos tal e como estaban descritos", "cando esas obras ou servizos complementarios non se poidan separar do contrato inicial", ou ben "cando as devanditas obras ou servizos aínda que se poidan separar da execución do contrato inicial sexan estritamente necesarios para o seu perfeccionamento". "Non obstante, o importe acumulado dos contratos adxudicados para as obras ou servizos complementarios non poderá ser superior ao 50% do importe do contrato inicial".

De acordo coas normas citadas, queda claro hoxe en día, ao noso xuízo, que para o cálculo da porcentaxe que representan as obras complementarias sobre o importe do contrato inicial debe terse en conta precisamente o contrato inicial sen que poida sumarse o importe das modificacións de que poida ser obxecto.

Cuestión distinta é que se consideren as revisións de prezos de que o prezo inicial foi obxecto. Debido á constancia no contrato inicial dunha cláusula de revisión tendente ao mantemento do seu equilibrio económico, hai que entender comprendido o importe da devanditas revisións para a fixación dos prezos das obras complementarias.

V. Aspectos procedementais: tramitación das obras complementarias.

Tradicionalmente, debido á regulación das obras complementarias no Regulamento de contratación do Estado en sede de modificación contractual e a carencia dunha tramitación propia, a doutrina e a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa aplicaron, por analoxía, a tramitación formal das modificacións contractuais.

Esta análoga tramitación condénsase basicamente nos seguintes trámites:

- Solicitud de autorización para a redacción do proxecto de obras complementarias.
- Autorización para redactar o proxecto complementario.
- Proxecto de obras complementarias.
- Documento de audiencia ao contratista no que dea a súa conformidade.
- Informe de supervisión do proxecto.
- Resolución de aprobación técnica do proxecto complementario.
- Certificado de viabilidade do proxecto.

Agora ben, na consideración legal actual da figura, aínda que a execución das obras complementarias se confíe ao contratista da obra principal, atopámonos ante un procedemento negociado sen publicidade, o que quere dicir que deberán cumprirse os trámites que para este procedemento se exigen legalmente (sen que sexa preciso, iso si, solicitar tres ofertas debido á nota legal indicada que permite encargar a execución das obras ao contratista da obra principal).

Coa tramitación antes relatada poden darse por cumpridas as exixencias procedementais requiridas para a tramitación dun procedemento complementario salvo polo que se refire á necesaria aprobación dun prego de cláusulas administrativas particulares.

En efecto, debemos recordar que é de esencia tamén ao procedemento negociado sen publicidade a aprobación dun prego de cláusulas administrativas particulares polo órgano de contratación de acordo co artigo 99 da LCSP en que se incluírán os pactos e condicións definidores dos dereitos e obrigas das partes do contrato e as demais mencións requiridas por esta lei e as súas normas de desenvolvemento.

Polo exposto, para a aprobación das obras complementarias é necesario que se aprobe previamente o correspondente prego de cláusulas administrativas particulares adaptado ao disposto na LCSP.

CONTRATO DE XESTIÓN DE SERVIZOS PÚBLICOS NA NOVA LEI 30/2007, DO 30 DE OUTUBRO, DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.

MARÍA JESÚS LORENZANA SOMOZA.

Letrada da Xunta de Galicia.

I. INTRODUCCIÓN.

A análise da regulación que ofrece a Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público (en diante LCSP), do contrato de xestión de servizos públicos exige necesariamente abordar un exame comparativo do novo réxime xurídico do contrato na devandita lei e o réxime xurídico vixente ata a súa entrada en vigor, é dicir, o contido no Real decreto lexislativo 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas (en diante TRLCAP).

Unha vez efectuado o estudo de ambos os textos no que ao contrato de xestión de servizos públicos se refire, estudo que por outra parte tentaremos sintetizar nas liñas que seguen, é posible afirmar que as novidades introducidas pola LCSP no ámbito desta modalidade contractual son máis ben escasas e se centran fundamentalmente en tres aspectos: o concepto do contrato, a revisión de prezos e os supostos de aplicación do procedemento negociado en materia de adxudicación do contrato.

II. CONCEPTO.

2. 1. - O contrato de xestión de servizos públicos é definido pola LCSP cando dispón no seu artigo 8: **“O contrato de xestión de servizos públicos é aquel en cuxa virtude unha Administración pública encomenda a unha persoa, natural ou xurídica, a xestión dun servizo cuxa prestación foi asumida como propia da súa competencia pola Administración encomendante”**.

O antigo artigo 154 do TRLCAP definía, pola súa banda, os contratos de xestión de servizos públicos como **“os contratos mediante os cales as administracións públicas encomenden a unha persoa, natural ou xurídica, a xestión dun servizo público.”**

Do ata aquí sinalado podemos extraer a seguinte conclusión: que o novo concepto deste tipo contractual difire lixeiramente do que ofrecía o TRLCAP.

Ora ben, a distinción existente no concepto do contrato obedece claramente a un mero afán de perfeccionar o que ofrecía o antigo texto refundido, e non a unha auténtica intención de modificar a definición legal. Deste xeito, en lugar de definir o contrato reiterando a súa propia denominación (*contrato mediante o cal se encomenda a xestión dun servizo público*), a lei trata de englobar no seu concepto o propio concepto de servizo público pero, pola súa vez, sen limitar ou especificar cales son os servizos ou prestacións quen deben ser identificados como “públicos”; soamente afirma que se trata do contrato mediante o cal *se encomenda a xestión dun servizo cuxa prestación foi asumida como propia da súa competencia pola Administración encomendante*.

No momento actual, e sen profundar nas diversas consideracións doutriniais sobre a materia, a maioría dos autores definen o servizo público *strictu sensu* como aquela parte da actividade administrativa que supón:

- prestacións materiais e necesarias para a vida social,
- regulares e continuas,
- ás cales teñen dereito os cidadáns baixo o principio de igualdade de trato,

-e que, a consecuencia da súa titularidade, quedan sometidas a un réxime xurídico público, sen prexuízo da posibilidade de que a Administración leve a cabo a prestación en que o servizo consiste por si mesma ou acudindo ao auxilio dos particulares; desta última nota despréndese o feito de que para que unha actividade sexa considerada como servizo público será necesario que as normas legais correspondentes, sexan estatais ou autonómicas, atribúan efectivamente a competencia sobre o servizo público de que se trate a unha determinada Administración.

Pois ben, a nova lei non entra a definir o concepto de servizo público dunha forma tan precisa como acabamos de expoñer, o cal sería por outro lado un labor perigoso tendo en conta que resulta case imposible efectualo con total exactitude, senón que, polo contrario, dá unha regra básica que en todo caso se require para que o servizo sexa considerado como público: que a súa *prestación fose asumida como propia da súa competencia pola Administración encomendante*.

Deste modo a LCSP incorpora a última das catro características sinaladas como definitorias da noción doutrinal de servizo público, logrando así a consecución de dous obxectivos con este pequeno cambio conceptual: evita a reiteración dos termos “servizo público”, co que a definición do contrato resulta máis técnica e, por tanto, máis correcta que a anterior do TRLCAP pero, pola súa vez, ofrece un concepto amplo e flexible del, que se adecua ao seu carácter cambiante, ligado aos fins do Estado e ás actividades que este realiza en cada etapa para cumprir tales fins.

Así, do exposto ata o momento podemos concluír que, desde un punto de vista práctico, esta modificación legal non evitará ter que seguir acudindo ao obxecto e finalidade de cada contrato en concreto, así como tamén ás definicións doutriniais existentes, para os efectos de conseguir deslindar o contrato de xestión de servizos públicos doutras modalidades contractuais cuxas semellanzas en certos casos co mesmo son evidentes, tales como o contrato de concesión de obra pública ou o de servizos.

No que se refire ao contrato de concesión de obra, tras a súa regulación pola Lei 13/2003, do 23 de maio, é preciso deslindar este do contrato de xestión de servizos cando o obxecto do contrato é non só a prestación dun servizo senón tamén a realización de obras.

Neste sentido a xurisprudencia non resulta demasiado clarificadora, pois a maioría das sentenzas dan primacía ao declarado nos pregos sobre a esencia do contrato (entre outras, a sentenza do Tribunal Supremo do 9 de xullo de 2002).

A xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea, no entanto, vén afirmando (sentenza do 19 de abril de 1994) que é necesario examinar se as obras teñen un carácter principal ou accesorio respecto do obxecto da licitación.

Este último criterio parece o máis lóxico, tendo en conta que precisamente é o obxecto da prestación o que debe cualificar un contrato, de forma tal que, se o seu obxecto é conxuntamente a construción e explotación de obra, resultará aplicable o réxime xurídico da concesión de obra pública, salvo que a obra sexa de moi pouca entidade e o que prime realmente sexa a súa posterior explotación, xa que cando unha obra está rematada deixa de ser obra para se converter en moitos casos nun servizo público susceptible de ser explotado como tal, e non xa como obra.

En segundo lugar, resulta tamén interesante a análise da postura da xurisprudencia española respecto da diferenciación entre contrato de xestión de servizos e contrato de servizos. Así, segundo a mesma xurisprudencia en primeiro termo débese analizar quen é o destinatario directo da prestación. No caso dos contratos de xestión de servizos públicos o destinatario directo do servizo que se presta son os cidadáns, e no de servizos o destinatario directo é a Administración. E cando non sexa posible a distinción con base no criterio anterior, deberase observar a identificación da prestación principal e a accesoria que, en caso de dúbida, se resolverá polo criterio da forma de retribución: nos contratos de xestión de servizos o concesionario obtén a retribución directamente dos usuarios, mentres que nos contratos de servizos é a Administración a que retribúe o contratista.

En parecido sentido se pronuncia a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa en informes como o 25/2001, do 30 de xaneiro; o 49/1997, do 17 de novembro; e o 24/1996, do 30 de maio.

Para os efectos da distinción entre o contrato de xestión de servizos públicos e o contrato de servizos, é necesario salienta tamén a ampliación do ámbito deste último en detrimento do de xestión de servizos públicos na nova LCSP. Así, de acordo co anexo II da dita lei, a que remite o seu artigo 10, inclúense como servizos contratos que tradicionalmente eran considerados polo dereito español como de xestión de servizos públicos, precisamente pola aplicación do dereito comunitario, que encadra determinadas modalidades contractuais no ámbito dos servizos cando no noso ordenamento xurídico eran consideradas como de xestión de servizos públicos.

2. 2. - Unha vez sentado o que ata o de agora vimos expoñendo, hai que advertir que o disposto no parágrafo primeiro do artigo 8 da LCSP debe ser completado co restante contido do dito artigo, así como cos artigos 251 e 253 da mesma lei (estes últimos reproducen parte das previsións que recollían no seu momento os artigos 155 e 153 TRLCAP), e todo isto para os efectos de conseguir unha visión íntegra do concepto do contrato obxecto do noso estudo.

Así, o artigo 251 sinala: **“A Administración poderá xestionar indirectamente, mediante contrato, os servizos da súa competencia, sempre que sexan susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso se poderán prestar por xestión indirecta os servizos que impliquen exercicio da autoridade inherente aos poderes públicos”**.

Efectivamente, cando un servizo pertence á competencia dunha Administración, esta pode prestar ese servizo directamente, acudindo aos seus propios medios, ou pode facelo a través de particulares que leven a cabo a prestación de que se trate. Esta última opción darase exclusivamente respecto daqueles servizos que polas súas posibilidades de explotación sexan economicamente atractivos para os eventuais contratistas, e sempre que non se atribúan como consecuencia da xestión indirecta potestades públicas que non son externalizables pois que implican o exercicio de autoridade inherente ás administracións públicas.

Precisamente da posibilidade de que a xestión do servizo sexa levada a cabo pola propia Administración titular ou polos particulares deriva a principal clasificación existente dos distintos modos de xestión de servizos públicos, baseada, en definitiva, na distinta participación que ten a Administración na xestión do servizo. Tal clasificación é a empregada pola normativa vixente no noso ordenamento xurídico: LCSP (e no seu momento TRLCAP), Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases do réxime local, e R. D. legislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o texto refundido de disposicións legais vixentes en materia de réxime local, entre outras.

Así, a doutrina maioritaria adoita distinguir entre:

-XESTIÓN DIRECTA: é aquela en que a Administración presta directamente o servizo sen ningún tipo de intermediario entre o órgano encargado e o beneficiario do servizo.

A xestión directa pode ser, pola súa vez, centralizada ou descentralizada.

Na xestión centralizada o servizo é prestado por un órgano integrado na propia estrutura administrativa, mentres que na descentralizada o servizo o presta a propia Administración, pero a través dun órgano ou entidade que non se encontra integrado na propia estrutura administrativa, xa sexa este un organismo autónomo, unha entidade de dereito público sometida na súa actuación ao ordenamento xurídico privado ou unha sociedade pública.

A este último suposto (xestión directa descentralizada) é ao que se refire o artigo 8 punto segundo da LCSP para excluílo da aplicación das disposicións da lei referidas ao contrato de xestión de servizos públicos, precisamente porque neses casos non existe tal contrato, xa que a xestión do servizo ten carácter directo.

Así, o punto segundo do artigo 8 da LCSP sinala: **“As disposicións desta lei referidas a este contrato non serán aplicables aos supostos en que a xestión do servizo público se efectúe mediante a creación de entidades de dereito público destinadas a este fin, nin a aqueles en que a mesma se atribúa a unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa, na súa totalidade, de titularidade pública”**.

Unha previsión practicamente idéntica efectuaba xa o TRLCAP, no número dous do artigo 154.

Esta materia suscita certas cuestións que é necesario aclarar.

En primeiro lugar, o precepto exclúe do ámbito de aplicación do contrato de xestión de servizos públicos os supostos en que a prestación do servizo se efectúe mediante a **creación** de entidades de dereito público destinadas a este fin. Cabe entón aplicar este precepto aos supostos en que a prestación do servizo público sexa realizada por entidades de dereito público existentes con anterioridade á prestación? O máis lóxico é pensar que si, é dicir, que se dará a exclusión do ámbito da xestión indirecta respecto de todos aqueles

supostos en que tal xestión sexa levada a cabo por entidades de dereito público, e isto existan ou non previamente ao inicio da prestación. Débese interpretar que a referencia “creación” é precisamente a fin de evitar a posta en marcha de entidades especificamente destinadas a este fin pero sen que se poidan excluír as xa existentes.

En segundo lugar é preciso facer outro matiz respecto do previsto no artigo 8 punto segundo da LCSP, cal é o feito de que, tratándose dunha sociedade de dereito privado con capital público, é preciso que este o sexa da Administración titular do servizo, e isto a pesar de que o teor literal do precepto legal sinala sen máis: “sociedade de dereito privado cuxo capital sexa, na súa totalidade, de titularidade pública”.

-XESTIÓN INDIRECTA: é aquela en que a Administración emprega a técnica contractual para poderen ser xestionados por esa vía servizos públicos polos particulares. Para que isto poida ter lugar é imprescindible que tales servizos teñan un contido económico que os faga atractivos para os particulares e que non impliquen o exercicio de poderes soberanos da Administración, pois en tal caso só cabe xestión directa, como xa sinalabamos algunhas liñas atrás. Todo isto se consigna expresamente no artigo 251 da LCSP que acabamos de enunciar.

Pola súa vez, os autores acostuman distinguir diversas formas de xestión indirecta de servizos públicos. O artigo 253 da LCSP prevé os catro tipos de xestión indirecta de servizos públicos que tradicionalmente se adoitan distinguir (ademais dalgunha modalidade máis, como é o caso do arrendamento), e que dan lugar, en consecuencia, a outros tantos tipos de contratos de xestión de servizos públicos, a saber:

-A concesión, pola cal o empresario xestiona o servizo ao seu propio risco e ventura. É o modo normal ou máis típico de xestión de servizos públicos.

O réxime concesional normalmente supón o pagamento directamente polos usuarios, pois habitualmente esta modalidade vai emparellada a servizos públicos tan directamente vinculados á explotación de infraestruturas directamente utilizables polos cidadáns que eles son os que pagan pola utilización. Non obstante, en ocasións, tratándose

de servizos básicos e esenciais para a colectividade, estes prezos son prezos sociais, sendo a Administración a que se fai cargo de subvencionar o prezo ou parte do prezo real, ou tamén cabe que a Administración subvencione a explotación se esta resulta antieconómica (a través, neste caso, de fórmulas de mantemento do equilibrio económico do contrato).

O feito de que a Administración sexa a que no réxime concesional subvencione ou faga achegas públicas foi criticado pola Comisión Europea no seu informe ao anteproxecto da LCSP do 12 de decembro de 2006, argumentando que, se desaparece o risco do contratista inherente á explotación, xa que os usuarios deixan de ser os que retribúen, ao menos na súa totalidade, o concesionario, a concesión deixa de ser tal para ser un contrato de servizos; ou, polo menos, pasa a se converter de facto nunha xestión interesada onde o concesionario e a Administración reparten entre si o risco.

-A xestión interesada, pola que a Administración e o empresario participan nos resultados da explotación do servizo na proporción que se estableza no contrato.

Nesta modalidade de xestión os riscos da explotación sopórtaos a Administración titular do servizo, pero tal explotación confíase a un particular que percibe por ela unha compensación económica ou participación nos beneficios (interesamento).

-O concerto con persoa natural ou xurídica que veña realizando prestacións análogas ás que constitúen o servizo público de que se trate.

O seu ámbito propio é o dos servizos sociais, nos cales así se suple a carencia de instalacións propias empregando as privativas mediante contrato.

-A sociedade de economía mixta en que a Administración participe en concorrencia con persoas naturais ou xurídicas.

A este respecto é necesario lembrar o feito de que non serán consideradas sociedades de economía mixta aquelas sociedades participadas na totalidade do seu capital pola Administración, porque este suposto é considerado, como xa quedou dito, como xestión directa do servizo por parte da Administración.

Así, a partir da entrada en vigor da Lei 53/1999, do 28 de decembro, que modifica determinados aspectos da Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas, a exclusión da Lei de contratos prodúcese para as sociedades de capital **integramente** público, e deben, en calquera outro caso, adxudicarse os contratos de xestión de servizos públicos aplicando os procedementos previstos na lei (aberto, restrinxido ou negociado). Ata a entrada en vigor da citada Lei 53/1999, o antigo artigo 155. 2 da Lei 13/1995 sinalaba que non serían aplicables as disposicións relativas ao contrato de xestión de servizos públicos, entre outros, nos supostos en que a xestión do servizo se atribuíse a unha sociedade de dereito privado en cuxo capital fose **exclusiva ou maioritaria** a participación da Administración ou dun ente público dela.

Esta cuestión foi analizada tanto polo noso Tribunal Supremo, que en sentenza do 22 de abril de 2005 sinala que ante unha sociedade mixta non cabe entender existente unha xestión directa do servizo senón unha xestión indirecta, como tamén polo Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea, que ten declarado (sentenza Stadt Halle e RPL Lochau) que a participación, aínda que sexa minoritaria, dunha empresa privada no capital dunha sociedade en que participa tamén a entidade adxudicadora en cuestión, exclúe que a dita entidade adxudicadora poida exercer sobre esa sociedade un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos, de modo tal que a adxudicación dun contrato público a unha empresa de economía mixta sen licitación previa prexudicaría o obxectivo de que exista unha competencia libre e non falseada e o principio de igualdade de trato dos interesados establecido na Directiva 92/50, xa que este procedemento outorgaría a unha empresa privada que participa no capital da citada empresa unha vantaxe en relación cos seus competidores.

Tanto este suposto de sociedade de economía mixta, como o caso da xestión interesada, estritamente deben ser consideradas máis que como modos de xestión indirecta, como fórmulas de xestión mixta, nas cales se dá unha participación dobre ou conxunta en tal xestión, pola súa vez pola Administración e polo particular.

2. 3. - En último lugar, e para completar o concepto do contrato de xestión de servizos públicos, resulta preciso encadralo dentro das distintas categorías contractuais que presenta a nova LCSP, o cal será determinante, pola súa vez, do seu réxime xurídico.

En concreto, o contrato de xestión de servizos públicos será sempre:

- Un contrato administrativo
- Un contrato **non** suxeito a regulación harmonizada.

En primeiro lugar, este contrato é o único dos que poderíamos denominar contratos administrativos “tradicionalis”do dereito español que se mantén exclusivamente e en todo caso como contrato administrativo.

Isto é así desde o momento en que o artigo 19 da LCSP di expresamente que os contratos que este enumera (entre os cales se encontra precisamente o de xestión de servizos públicos) terán carácter administrativo “**sempre que sexan celebrados por unha Administración pública**”; e con anterioridade, o artigo 8 da mesma lei, ao definir o contrato de xestión de servizos públicos exige que sexa unha **Administración pública** a que encomende a unha persoa, natural ou xurídica, a xestión do servizo para que exista o contrato.

De todo isto dedúcese necesariamente, e como resulta evidente pola propia natureza do contrato, que este será en todo caso de carácter administrativo, e que non toparemos con “*contratos privados de xestión de servizos públicos*”.

En segundo lugar, o noso contrato non é un contrato suxeito a regulación harmonizada. Non se inclúe na enumeración que efectúa o artigo 13 da LCSP, precisamente porque non se trata dun dos contratos “típicos”do dereito comunitario (entendido este dereito como as directivas comunitarias, non os principios do dereito comunitario orixinario, que si lle resultarán aplicables).

Cales son as consecuencias que derivan desta particular clasificación do contrato de xestión de servizos públicos?

En primeiro lugar, as dúas principais consecuencias da clasificación do contrato de xestión de servizos públicos como contrato administrativo encóntranse no establecido no artigo 19. 2 da LCSP e no artigo 21. 1 da mesma lei.

O primeiro destes preceptos pronúnciase nos seguintes termos: **“Os contratos administrativos rexeranse, en canto a súa preparación, adxudicación, efectos e extinción, por esta lei e as súas disposicións de desenvolvemento; supletoriamente aplicaranse as restantes normas de dereito administrativo e, no seu defecto, as normas de dereito privado”**.

O artigo 21. 1 sinala: **“A orde xurisdiccional contencioso-administrativa será competente para resolver as cuestións litixiosas relativas á preparación, adxudicación, efectos, cumprimento e extinción dos contratos administrativos”**.

Estas dúas previsións son, pola súa vez, absolutamente coincidentes co réxime xurídico e orde xurisdiccional competente que viña establecer o texto refundido do ano 2002.

En segundo lugar, o feito de que o contrato non estea suxeito a regulación harmonizada debe ser tido en conta á hora de levar a cabo a aplicación da lei, pois os preceptos desta exclusivamente destinados aos contratos suxeitos a regulación harmonizada non lle serán aplicables ao contrato de xestión de servizos públicos, salvo que neles se estableza expresamente o contrario. Tal é precisamente o caso das medidas provisionais reguladas no artigo 38 da LCSP, e do recurso especial en materia de contratación do artigo 37, ambos extensibles a este contrato sempre que se cumpran dous requisitos establecidos nestes artigos, a saber:

- que o orzamento de gastos de primeiro establecemento sexa superior a 500. 000 euros.
- que o prazo de duración sexa superior a 5 anos.

III. A REVISIÓN DE PREZOS.

É unha das materias en que se observa unha evidente mellora en relación coa regulación que ofrecía a lei anterior no que ao contrato de xestión de servizos públicos se refire.

Para proceder ao estudo desta materia na nova LCSP é necesario, en primeiro lugar, lembrar o réxime que ata este momento estaba previsto para ela.

O TRLCAP regulaba con carácter xeral a revisión de prezos nos artigos 103 e seguintes. En concreto o citado artigo 103 sinalaba: **“a revisión de prezos nos contratos regulados nesta lei terá lugar nos termos establecidos neste título cando o contrato se executase no 20 por 100 do seu importe e transcorrese un ano desde a súa adxudicación, de tal modo que nin a porcentaxe do 20 por 100 nin o primeiro ano de execución, contado desde a dita adxudicación, poden ser obxecto de revisión.**

Esta norma xeral, que se aplicaba sen especiais dificultades nos restantes contratos, presentaba, no entanto, problemas de aplicación no caso dos contratos de xestión de servizos públicos.

A cuestión foi obxecto de estudo pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa en varios informes, como no 48/2000, do 21 de decembro, sobre “Criterios aplicables na revisión de prezos nos contratos de xestión de servizos públicos respecto da parte do contrato excluída de tal revisión”, así como tamén no 27/1993, do 22 de decembro, entre outros.

O problema que se analiza nestes informes, e que agora ecoa na nova LCSP no seu artigo 77, céntrase no feito de que, na xestión de servizos públicos, o prezo do contrato vén determinado polo seu prazo de duración, de xeito que tan só aplicando o límite do prazo xa se estarían en realidade aplicando os dous límites que prevé o artigo 103 do TRLCAP.

É máis, se nestes contratos cumprísemos cos dous requisitos estipulados no dito artigo, estaríamos restrinxindo, comparativamente falando en relación coas restantes

tipoloxías contractuais, a posibilidade de revisión de prezos, xa que a duración do contrato, como dicíamos, actuaría nunha dobre vertente:

- como límite estrito de prazo (un ano)
- e como límite de contía (que viría, pola súa vez, determinada polo dito prazo).

A Xunta Consultiva chega entón á conclusión nestes informes de que, tratándose de contratos de xestión de servizos públicos, se debía soste que, dos dous límites exentos de revisión, só debía xogar o do prazo.

En concreto, o fundamento para tal conclusión áchao a Xunta fundamentalmente na previsión establecida no artigo 162 do TRLCAP, en sede do contrato de xestión de servizos públicos, cando sinala: **“O contratista ten dereito á revisión das prestacións económicas previstas no contrato, se é o caso, nos termos que o propio contrato estableza.** ”, interpretando así que nos contratos de xestión de servizos públicos as cláusulas do contrato, e por tanto as do prego, prevalecen sobre as prescricións da lei en materia de revisión de prezos, de forma que nesta materia, a lei concede ao órgano de contratación a máis ampla liberdade, primeiro canto á posibilidade de revisión e, en segundo lugar, canto ás súas condicións.

Vista a problemática que presentaba a regulación desta materia no TRLCAP, e a interpretación que dela foi preciso realizar para lograr unha coherente aplicación no contrato de xestión de servizos públicos, parece positiva a previsión que efectúa a LCSP, e que xa non exige acudir a criterios interpretativos como anteriormente.

A revisión de prezos regúlase nos artigos 77 e seguintes da LCSP. En concreto, o artigo 77 reproduce no parágrafo primeiro do seu número 1 case na súa totalidade o contido do artigo 103, número 1, do TRLCAP a que fixemos referencia, pero no entanto incorpora un segundo parágrafo que é precisamente onde se atopa a novidade. O dito parágrafo en cuestión di: **“Non obstante, nos contratos de xestión de servizos públicos, a revisión de prezos poderá ter lugar unha vez transcorrido o primeiro ano de execución do contrato, sen que sexa necesario executar o 20 por 100 da prestación”.**

Con esta nova regulación, é a propia lei a que libera do cumprimento dun dos requisitos necesarios para poder levar a cabo a revisión de prezos, de forma que xa só resulta necesario no noso contrato que transcorra o límite dun ano sinalado para que resulte factible tal revisión, sen necesidade de levar a cabo ningún tipo de interpretación que adapte o precepto de aplicación xeral á especial natureza deste contrato.

IV. A ADXUDICACIÓN.

As novidades á adxudicación do contrato de xestión de servizos públicos encóntranse exclusivamente no caso de aplicación do procedemento negociado, á parte da existencia dun novo tipo de procedemento de adxudicación para todas as modalidades contractuais, cal é o diálogo competitivo, inexistente no texto anterior.

A regra xeral segue sendo na LCSP a aplicación do procedemento aberto, tal e como se sinala no artigo 122: **“A adxudicación realizarase ordinariamente, utilizando o procedemento aberto e o procedemento restrinxido. Nos supostos enumerados nos artigos 154 do 159, ambos inclusive, poderá seguirse o procedemento negociado, e nos casos previstos no artigo 164 poderá recorrerse ao diálogo competitivo.”**

Como xa adiantamos, as novidades fundamentais na materia de adxudicación encóntranse en relación ao procedemento negociado.

En primeiro lugar, debe facerse unha mención do artigo 154 desta nova lei, no cal por primeira vez se recollen uns supostos xerais en que será aplicable o procedemento negociado de adxudicación con independencia do tipo contractual, e adecuándose aos termos establecidos para cada tipo de contrato nos artigos seguintes.

Estes supostos, aplicables por tanto tamén ao contrato de xestión de servizos públicos, son, resumidamente, os seguintes:

a) Cando as proposicións ou ofertas económicas nos restantes procedementos de adxudicación seguidos previamente sexan irregulares ou inaceptables.

b) Cando se trate de contratos en que, por razón das súas características ou dos riscos que entrañen, non poida determinarse previamente o prezo global.

c) Cando non se presentase ningunha oferta ou candidatura nun previo procedemento aberto ou restrinxido, ou as ofertas non sexan adecuadas, sempre que as condicións iniciais do contrato non se modifiquen substancialmente.

d) Cando por razóns técnicas, artísticas ou de protección de dereitos de exclusiva, o contrato só poida encomendarse a un empresario determinado.

e) Cando unha imperiosa urxencia demande unha pronta execución do contrato, sempre que resulte de acontecementos imprevisibles e non imputables ao órgano de contratación, e non poida lograrse unha pronta execución mediante a aplicación da tramitación de urxencia.

f) Cando o contrato fose declarado secreto ou reservado, ou exixa medidas especiais de seguranza ou de protección dos intereses esenciais da seguranza do Estado.

g) Cando se trate de contratos incluídos no ámbito do artigo 296 do Tratado constitutivo da Comunidade Europea.

Pola súa vez, o artigo 156 da LCSP, xa exclusivamente aplicable aos contratos de xestión de servizos públicos, establece: **“Ademais dos supostos previstos no artigo 154, poderá acudirse ao procedemento negociado para adxudicar contratos de xestión de servizos públicos nos seguintes casos:**

a) Cando se trate de servizos públicos respecto dos cales non sexa posible promover concorrencia na oferta.

b) Os de xestión de servizos cuxo orzamento de gastos de primeiro establecemento se prevexa inferior a 500. 000 euros e o seu prazo de duración sexa inferior a cinco anos.

c) Os relativos á prestación de asistencia sanitaria concertados con medios alleos, derivados dun convenio de colaboración entre as administracións públicas ou dun contrato marco, sempre que este fose adxudicado con suxeición ás normas desta lei. ”.

Da lectura conxunta dos dous artigos que acabamos de enunciado, deriva o feito de que foron incluídos nesta nova lei, para o caso do contrato de xestión de servizos públicos, practicamente os mesmos supostos de utilización do procedemento negociado que os previstos no artigo 159 do TRLCAP, especificamente para o contrato de xestión de servizos, e con moi leves modificacións canto á súa redacción respecto do texto anterior.

De todas estas modificacións destaca unha delas, cal é o aumento do orzamento de gastos de primeiro establecemento por baixo do cal é posible recorrer ao procedemento negociado, o que supón, como para o resto dos contratos, un aumento, pola súa vez, das posibilidades de utilización do negociado, xa que a contía por baixo da cal se pode empregar este pasa dos 30. 050,61 euros aos 500. 000 euros.

En relación ao que se debe entender por gastos de primeiro establecemento para os efectos de coñecer con exactitude cal é o ámbito do procedemento negociado no que a este suposto de aplicación se refire, resulta interesante o informe 7/2008, do 11 de xuño, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia, sobre “Gastos de primeiro establecemento nos contratos de xestión de servizos públicos”, no cal se dá resposta á cuestión formulada pola Secretaría Xeral de Vicepresidencia da Xunta de Galicia e pola que “Se require da Xunta Consultiva pronunciamento sobre o que debe entenderse por gastos de primeiro establecemento para os efectos da utilización do procedemento negociado para a adxudicación de contratos de xestión de servizos públicos, tal e como se prevé no artigo 156, b) da Lei de contratos do sector público”.

En definitiva, o informe referido chega á conclusión de que “A falta de especificación do que se entende por “gastos de primeiro establecemento”na normativa dos contratos públicos exige acudir ao ámbito fiscal e da contabilidade para concretar o concepto”, e así, identifica os ditos gastos como “os necesarios ata que a empresa inicie a súa actividade”(acudindo ao concepto do antigo plan xeral de contabilidade, R. D. 1643/1999, do 20 de decembro).

“De acordo co anterior –continúa dicindo o informe- a consulta 3 do número 56/décembro 2003 do BOICAC (Instituto de Contabilidade e Auditoría de Contas do Ministerio de Economía e Facenda) sinala que os gastos de primeiro establecemento son os

orixinados por operacións de natureza técnica e económica, previas ao inicio da actividade da empresa con motivo de ampliacións de capacidade desta, necesarias para o normal funcionamento e cuxo importe non poida imputarse directa ou indirectamente á produción de bens e servizos concretos, coas seguintes características:

- a) Deben referirse ao período de desenvolvemento previo ao inicio da actividade.
- b) Deben ser necesarios para empezar a actividade produtiva.
- c) Deben ter natureza técnico-económica.

Deixando xa a un lado a problemática relativa ao concepto de gastos de primeiro establecemento, debe ser tido en conta no que se refire á aplicación do procedemento negociado no ámbito do contrato de xestión de servizos públicos o feito de que, de todos os supostos enunciados en que el se debe aplicar, o artigo 161 da LCSP prevé, pola súa vez, que o tal procedemento deberá ser con publicidade en determinados casos, como son:

- En todos aqueles casos en que se acuda ao procedemento negociado por concorreren as circunstancias previstas nas letras a) e b) do artigo 154.

- E nos que poidan adxudicarse por este procedemento por ser a súa contía inferior á sinalada na artigo 156, letra b), e sempre que o seu valor estimado sexa superior a 60.000 euros.

Deste último punto deriva o feito de que, a diferenza do previsto no antigo texto refundido, e ben que sexa certo que se amplían notablemente os casos en que pode ser utilizado o procedemento negociado, no entanto non en todos eles se trata dun procedemento negociado sen publicidade, senón que nalgún deles (nos que acabamos de sinalar) será obrigatoria a publicidade.

V. BREVE REFERENCIA AO RESTANTE RÉXIME XURÍDICO DO CONTRATO DE XESTIÓN DE SERVIZOS PÚBLICOS NA LCSP.

1. REQUISITOS DE SOLVENCIA.

Non hai novidades en relación co TRLCAP: o empresario deberá acreditar a súa solvencia a través dalgún dos medios que especificamente sinala a lei, de acordo co que para tal efecto sinala o órgano de contratación.

Canto á solvencia económica e financeira, observarase a regra xeral contida no artigo 64.

Canto á solvencia técnica ou profesional será de aplicación o artigo 68, que se remite aos documentos e medios de solvencia que sinala o artigo 67 para o contrato de servizos.

2. ACTUACIÓNS PREPARATORIAS.

As previsións nesta materia son practicamente idénticas ás contidas no TRLCAP. Regúlanse na nova lei nos artigos 116 e 117, que, como dicimos, teñen como antecedente os artigos 155. 2 e 158 do texto refundido.

A única novidade establécea o artigo 117 no seu punto terceiro, o cal contén unha previsión *ex novo* que resulta interesante: **“O órgano de contratación poderá incluír no prego, en función da natureza e complexidade deste, un prazo para os licitadores poderen solicitar as aclaracións que coiden pertinentes sobre o seu contido. As respostas terán carácter vinculante e deberán facerse públicas en termos que garantan a igualdade e concorrencia no procedemento de licitación”**.

Con tal previsión garántese a clareza e a transparencia do procedemento desde o momento en que os licitadores teñen a posibilidade de consulta directa ao órgano de contratación acerca das dúbidas que se lles presenten en relación co prego, converténdose a dita consulta non só nun dereito de calquera que participa no procedemento de contratación, senón tamén nunha obriga para a Administración: a de responder ás dúbidas suscitadas de forma vinculante e pública, o cal lle impedirá máis adiante, en calquera fase

ulterior do procedemento, separarse do criterio adoptado. Así se evita tamén a posible arbitrariedade do órgano de contratación na interpretación dos pregos, que regularán moitas veces no caso que nos ocupa contratos de extensa duración temporal.

3. NORMAS ESPECIAIS EN RELACIÓN COS EFECTOS, CUMPRIMENTO E EXTINCIÓN DESTE CONTRATO.

A LCSP dedica o seu libro IV á regulación dos efectos, cumprimento e extinción dos contratos administrativos. Este libro contén un título I en que se establecen normas xerais, e un título II que comprende certas normas especiais para as distintas tipoloxías contractuais. En concreto o capítulo III do citado título II, artigos do 251 ao 265, ambos inclusive, fai referencia ao contrato de xestión de servizos públicos.

Neste capítulo III, tras catro primeiros preceptos que teñen o carácter de disposicións xerais, a LCSP regula o réxime de execución do contrato, modificación (concretando lixeiramente os supostos de restablecemento do equilibrio económico contractual con respecto ao réxime anterior), cumprimento e efectos, resolución e subcontratación.

Os devanditos artigos recollen previsións practicamente idénticas ás contidas no antigo TRLCAP (fundamentalmente nos artigos 160 ao 170 dese texto refundido), polo que carece de sentido a análise pormenorizada de cada un deles, ao non existir novidade relevante neste materia.

O CONTRATO DE SUBMINISTRACIÓN.

JOAQUÍN MACHO CANALES

Letrado da Xunta de Galicia

I. REGULAMENTACIÓN.

A regulamentación do contrato de subministración na Lei de contratos do sector público 30/2007 aparece contida no capítulo IV do título II do libro IV e comprende os artigos 266 e ss.

Non obstante, a diferenza da lei anterior, ao longo do articulado da nova lei atopamos innumerables referencias ao contrato de subministración, constituíndo unha característica do novo corpo legal a estrutura desordenada, moi criticada pola gran maioría de xuristas.

II. CONCEPTO E NATUREZA DO CONTRATO DE SUBMINISTRACIÓN.

O contrato de subministración configúrase como un contrato administrativo típico, de carácter complexo, capaz de adoptar distintas modalidades negociais e referido sempre a bens mobles.

A súa finalidade, tipicamente instrumental, é a de prover a Administración dos bens, produtos, utensilios e, mesmo, servizos relativos a estes bens, que precisa para o cumprimento dos seus fins.

A Directiva 2004/18, no seu artigo **11**, entende como contratos públicos de subministración **os contratos públicos, distintos dos de obras, cuxo obxecto sexa a compra de produtos, o seu arrendamento financeiro, o seu arrendamento ou a súa venda a prazos, con ou sen opción de compra.**

Curiosamente, na LCSP, a definición do contrato de subministración non aparece contida no capítulo que dedica á regulamentación deste contrato, senón que aparece regulado no capítulo segundo do título preliminar, concretamente no **artigo 9. 1.**, que define no seu punto primeiro o contrato de subministración do seguinte xeito:

“1. Son contratos de subministración os que teñen por obxecto a adquisición, o arrendamento financeiro, ou o arrendamento, con ou sen opción de compra, de produtos ou bens mobles”.

Como vemos, a definición utilizada pola lei é análoga á empregada na Directiva 2004/18. Pola súa parte, a STS do 3 de novembro de 1993, definiu o contrato de subministración como aquel en que unha das partes se obriga a realizar a favor doutra prestacións periódicas ou continuas, a cambio dun prezo.

Tal concepto unitario do contrato de subministración, en realidade, engloba unha serie de contratos de natureza xurídica distinta e, polo tanto, tal cualificación legal ten como único obxectivo delimitar un procedemento contractual único para todos eles. Esta é a finalidade primordial que caracterizou inicialmente o contrato de subministración, presentando tres elementos fundamentais:

- A periodicidade
- O factor do tempo
- A indeterminación contractual da cantidade obxecto da subministración

Este concepto inicial foi evolucionando co tempo, para abranguer novas figuras como as de adquisición e arrendamento de bens en xeral e de equipamentos informáticos, ou o arrendamento con ou sen opción de compra e o arrendamento financeiro.

Os negocios xurídicos incluídos baixo a denominación de subministración son, pois, os seguintes:

1. - **Compravenda** (ordinaria ou a prazos): implica traslado da propiedade á Administración.

Aínda que o artigo 9 da lei non fai referencia á venda a prazos e o art. 75. 7 exclúe o pagamento aprazado, salvo nos casos de *leasing*, arrendamento con opción de compra, “así como nos casos en que esta ou outra lei o autoricen expresamente”, o art. 76. 4 admítea, aínda que sexa de forma indirecta (en referencia ao valor estimado dos contratos).

2. - **Arrendamento** (con ou sen opción de compra): non se produce traslado da propiedade á Administración, salvo que exerza a opción de compra.

Conforme o artigo 266 da LCSP, “1. *No contrato de arrendamento, o arrendador ou empresario asumirá durante o prazo de vixencia do contrato a obriga do mantemento do obxecto deste. As cantidades que, de ser o caso, deba satisfacer a Administración en concepto de canon de mantemento serán fixadas separadamente das constitutivas do prezo do arrendamento.*

2. *No contrato de arrendamento non se admitirá a prórroga tácita e a prórroga expresa non se poderá estender a un período superior á metade do contrato inmediatamente anterior”.*

3. - **Arrendamento financeiro** (*leasing*): implica a adquisición da propiedade de se exercer a opción de compra.

Comprende aqueles contratos que teñan por obxecto exclusivo a cesión do uso de bens mobles, adquiridos para determinada finalidade segundo as especificacións do futuro usuario, a cambio dunha contraprestación consistente no aboamento periódico das cotas. Os bens obxecto de cesión deberán quedar afectados polo usuario unicamente ás súas explotacións agrícolas, pesqueiras, industriais, comerciais, artesanais, de servizos ou profesionais. O contrato de arrendamento financeiro incluirá necesariamente unha opción de compra, ao seu remate, en favor do usuario.

III. CONTRATOS INCLUÍDOS E EXCLUÍDOS.

CONTRATOS INCLUÍDOS: conforme establece o número 3 do artigo 9 da LCSP, terán a consideración de contratos de subministración:

“a) Aqueles en que o empresario se obrigue a entregar unha pluralidade de bens de forma sucesiva e por prezo unitario sen que a contía total se defina con exactitude no momento de subscribir o contrato, por estaren subordinadas as entregas ás necesidades do adquirente. Non obstante, a adxudicación destes contratos efectuarase de acordo coas normas previstas no capítulo II do título II do libro III para os acordos marco celebrados cun único empresario”.
(Subministración sucesiva).

Este tipo de subministración comprende unha obriga contractual de tracto sucesivo, con entregas ao longo dun período de tempo, cuxa contía non está determinada, por estar supeditada ás necesidades duradeiras homoxéneas do órgano adquirente. Os seus trazos distintivos son, pois, os seguintes:

1. Entrega dunha pluralidade de bens: funxibles ou non funxibles, consumibles ou non consumibles.
2. Entregas sucesivas.
3. Prezo unitario.
4. O importe total do prezo non se define no momento da contratación, pois o número ou a cantidade de produtos depende das necesidades (orixinarias e sobrevidas) do órgano contratante.
5. Adxudicación conforme o procedemento previsto para o acordo marco subscrito cun único empresario.

Unha das novidades que presenta a lei respecto desta modalidade é a forma de adxudicación, xa que, como dixemos, a adxudicación destes contratos efectuarase a través do acordo marco.

“b) Os que teñan por obxecto a adquisición e o arrendamento de equipamentos e sistemas de telecomunicacións ou para o tratamento da información, os seus dispositivos e programas, e a cesión do dereito de uso destes últimos, a excepción dos contratos de adquisición de programas de ordenador desenvolvidos á medida, que se considerarán contratos de servizos”.

O contrato celébrase tanto sobre bens corporais (equipamentos e sistemas de telecomunicacións) coma sobre bens incorporais (programas de ordenador). Este último suposto é o único caso admitido de contrato de subministración de propiedades incorporais.

Convén advertir que a contratación deste tipo de produtos debe respectar a normativa de propiedade intelectual e industrial.

1º. En relación coa normativa de propiedade intelectual, o prego de cláusulas administrativas deberá recoller a cesión de todos os dereitos de explotación. En particular, o TR 1/1996, que regula a Lei de propiedade intelectual, dedica o seu título VII á protección dos programas de ordenador.

2º. Respecto á normativa de propiedade industrial, non cabe dúbida que se debe cumprir na súa literalidade o art. 101. 8 da lei sobre a forma de describir, nos documentos relativos ás especificacións técnicas, a prestación concreta obxecto do contrato, de xeito que non se determine o obxecto que se vai subministrar mediante a indicación de patentes, marcas etc., senón dunha forma xenérica que non favoreza determinadas empresas ou produtos ou discrimine outras ou outros. Tal mención ou referencia autorizarase, con carácter excepcional, no caso en que non sexa posible facer unha descrición precisa dabondo e intelixible do obxecto do contrato en aplicación dos números 3 e 4 deste artigo e deberá ir acompañada da mención «ou equivalente».

“c) Os de fabricación, polos cales a cousa ou cousas que teñan que ser entregadas polo empresario deban ser elaboradas conforme as características peculiares fixadas previamente pola entidade contratante, mesmo cando esta se obrigue a fornecer, total ou parcialmente, os materiais precisos”.

Este contrato vén sendo cualificado como un contrato de obra sobre un ben moble e, por isto, sonlle de aplicación as normas relativas ao contrato de obras, salvo as de publicidade, que serían as correspondentes ao contrato de subministración. A propia natureza do contrato permite que nos pregos se configuren aspectos correspondentes ao contrato de

obras. A chegada de materias primas pola Administración para a fabricación de produtos, mediante a aplicación de determinadas prescricións técnicas, constitúe un exemplo xenérico deste tipo de contrato.

A LCSP fai referencia aos contratos de subministración de fabricación no seu art. 267. 1, ao dispor: ***“Aos contratos de fabricación a que se refire a alínea c) do número 3 do artigo 9, aplicaráselles directamente as normas xerais e especiais do contrato de obras que o órgano de contratación determine no correspondente prego de cláusulas administrativas particulares, salvo as relativas á súa publicidade, que se acomodarán, en todo caso, ao contrato de subministración”.***

Débese destacar que non estamos ante un contrato mixto, senón ante unha subministración propiamente dita. As consecuencias son as seguintes:

1. - Respecto da adxudicación do contrato: non se atenderá, para a determinación das normas que se deban observar na adxudicación, ao carácter da prestación que teña máis importancia desde o punto de vista económico (art. 12), xa que, en tal caso, estaríamos sen dúbida ante un contrato de obra. É propiamente un contrato de subministracións, aínda que tendo en conta as súas especialidades, que en certa maneira o achegan a un contrato de obras, ben que sobre bens mobles, permite que no prego de cláusulas administrativas particulares o órgano de contratación determine as normas xerais e especiais do contrato de obras que resulten aplicables, sen que esta determinación poida alcanzar as normas relativas á súa publicidade que, como indica o artigo 267 da LCSP, se acomodarán, é dicir, se aplicarán, en todo caso, as propias do contrato de subministración e non as do contrato de obras.

2. - Respecto da execución do contrato. Dependerá do que se estableza no prego de cláusulas xerais e prescricións técnicas, así como no pertinente proxecto de obras.

Déixaselle, pois, ao órgano contratante, unha gran liberdade de configuración, pois o único límite explícito é o relativo á publicidade. Esta previsión ten gran importancia, dado que os contratos de subministración de fabricación exixirán publicidade comunitaria en función dos limiares establecidos para o contrato de subministracións (valor estimado igual ou

superior a 206. 000 €), non para o contrato de obras (valor estimado igual ou superior a 5. 150. 000 euros).

CONTRATOS EXCLUÍDOS: o artigo 9 da LCSP, no seu punto segundo, exclúe da consideración dos contratos de subministración os contratos relativos a propiedades incorporais ou valores negociables, cunha excepción, ao dispor:

“Sen prexuízo do disposto na alínea b) do número 3 deste artigo respecto dos contratos que teñan por obxecto programas de ordenador, non terán a consideración de contrato de subministración os contratos relativos a propiedades incorporais ou valores negociables”.

Por tanto, os valores negociables, a pesar de ser bens mobles, están sometidos ao réxime de contratación establecido pola lei patrimonial autonómica.

Por outra parte, non debemos esquecer que a nova lei exclúe do seu ámbito de aplicación determinados contratos de subministración. Así, o seu artigo 4, en distintos puntos contén as seguintes exclusións:

- **4. 1. g):** “Os contratos de subministración relativos a actividades directas dos organismos de dereito público dependentes das administracións públicas cuxa actividade teña carácter comercial, industrial, financeiro ou análogo, se os bens sobre os cales versan foron adquiridos co propósito de devolvelos, con ou sen transformación, ao tráfico xurídico patrimonial, de acordo cos seus fins peculiares, sempre que tales organismos actúen no exercicio de competencias específicas atribuídas a eles pola lei”.

- **4. 1. h):** “Os contratos e convenios derivados de acordos internacionais celebrados de conformidade co Tratado constitutivo da Comunidade Europea con un ou varios países non membros da Comunidade, relativos a obras ou subministracións destinadas á realización ou explotación conxunta dunha obra, ou relativos aos contratos de servizos destinados á realización ou explotación en común dun proxecto”.

- **4. 1. m):** “Os contratos polos cales un ente, organismo ou entidade do sector público se obrigue a entregar bens ou dereitos ou prestar algún servizo, sen prexuízo de que o adquirente dos bens ou o receptor dos servizos, se é unha entidade do sector público suxeita a esta lei, deba axustarse ás súas prescricións para a celebración do correspondente contrato”.

- **4. 1. p):** “Os contratos de compravenda, doazón, permuta, arrendamento e demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmobles, valores negociables e propiedades incorporais, a non ser que recaian sobre programas de ordenador e deban ser cualificados como contratos de subministración ou servizos, que terán sempre o carácter de contratos privados e se rexerán pola lexislación patrimonial. Nestes contratos non se poderán incluír prestacións que sexan propias dos contratos típicos regulados na sección 1ª do capítulo II do título preliminar, se o seu valor estimado é superior ao 50 por cento do importe total do negocio ou se non manteñen coa prestación característica do contrato patrimonial relacións de vinculación e complementariedade nos termos previstos no artigo 25; nestes dous supostos, as devanditas prestacións deberán ser obxecto de contratación independente conforme o establecido nesta lei”.

- **4. 1. q):** “Os contratos de servizos e subministración celebrados polos organismos públicos de investigación estatais e os organismos similares das comunidades autónomas que teñan por obxecto prestacións ou produtos necesarios para a execución de proxectos de investigación, desenvolvemento e innovación tecnolóxica ou servizos técnicos, cando a presentación e obtención de resultados derivados deles estea ligada a retornos científicos, tecnolóxicos ou industriais susceptibles de seren incorporados ao tráfico xurídico e a súa realización lles fose encomendada a equipos de investigación do organismo mediante procesos de concorrència competitiva”.

Por último, é necesario facer referencia aos contratos de subministración relativos aos sectores de auga, electricidade, transportes e comunicacións, que aínda que aparecen regulados especificamente na Lei 31/2007, do 30 de outubro, sobre procedementos de contratación nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais; exclúe do

seu ámbito de aplicación estes contratos cando se trate de contratos realizados por administracións públicas. Así o establece o seu artigo 5 ao dispor:

“Quedan excluídos do ámbito de aplicación desta lei os contratos que realicen os entes, organismos e entidades que, de acordo co artigo 3. 2 da Lei de contratos do sector público, teñan a consideración de administracións públicas, que se rexerán pola mencionada lei, en todo caso e sen prexuízo do disposto no artigo 6 desta lei, ben que os interesados poderán utilizar o procedemento de conciliación regulado no capítulo IV do título VII”.

IV. ACTUACIÓNS PREPARATORIAS.

EXPEDIENTE DE CONTRATACION: a regulación desta materia aparece recollida nos artigos 93 ao 95 da LCSP, que será de aplicación xeral e, polo tanto, tamén ao contrato de subministración, sen que exista ningunha especialidade aplicable a este contrato.

PREGOS: a súa regulación aparece contida nos artigos 98 ao 104 da LCSP, de aplicación xeral e, polo tanto, tamén de aplicación ao contrato de subministración, sen que tampouco atopemos neste punto ningunha especialidade aplicable a este contrato.

Si hai que ter en conta que nesta materia será igualmente de aplicación o disposto no RGCAP, en vigor e de aplicación en canto non contradiga a LCSP, polo tanto será de aplicación o disposto no artigo 67. 2 e 5, este último referido especificamente aos datos que deben conter os pregos de cláusulas administrativas particulares no contrato de subministración.

CAPACIDADE E SOLVENCIA: a súa regulación aparece contida nos artigos 43 e ss. da LCSP, de aplicación xeral. Non obstante, encontramos aquí algunhas especialidades aplicables ao contrato de subministración, concretamente no relativo á solvencia técnica.

Así, xunto coa solvencia xeral exixible nos contratos públicos, a LCSP no seu artigo 66 establece os distintos medios para acreditar a solvencia técnica nos contratos de subministración, precepto de carácter básico e redactado conforme o artigo 48 da Directiva 2004/18.

O mencionado artigo 66 da LCSP establece:

“1. Nos contratos de subministración a solvencia técnica dos empresarios acreditarase por un ou varios dos seguintes medios:

a) Relación das principais subministracións efectuadas durante os tres últimos anos, indicando o seu importe, datas e destinatario público ou privado delas. As subministracións efectuadas acreditaranse mediante certificados expedidos ou visados polo órgano competente, cando o destinatario sexa unha entidade do sector público ou cando o destinatario sexa un comprador privado, mediante un certificado expedido por este ou, na falta deste certificado, mediante unha declaración do empresario.

A relación de subministracións deberaa efectuar o licitador, utilizando os modelos que, para tal efecto, se poidan establecer nos pregos e, en caso contrario, facendo a necesaria referencia ás datas da subministración, o seu importe e separando debidamente as subministracións públicas e privadas. A norma exige ademais acreditar esas subministracións mediante a presentación de certificados, no caso de subministracións públicas, expedidos polo órgano de contratación ou representante da Administración contratante. Certificados non exentos de dificultades para a súa obtención, polo que se debería arbitrar a posibilidade de suplilos por outros documentos, como as copias dos contratos ou incluso por unha declaración do licitador, que a Administración podería comprobar por procedementos internos. No suposto de subministracións privadas, abondará un certificado expedido polo comprador ou, no seu defecto, unha declaración formal do empresario.

b) Indicación do persoal técnico ou unidades técnicas, integradas ou non na empresa, de que se dispoña para a execución do contrato, especialmente os encargados do control de calidade.

Neste mesmo sentido se pronuncia a Directiva 2004/18 no seu artigo 48. 2. b).

Tal como sinala o artigo 53. 1 da LCSP, *nos contratos de subministración que inclúan servizos ou traballos de colocación e instalación, poderáselles exixir ás persoas xurídicas que especifiquen, na oferta ou na solicitude de participación, os nomes e a cualificación profesional do persoal responsable de executar a prestación*. Este precepto actúa tanto como mecanismo de verificación da calidade técnica do equipo como de cláusula de salvagarda en caso de substitución incontestada de todos ou algún dos seus compoñentes por parte do adxudicatario.

c) Descrición das instalacións técnicas, das medidas empregadas para garantir a calidade e dos medios de estudo e investigación da empresa.

Igualmente, a directiva recolle este medio de acreditar a solvencia técnica no seu artigo 48. 2. c), con idéntico texto ao da LCSP.

Así mesmo, o artigo 53. 2 faculta os órganos de contratación para determinar nos pregos a obriga e o compromiso do contratista de dedicar ou adscribir á execución do contrato os medios materiais ou persoais suficientes para iso. Estes compromisos integraranse no contrato, os pregos ou o documento contractual poderanlles atribuír o carácter de obrigas esenciais para os efectos de resolución do contrato do artigo 206. g), ou establecer penalidades para o caso do seu incumprimento, conforme o artigo 196. 1, ambos da LCSP.

d) Control efectuado pola entidade do sector público contratante ou, no seu nome, por un organismo oficial competente do Estado no cal o empresario está establecido, sempre que medie acordo do dito organismo, cando os produtos que se vaian subministrar sexan complexos ou cando, excepcionalmente, deban responder a un fin particular. Este control versará sobre a capacidade de produción do empresario e, se for necesario, sobre os medios de estudo e investigación con que conta, así como sobre as medidas empregadas para controlar a calidade.

Este punto do artigo 66 da LCSP establece o control de calidade como medio de acreditar a solvencia e o artigo 134 da LCSP sinala a calidade como un dos criterios de valoración de ofertas para a adxudicación do contrato; polo tanto, para delimitar o concepto entre o que

deba ser criterio de solvencia ou de valoración, hai que observar os propios preceptos e, en tal sentido, a solvencia vén referida ao control sobre a capacidade de produción do empresario e, se for necesario, sobre os medios de estudo e investigación da conformidade dos produtos con especificacións ou normas, así como as medidas específicas empregadas para controlar a calidade, e non sobre a propia calidade vinculada ao obxecto, que constitúe criterio de valoración.

En consecuencia, para acreditar a solvencia técnica poderanse utilizar as medidas que o empresario puiden establecer para controlar e garantir a calidade dos produtos; en canto a que, como criterio de valoración, se poderá utilizar a calidade mesma, determinando todo isto coa debida precisión nos pregos.

e) Mostras, descrições e fotografías dos produtos que se van subministrar, cuxa autenticidade poida certificarse por petición da entidade do sector público contratante.

Nos pregos poderase exixir que o licitador presente coa documentación ou durante o desenvolvemento do procedemento, ademais das propias mostras, a certificación suficiente que acredite a autenticidade das mostras, descrições ou fotografías, cos produtos que vai subministrar.

A JCCA nos seus informes 41/05, do 26 de outubro, e 4/06, do 30 de xuño, admite a posibilidade de exixir mostras para determinar a solvencia técnica e, mesmo, usar idénticas mostras na sede de adxudicación coa necesaria diferenciación.

f) Certificados expedidos polos institutos ou servizos oficiais encargados do control de calidade, de competencia recoñecida, que acrediten a conformidade de produtos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificacións ou normas.

A competencia versa sobre o sector dos produtos obxecto do contrato. As normas e especificacións técnicas son as establecidas nos diferentes regulamentos comunitarios sobre produtos.

2. Nos contratos de subministración que requiran obras de colocación ou instalación, a prestación de servizos ou a execución de obras, a capacidade dos operadores económicos para prestar os ditos servizos ou executar a devandita instalación ou obras poderase avaliar tendo en conta especialmente os seus coñecementos técnicos, eficacia, experiencia e fiabilidade.

GARANTÍAS: a LCSP ocúpase da regulación desta materia nos artigos 83 ao 92, de aplicación xeral a todos os contratos e, polo tanto, tamén ao contrato de subministración. Non obstante, podemos facer algunhas precisións respecto do contrato de subministración:

- Atendidas as circunstancias concorrentes no contrato, o órgano de contratación pode eximir o adxudicatario da obriga de constituír garantía, xustificándollo adecuadamente nos pregos, especialmente no caso das subministracións de bens consumibles cuxa entrega e recepción se deba efectuar antes do pagamento do prezo.
- Os contratos de subministración de fabricación, aínda que se configuran como auténticos contratos de subministración, achéganse aos contratos de obras e, tal e como prevé o artigo 267 da LCSP, aplicaráselles directamente as normas xerais e especiais do contrato de obras que o órgano de contratación determine no correspondente prego de cláusulas administrativas particulares, salvo as relativas á súa publicidade, que se acomodarán, en todo caso, ao contrato de subministración. Polo tanto, en materia de prestación de garantías, seranlle de aplicación as normas aplicables ao contrato de obras.
- No contrato de subministración, a garantía definitiva cobre, ademais de conceptos sinalados con carácter xeral, as responsabilidades derivadas da existencia de vicios ou defectos nos bens ou mercadorías obxecto do contrato durante o prazo establecido nel. En efecto, o artigo 274 da LCSP sinala: *“1. Se durante o prazo de garantía se acreditar a existencia de vicios ou defectos nos bens subministrados, a Administración terá dereito a reclamar do contratista a reposición dos que resulten inadecuados ou a súa reparación se for suficiente.*

2. Durante este prazo de garantía o contratista terá dereito a coñecer e a ser oído sobre a aplicación dos bens subministrados.

3. Se o órgano de contratación considerar, durante o prazo de garantía, que os bens subministrados non son aptos para o fin pretendido, como consecuencia dos vicios ou defectos observados neles e imputables ao contratista, e exista a presunción de que a reposición ou reparación de tales bens non será bastante para lograr aquel fin, poderá, antes de expirar o dito prazo, rexeitar os bens deixándoos por conta do contratista e quedando exento da obriga de pagamento ou tendo dereito, de ser o caso, á recuperación do prezo satisfeito.

4. Terminado o prazo de garantía sen que a Administración formalizase algún dos reparos ou a denuncia a que se refiren os números 1 e 3 deste artigo, o contratista quedará exento de responsabilidade por razón dos bens subministrados”.

V. ADXUDICACIÓN.

A regulación desta materia aparece recollida nos artigos 122 ao 191 da LCSP e é de aplicación xeral a todos os contratos públicos, limitándonos a sinalar as principais especialidades aplicables ao contrato de subministración. A adxudicación realizarase mediante a oportuna licitación, utilizando ordinariamente o procedemento aberto ou o restrinxido. O procedemento negociado e o diálogo competitivo poderanse utilizar nos casos expresamente establecidos na lei.

PUBLICIDADE (art. 125 e 126 LCSP):

1. - Anuncio facultativo de información previa. Os órganos de contratación poden publicar un anuncio de información previa co fin de dar a coñecer os contratos de subministración

que teñan proxectado adxudicar nos doce meses seguintes, cuxo valor total estimado sexa igual ou superior a 750. 000 €.

2. - Anuncio obrigatorio de licitación. Antes da realización de cada contrato de subministracións e dependendo de se se trata de contratos suxeitos a regulación harmonizada ou non. Este limiar foi fixado pola Lei estatal do 27 de decembro de 2007 no importe de 206. 000 €. (Contratos suxeitos a regulación harmonizada: no DOUE + BOE + DOG (+ perfil do contratante. Resto de contratos: DOG (+ perfil do contratante).

O cálculo do valor estimado total realizarase conforme establece o artigo 76 de LCSP.

LICITACIÓN (art. 127 ao 133 LCSP): unicamente faremos unha precisión en canto á admisibilidade de variantes. Así, nos procedementos de adxudicación de contratos de subministración ou de servizos, os órganos de contratación que autorizasen a presentación de variantes ou melloras non poden rexeitar unha delas polo único motivo de que, de ser elixida, daría lugar a un contrato de servizos en lugar de a un contrato de subministración ou viceversa. Esta previsión debe conectarse con aqueles supostos en que se encontran intimamente relacionados estes dous tipos de contratos, como a subministración de equipamentos informáticos que vaia acompañada de prestacións relativas ao mantemento e xestión dos sistemas de información e as adaptacións necesarias, o que se pode considerar un contrato mixto, cuxa adxudicación se debe seguir polas normas propias da prestación que teña máis importancia desde o punto de vista económico. En tales casos, unha variante ou mellora nun concepto determinado pode determinar que a prestación que, nun principio, determinaba o réxime de adxudicación do contrato, se vexa superada cuantitativamente por outra que, se é un tipo distinto, unha prestación de facer, no canto dunha entrega, poida determinar de novo a aplicación dun novo réxime xurídico á adxudicación do contrato de que se trate.

SELECCIÓN DO ADXUDICATARIO (art. 134 ao 136 LCSP): unicamente facer referencia aos distintos supostos en que proceda unha valoración de máis dun criterio, recollidos no artigo 134. 3 e 4 da LCSP, conforme o cal:

“A valoración de máis dun criterio procederá, en particular, na adxudicación dos seguintes contratos:

a) Aqueles cuxos proxectos ou orzamentos non puidesen ser establecidos previamente e deban ser presentados polos licitadores.

b) Cando o órgano de contratación considere que a definición da prestación é susceptible de ser mellorada por outras solucións técnicas, que proporán os licitadores mediante a presentación de variantes, ou por reducións no seu prazo de execución.

c) Aqueles para a execución dos cales facilite o órgano, organismo ou entidade contratante materiais ou medios auxiliares, cuxa boa utilización exixa garantías especiais por parte dos contratistas.

d) Aqueles que requiran o emprego de tecnoloxía especialmente avanzada ou cuxa execución sexa particularmente complexa.

...

f) Contratos de subministracións, salvo que os produtos que se vaian adquirir estean perfectamente definidos por estaren normalizados e non sexa posible variar os prazos de entrega nin introducir modificacións de ningunha clase no contrato, sendo, por conseguinte, o prezo o único factor determinante da adxudicación.

...

h) Contratos cuxa execución poida ter un impacto significativo no ambiente, na adxudicación dos cales se valorarán condicións ambientais mensurables, tales como o menor impacto ambiental, o aforro e o uso eficiente da auga e a enerxía e dos materiais, o custo ambiental do ciclo de vida, os procedementos e métodos de produción ecolóxicos, a xeración e xestión de residuos ou o uso de materiais reciclados ou reutilizados ou de materiais ecolóxicos.

4. Cando se tome en consideración máis dun criterio, deberá precisarse a ponderación relativa atribuída a cada un deles, que poderá expresarse fixando unha banda de valores cunha amplitude adecuada. No caso de que o procedemento de adxudicación se articule en varias fases, indicárase igualmente en cales delas se irán aplicando os distintos criterios, así como o limiar mínimo de puntuación exixido ao licitador para continuar no proceso selectivo.

Cando, por razóns debidamente xustificadas, no sexa posible ponderar os criterios elixidos, estes enumeraranse por orde decrecente de importancia”.

Canto á clasificación das ofertas e á adxudicación provisional e definitiva do contrato, non cabe indicar ningunha especialidade e serán de aplicación as normas xerais.

PROCEDEMENTOS DE ADXUDICACIÓN: procedementos aberto, restrinxido, negociado e diálogo competitivo.

PROCEDEMENTO ABERTO (art. 141 ao 145 LCSP): non existe ningunha especialidade aplicable ao contrato de subministración, polo que serán de aplicación as normas xerais.

PROCEDEMENTO RESTRINXIDO (art. 146 ao 152 LCSP): tampouco atopamos aquí ningunha especialidade aplicable ao contrato de subministración e serán, por tanto, de aplicación as normas xerais reguladoras deste procedemento.

PROCEDEMENTO NEGOCIADO (art 153 ao 162 LCSP): ademais de nos casos previstos no artigo 154, os contratos de subministración poderanse adxudicar mediante o procedemento negociado nos seguintes supostos:

a) Cando se trate da adquisición de bens mobles integrantes do patrimonio histórico español, logo da súa valoración pola Xunta de Cualificación, Valoración

e Exportación de Bens do Patrimonio Histórico Español ou organismo recoñecido para o efecto das comunidades autónomas, que se destinen a museos, arquivos ou bibliotecas.

b) Cando os produtos se fabriquen exclusivamente para fins de investigación, experimentación, estudo ou desenvolvemento; esta condición non se aplica á produción en serie destinada a establecer a viabilidade comercial do produto ou a recuperar os custos de investigación e desenvolvemento.

c) Cando se trate de entregas complementarias efectuadas polo provedor inicial que constitúan quer unha reposición parcial de subministracións ou instalacións de uso corrente, quer unha ampliación das subministracións ou instalacións existentes, se o cambio de provedor obrigar o órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades ou a dificultades técnicas de uso e de mantemento desproporcionadas. A duración de tales contratos, así como a dos contratos renovables, non poderá, por regra xeral, ser superior a tres anos.

d) Cando se trate da adquisición en mercados organizados ou bolsas de materias primas de subministracións que coticen neles.

e) Cando se trate dunha subministración concertada en condicións especialmente vantaxosas cun provedor que cese definitivamente nas súas actividades comerciais, ou cos administradores dun concurso, ou a través dun acordo xudicial ou dun procedemento da mesma natureza.

f) En todo caso, cando o seu valor estimado sexa inferior a 100. 000 euros.

En todo o demais serán de aplicación as normas reguladoras do procedemento negociado.

CONTRATOS MENORES: conforme o artigo 122. 3 da LCSP, considéranse contratos menores os contratos de subministración de importe inferior a 18. 000 euros. Os contratos menores pódense adxudicar directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación. Nos contratos

menores, a tramitación do expediente só exige a aprobación do gasto e a incorporación ao este da factura correspondente, que debe reunir os requisitos que regulamentariamente se establezan.

Sen prexuízo do anterior e, con independencia da referida contía, débense seguir as formalidades prescritas na materia cando os bens obxecto de subministración se declaren de contratación centralizada no ámbito estatal (art. 190 LCSP).

PUBLICIDADE DA ADXUDICACIÓN: a adxudicación provisional notificaráselles aos candidatos ou licitadores e publicarase, en todo caso, no perfil do contratante do órgano de contratación (art. 42. 2, en relación co art. 135. 3) e, de ser o caso, nun diario oficial (art. 135. 3). Se os interesados o solicitan, facilitaráselles información, nun prazo máximo de 5 días hábiles, sobre os motivos da adxudicación provisional.

A adxudicación definitiva notificaráselles aos candidatos ou licitadores e, se os interesados o solicitan, facilitaráselles información, nun prazo máximo de quince días, sobre os motivos da adxudicación definitiva.

Cando se trate de contratos de subministración cuxa contía sexa superior a 18. 000 euros, a adxudicación definitiva publicarase no perfil do contratante do órgano de contratación (art. 138. 1 LCSP).

Cando a contía sexa igual ou superior a 100. 000 euros, a adxudicación definitiva deberase publicar ademais no BOE ou nos respectivos diarios ou boletíns oficiais das provincias ou CC. AA., nun prazo non superior a 48 días desde a adxudicación do contrato (art. 138. 2 LCSP). Neste suposto, o órgano de contratación poderá deixar de publicar determinada información relativa á adxudicación, xustificándoo debidamente no expediente.

Cando se trate de contratos suxeitos a regulación harmonizada, publicarase a adxudicación no DOUE, nun prazo non superior a 48 días desde a adxudicación.

VI. PERFECCIÓN E FORMALIZACIÓN DO CONTRATO.

Nesta materia tampouco atopamos especialidades aplicables ao contrato de subministración, serán de aplicación as normas xerais reguladoras da materia.

VII. EXECUCIÓN DO CONTRATO.

Son escasas as novidades que introduce a nova lei na regulación da execución, da modificación e do cumprimento do contrato de subministración.

ENTREGA E RECEPCIÓN: o artigo 268. 1 da LCSP, de carácter básico, dispón:

“O contratista estará obrigado a entregar os bens obxecto de subministración no tempo e lugar fixados no contrato e de conformidade coas prescricións técnicas e cláusulas administrativas”.

A seguir a lei regula no mencionado precepto distintos supostos de responsabilidade:

1º SUPOSTO DE RESPONSABILIDADE: *“Cando o acto formal da recepción dos bens, de acordo coas condicións do prego, sexa posterior á súa entrega, a Administración será responsable da súa custodia destes durante o tempo que medie entre unha e outra”.*

Aínda que na práctica nos encontremos cos termos invertidos, a coincidencia no tempo da entrega e da recepción formal constitúe o suposto legal xeral; así, parece deducirse do precepto citado (art. 268. 3). En efecto, a lei distingue dous momentos na entrega dos subministracións: o da entrega material dos bens obxecto do contrato do artigo 268 e o da recepción formal que, con carácter xeral e para todos os tipos de contratos, determina o artigo 205 da LCSP e que deberá efectuar a Administración dentro do mes seguinte ao da entrega dos bens.

2º SUPOSTO DE RESPONSABILIDADE: por outra banda, os riscos inherentes á posesión dos bens obxecto do contrato están regulados no punto 2 do artigo 268 da LCSP, conforme o cal:

“Calquera que sexa o tipo de subministración, o adxudicatario non terá dereito a indemnización por causa de perdas, avarías ou prexuízos ocasionados nos bens antes da súa entrega á Administración, salvo se esta incorreu en mora ao recibilos”.

3º SUPOSTO DE RESPONSABILIDADE: bens perecedoiros. Como caso especial, o punto 4 do citado artigo 268 fai referencia aos bens ou produtos perecedoiros e, así, dispón:

“Unha vez recibidos de conformidade pola Administración bens ou produtos perecedoiros, será esta responsable da súa xestión, uso ou caducidade, sen prexuízo da responsabilidade do subministrador polos seus vicios ou defectos ocultos deles”.

Isto débese entender sen prexuízo da responsabilidade do contratista polos posibles vicios ou defectos ocultos que puidesen ter os bens entregados e que a Administración deberá constatar e comunicar ao contratista para os efectos de que este poida alegar, de ser o caso, o que considere adecuado aos posibles vicios ou ás súas causas.

Con esta norma, o lexislador sae do paso fronte a unha práctica habitual nos pregos de determinadas licitacións en que se adoitan introducir cláusulas polas que a Administración reserva para si o dereito a devolver a parte non utilizada de determinados produtos perecedoiros, ou unha porcentaxe deles caducados en poder da propia Administración, o que xeraba un prexuízo para as empresas subministradoras.

4º SUPOSTO DE RESPONSABILIDADE: forza maior. É preciso sinalar tamén que, a diferenza do que ocorre co contrato de obras, na regulación do contrato de subministración non se recoñece o dereito do contratista a ser indemnizado nos casos de forza maior. Con independencia disto, será de aplicación o disposto no artigo 1182 do Cc, respecto á perda dos bens obxecto da subministración por causa de forza maior, non entregados polo

contratista e sen que este incorrese en mora, que extingue a obriga e, consecuentemente, a Administración no lle poderá exixir responsabilidades, ao non se tratar dun incumprimento culpable a que alude o artigo 208. 4 da LCSP.

5º SUPOSTO DE RESPONSABILIDADE: gastos e defectos. Por último, facer referencia ao disposto no artigo 273 da LCSP, conforme o cal:

“1. Salvo pacto en contrario, os gastos da entrega e transporte dos bens obxecto da subministración ao lugar convindo serán por conta do contratista.

2. Se os bens non se encontran en estado de ser recibidos farase constar así na acta de recepción e daránselle as instrucións precisas ao contratista para que repare os defectos observados ou proceda a unha nova subministración de conformidade co pactado”.

PAGAMENTO DO PREZO: sen prexuízo da aplicación das normas xerais sobre pagamento do prezo nos contratos, a LCSP, na regulación que dedica ao contrato de subministración, contén dúas normas específicas sobre o pagamento do prezo. Así, se con carácter xeral, o artigo 200 da LCSP establece que *“o contratista terá dereito ao aboamento da prestación realizada nos termos establecidos nesta lei e no contrato, conforme o prezo convindo”*; para o contrato de subministración, o artigo 269, de carácter básico, especifica:

“O adxudicatario terá dereito ao aboamento do prezo das subministracións efectivamente entregadas e formalmente recibidas pola Administración de acordo coas condicións establecidas no contrato”.

Polo tanto, para que legalmente se teña dereito ao cobramento das subministracións, débense cumprir as dúas condicións que determina o precepto:

- A entrega dos bens e
- A recepción formal por parte da Administración.

A segunda especialidade atopámola no artigo 270 da LCSP, que regula a posibilidade de pagamento en metálico e noutros bens. Pois ben, o punto 1º do citado precepto establece:

“Cando razóns técnicas ou económicas debidamente xustificadas no expediente o aconsellen, poderase establecer no prego de cláusulas administrativas particulares que o pagamento do prezo total dos bens que se vaian subministrar consista parte en diñeiro e parte na entrega doutros bens da mesma clase, sen que, en ningún caso, o importe destes poida superar o 50 por cento do prezo total. Para estes efectos, o compromiso de gasto correspondente limitarase ao importe que, do prezo total do contrato, non se satisfaga mediante a entrega de bens ao contratista, sen que teña aplicación o disposto no artigo 27. 4 da Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria, no número 3 do artigo 165 da Lei reguladora das facendas locais, aprobada polo Real decreto legislativo 2/2004, do 5 de marzo, ou en análogas regulacións contidas nas normas orzamentarias das distintas administracións públicas suxeitas a esta lei”.

Entendemos que o concepto non pode ser restritivo e debe abarcar todos os supostos en que razóns de deterioración e incluso obsolescencia técnica aconsellen a substitución dos bens ou equipamentos, polo que esta posibilidade, fundamentalmente na contratación de equipamentos para o tratamento da información, debe constituír un elemento eficaz na política de renovación, e pode servir como pauta, non só o feito da aparición de novas tecnoloxías, senón, incluso, os períodos de amortización correspondentes.

Por outra parte, a non aplicación dos artigos 27. 4 da LGP e 165. 3 da LHL implica unha alteración do principio xeral de universalidade orzamentaria, que determina que os dereitos liquidados e as obrigas recoñecidas se aplicarán polo seu importe íntegro.

O punto 2 do artigo 270, establece:

“A entrega dos bens pola Administración será acordada polo órgano de contratación, polo mesmo procedemento que se siga para a adxudicación do contrato de subministración. O dito acordo implica por si só a baixa no inventario e, de ser o caso, a desafectación dos bens de que se trate”.

Este último aspecto constitúe a motivación e unha das finalidades da utilización desta forma de pagamento, constituíndo un esquema válido e a nova vía para permitir de modo automático a baixa no inventario de bens determinados ou de escaso valor residual e a súa desafectación como ben público, á marxe das exixencias de procedemento establecidas na Lei de patrimonio para o alleamento de bens mobles e dereitos de propiedade incorporal.

Finalmente, o punto 3 do precepto, dispón:

“Neste suposto, o importe que do prezo total da subministración corresponda aos bens entregados pola Administración será un elemento económico que se valorará para a adxudicación do contrato e deberá ser consignado expresamente polos empresarios nas súas ofertas”.

Isto implica a necesidade de que o órgano de contratación consigne no prego de cláusulas administrativas particulares a ponderación dese criterio.

MODIFICACIÓN DO CONTRATO: sen prexuízo da aplicación a este contrato da normativa xeral sobre a modificación dos contratos (art. 202 LCSP), o artigo 272 da LCSP establece algunha precisión para o caso de modificación do contrato de subministración e así establece:

“Cando, como consecuencia das modificacións do contrato de subministración acordadas conforme o establecido no artigo 202, se produza aumento, redución ou supresión das unidades de bens que integran a subministración ou a substitución duns bens por outros, sempre que estes estean comprendidos no contrato, estas modificacións serán obrigatorias para o contratista, sen que teña ningún dereito, en caso de supresión ou redución de unidades ou clases de bens, a reclamar indemnización polas devanditas causas, sempre que non se encontren nos casos previstos na alínea c) do artigo 275”.

Este último inciso implica que o contratista non estará obrigado a aceptar as modificacións do contrato que impliquen illada ou conxuntamente alteracións que superen o 20 por 100 do prezo do contrato, con exclusión do IVE, ou representen unha alteración substancial

deste, en cuxos supostos poderá instar, potestativamente, a resolución do contrato ou aceptar a modificación.

No caso de que a modificación implique un aumento, aplicaranse os prezos unitarios do contrato ou resultantes deste; no caso de supresión ou redución da subministración, o contratista non terá dereito ao lucro cesante nin a ser indemnizado; cando a modificación implique causa de resolución e se resolva o contrato, o contratista terá dereito ás indemnizacións correspondentes e ao lucro cesante.

VIII. RESOLUCIÓN DO CONTRATO.

As causas de resolución do contrato de subministración, ademais das sinaladas no artigo 206 da LCSP, de aplicación xeral a todos os contratos, aparecen recollidas no artigo 275 da LCSP:

“...a) A suspensión, por causa imputable á Administración, da iniciación da subministración por prazo superior a seis meses a partir da data sinalada no contrato para a entrega, salvo que no prego se sinale outro menor.

b) A desistencia ou a suspensión da subministración por un prazo superior ao ano acordada pola Administración, salvo que no prego se sinale outro menor.

c) As modificacións no contrato, aínda que for sucesivas, que impliquen, illada ou conxuntamente, alteracións do prezo do contrato en contía superior, en máis ou en menos, ao 20 por cento do prezo primitivo do contrato, con exclusión do imposto sobre o valor engadido, ou representen unha alteración substancial da prestación inicial”.

No caso de que concorran máis dunha causa de resolución do contrato, o Consello de Estado pronunciouse reiteradamente a favor da efectividade da causa prioritariamente aparecida no tempo (D. nº 740, do 25 de maio de 1995).

Tal e como declarou o Tribunal Supremo en Sentenza do 30 de setembro de 2003, a resolución dun contrato de subministración pola Administración exige que o incumprimento das obrigas por parte do contratista obedecese a causas imputables a el, circunstancia causal condicionante que debe probar a Administración que o resolve.

Así mesmo, é constante a doutrina das xuntas consultivas e da xurisprudencia arredor de que a resolución por mutuo acordo non pode encubrir unha causa de resolución culpabilística, coa finalidade de evitar responsabilidades para as partes.

Por último, canto aos efectos da resolución do contrato, estes aparecen recollidos no artigo 276 da LCSP e consisten basicamente ***“na recíproca devolución dos bens e do importe dos pagamentos realizados, e, cando non for posible ou conveniente para a Administración, deberá aboar esta o prezo dos efectivamente entregados e recibidos de conformidade”***(lembremos que, con independencia diso e con carácter xeral, o art. 208 determina a procedencia da indemnización dos danos e prexuízos orixinados, cando a causa de resolución sexa imputable a unha das partes);

“No suposto de suspensión da iniciación da subministración por tempo superior a seis meses, o contratista só terá dereito a percibir unha indemnización do 3 por cento do prezo da adxudicación”e;

“No caso de desistencia ou de suspensión da subministración por prazo superior a un ano por parte da Administración, o contratista terá dereito ao 6 por cento do prezo das entregas deixadas de realizar en concepto de beneficio industrial”.

O CONTRATO DE SERVIZOS NA LEI 30/2007, DO 30 DE OUTUBRO DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.

ISABEL NOVO CASTRO
Letrada da Xunta de Galicia.

Só hai pouco que o contrato de servizos foi recoñecido como un contrato típico e administrativo; este recoñecemento tardío débese á dificultade de determinar as prestacións susceptibles de constituír o seu obxecto, múltiples e variadas e, en ocasións, difíciles de distinguir das propias doutros contratos tanto privados coma administrativos.

A doutrina estudou a orixe do contrato de servizos situándoo na figura do contrato de arrendamento de servizos, no entanto, coa nova Lei de contratos do sector público debemos tamén facer referencia ao contrato de arrendamento de obra, xa que nel se sitúa a orixe dos contratos de consultoría e asistencia, que agora coa nova regulación desaparecen e se integran no contrato de servizos.

O contrato de arrendamento de obra diferénciase do contrato de arrendamento de servizos polo feito de que, no primeiro, é fundamental a obtención dun resultado, fronte ao contrato de arrendamento de servizos onde o importante é a realización da prestación con independencia do seu resultado, de aí a diferenza que na lexislación anterior se efectuaba entre os contratos de consultoría e asistencia e os de servizos, xa que, nos primeiros se buscaba sempre a obtención dun resultado.

DEFINICIÓN E DELIMITACIÓN CONTRACTUAL.

A Lei 30/2007, do 30 de outubro, define o contrato de servizos no seu artigo 10: “Son contratos de servizos aqueles cuxo obxecto son prestacións de facer consistentes no desenvolvemento dunha actividade ou dirixidas á obtención dun resultado distinto dunha obra ou dunha subministración. “

Desta definición debemos destacar dúas cuestións:

1) A lei segue recollendo a distinción entre aquelas prestacións de facer que buscaban a obtención dun resultado (propias dos desaparecidos contratos de consultoría e asistencia) e aquelas cuxo obxecto é a realización dunha actividade (propias do contrato de servizos).

2) Ante a imposibilidade de definir todas aquelas prestacións que poden ser obxecto destes contratos, a súa definición faise por exclusión, é dicir, aqueles que non teñen as prestacións propias dun contrato de obras ou dun de subministración.

Igual que ocorre cos restantes contratos, a lei diferencia entre os contratos de servizos suxeitos a regulación harmonizada e non suxeitos a regulación harmonizada; caracterizados estes últimos pola maior discrecionalidade outorgada ao lexislador estatal para o establecemento do seu réxime xurídico, posto que os primeiros se someten plenamente á normativa comunitaria.

A determinación de cando un contrato de servizos está suxeito á normativa comunitaria vén dada por motivos cuantitativos fixados de acordo cos limiares comunitarios.

Os limiares aplicables desde o 1 de xaneiro de 2008 foron obxecto de fixación polo Regulamento comunitario 1422/2007, do 4 de decembro, e publicados por orde do Ministerio de Economía e Facenda, do 27 de decembro de 2007.

Así, e polo que á Administración autonómica respecta, estarán suxeitos a regulación harmonizada os contratos de servizos comprendidos nas categorías 1 á 16 do anexo II da lei cuxo valor estimado (polo tanto, con exclusión do IVE) sexa igual ou superior aos 206.000 euros.

No suposto dunha licitación por lotes, todos os lotes estarán suxeitos ás regras de contratación harmonizada, ben que se establece a facultade de que o órgano de

contratación poida excluír os lotes cuxo valor estimado non supere os 80. 000 euros e o valor acumulado dos lotes exceptuados non sexa superior ao 20% do valor acumulado dos restantes lotes.

Existen certos contratos que sempre están suxeitos á lexislación harmonizada, como os contratos de servizos de difusión de emisións de televisión e radio, servizos de conexión ou servizos integrados de telecomunicacións.

Están tamén suxeitos a regulación harmonizada os contratos de servizos cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 206. 000 euros e que estean vinculados a un contrato subvencionado de obras dos definidos no artigo 17. 1 a).

A REGULACIÓN LEGAL DO CONTRATO.

A Lei de contratos do sector público ocúpase do contrato de servizos nos artigos 277 e seguintes.

Esta regulación presenta diversas cuestións que deben ser obxecto dun estudo detallado.

1) Cesión dos dereitos de propiedade intelectual ou industrial:

O artigo 277 sinala que: “Salvo que outra cousa se dispoña nos pregos de cláusulas administrativas ou no documento contractual, os contratos de servizos que teñan por obxecto o desenvolvemento e a posta a disposición de produtos protexidos por un dereito de propiedade intelectual ou industrial comportarán a cesión deste á Administración contratante. En todo caso, e aínda cando se exclúa a cesión dos dereitos de propiedade intelectual, o órgano de contratación poderá sempre autorizar o uso do correspondente produto aos entes, organismos e entidades pertencentes ao sector público a que se refire o artigo 3. 1. ”

Da dicción literal do precepto parece resultar innecesaria a mención nos pregos ou no contrato da cesión dos dereitos de propiedade intelectual ou industrial cando o obxecto do contrato sexa o desenvolvemento e a posta a disposición dun produto, xa que o que debe figurar expresamente é a exclusión.

Non falta quen criticou este artigo porque considera necesaria a mención no prego ou no contrato da referida cesión, ao entender que, deste xeito, quedarían protexidos os intereses da Administración ante a posible cesión do produto ou do dereito a un terceiro.

Porén, a mención da cesión nos pregos non lle outorga un dereito maior á Administración, así, se analizamos por exemplo a cesión dos dereitos de propiedade industrial, podemos topar con dous supostos distintos: a) Que o contratista inscribise o seu dereito, neste caso podería cedelo a un terceiro de boa fe, fronte ao cal a Administración autonómica se vería obrigada a exercer unha acción para reclamar a titularidade.

b) Que o contratista non inscribise o dereito senón que a Administración realice unha adquisición orixinaria, pero tampouco neste caso a Administración se vería protexida se non inscribise o seu dereito, posto que un terceiro pode inscribilo con prioridade.

Por tanto, a mención nos pregos non constitúe ningunha protección para a Administración, como tampouco o constitúe o feito de que se entenda implícita esa cesión, posto que, a Administración só resultará auténticamente protexida coa inscrición do dereito no rexistro.

2) Prevención fronte á cesión ilícita de traballadores:

De todos é coñecida a multitude de condenas que está a sufrir a Administración por culpa da cesión ilícita dos traballadores e da figura do falso autónomo, é dicir, o contratista persoa física que normalmente desenvolve unha profesión liberal e que é contratado habitualmente baseándose nos seus coñecementos e titulación académica e que, porén, non dispón dos medios persoais e materiais propios necesarios para a execución do contrato, xerándose así unha auténtica relación laboral coa Administración.

A Lei de contratos do sector público incorpora no seu artigo 277. 4 a seguinte previsión: “Na *extinción dos contratos de servizos non se poderá producir en ningún caso a consolidación das persoas que realizasen os traballos do contrato como persoal do ente, organismo ou entidade do sector público contratante*”.

A introdución deste precepto enténdese como un mecanismo para evitar a cesión ilícita de traballadores que leva á conversión da relación contractual nunha relación laboral con quebra do principio de igualdade no acceso á función pública e igualdade de retribución en igualdade de prestación.

Non obstante, toda esta precaución normativa non é suficiente, xa que, na maior parte dos casos, a conversión da relación en laboral en indefinida se produce no período de execución do contrato, de aí a necesidade de que os pregos de cláusulas administrativas particulares conteñan previsións que impidan a desviación cara á laboralidade no curso da execución contractual.

Vexamos pois cales son algunhas delas:

En primeiro lugar é necesaria unha perfecta definición do obxecto do contrato, de xeito tal que a prestación non quede condicionada a futuras concrecións pola Administración.

Do mesmo xeito, as prestacións obxecto destes contratos non poden ser difusas ou simplemente accesorias ás propias da Administración, nin se referiren a actividades xenéricas e sen concretar.

En segundo lugar é fundamental que o contratista conte cunha organización con elementos persoais e materiais suficientes para a execución do contrato, é dicir, cando a Administración contrata debe contratar cun empresario autónomo.

Para asegurármonos de que o contratista dispón desa organización, nos pregos débense establecer solvencias específicas, así, a solvencia económica pódese acreditar mediante a presentación dun informe de institución financeira que acredite a solvencia do empresario para a execución do contrato específico de que se trate, tamén mediante a presentación das contas ou mediante a cifra de negocios, podéndose exixir unha determinada, por exemplo, o dobre ou o triplo do prezo de licitación.

Canto á solvencia técnica, non só se pode pedir unha relación dos servizos prestados nos tres últimos anos, senón tamén os certificados de boa execución ou equivalentes; do mesmo modo, pódese non só pedir unha relación do persoal ou medios materiais con que conta a empresa senón que se pode establecer un mínimo exixindo xa en fase de solvencia un compromiso de posta a disposición de determinados medios persoais ou materiais para a execución do contrato; pódese valorar logo en fase de adxudicación todo aquilo que se encontre por riba dos mínimos requiridos en solvencia.

Esta posibilidade concrétase no artigo 53 da nova lei, de xeito tal que, en fase de solvencia, o empresario presenta un compromiso de posta a disposición de determinados medios persoais ou materiais e será na fase de adxudicación provisional onde debe presentar a documentación acreditativa do cumprimento dese compromiso.

Outro mecanismo para garantir que non se producirá a conversión da relación en laboral é a previsión de que a dirección e o control sobre o persoal da empresa que vai executar o contrato corresponde ao contratista, de xeito que a Administración manterá total independencia respecto do persoal e non poderá nin dar ordes nin instrucións a ese persoal, de aí que, nos pregos, é conveniente que se estableza a necesidade de que a empresa designe un encargado de relacionarse coa Administración, do mesmo xeito que a Administración pode designar un responsable do contrato.

Evidentemente esa independencia non afecta as facultades de control sobre a execución do contrato que ten a Administración.

É necesario neste punto referir dúas situacións habitualmente presentes nos pregos de cláusulas administrativas particulares:

A primeira é a relativa á subcontratación do persoal polo novo empresario; é frecuente que nos pregos de cláusulas administrativas particulares se dispoña a obrigatoriedade de que o adxudicatario se vai subrogar na posición do empresario que ata daquela estaba executando o contrato, no entanto, a subrogación non lle pode ser imposta ao novo empresario xa que esta vén fixada en determinados convenios colectivos e é voluntaria para o traballador.

Polo tanto, no prego débese só facer referencia á existencia dun convenio colectivo (limpeza, seguranza etc) que impón a subcontratación, acompañado dunha relación do persoal (abonda a identificación do posto e a súa antigüidade) que se pode fixar vía anexo.

A segunda situación que se observa con frecuencia nos pregos é a relativa a aqueles supostos en que durante a execución do contrato se constata que determinado persoal da empresa é o responsable da incorrecta execución deste; nestes casos a Administración pode exixirlle ao empresario que asigne un/unha novo/a empregado/a que debe ter os requisitos mínimos exixidos en solvencia pero que non pode ser seleccionado pola Administración.

Por último, os tribunais veñen considerando como presunción da existencia dunha relación laboral indefinida cando os servizos se prestan na propia sede da Administración; para evitar isto, é fundamental que nos pregos de cláusulas administrativas particulares se faga expresa referencia ao título xurídico que habilita ao uso de locais administrativos, así como que o local, a organización da instalación, a provisión de medios corresponde á contrata e deberá ter un seguro de responsabilidade civil que cubra posibles danos aos bens públicos.

Cando o contrato exixa a presenza do persoal do contratista na sede da Administración pública é importante a designación dun encargado ou responsable do persoal pola empresa adxudicataria do contrato.

Se todas estas previsións se cumpren conseguiremos que polo menos, formalmente, esteamos ante un auténtico contrato administrativo, ben que, na práctica, todo dependerá das auténticas relacións que a Administración manteña co persoal do contratista, de aí que a novidade introducida no artigo 277. 4 careza de virtualidade práctica, xa que, a pesar do que sinala a Lei de contratos do sector público, as súas previsións non se poderán impor ás do Estatuto dos traballadores e demais normativa laboral.

Da lectura do artigo 277. 4 xorde a dúbida de a qué se está a referir co termo consolidación, poderíase referir á imposibilidade de que a Administración convoque un proceso de consolidación de emprego para regularizar a situación deste persoal?; para obter a resposta teremos que esperar ao desenvolvemento da lei e ás resolucións xudiciais.

DURACIÓN DOS CONTRATOS DE SERVICIOS.

Outra das novidades que a Lei de contratos do sector público recolle en relación ao contrato de servizos é a relativa á súa duración, neste punto convén lembrar que mediante a celebración destes contratos a Administración externaliza os servizos que non pode prestar cos seus propios medios.

Esta externalización exige que os contratos teñan unha duración limitada no tempo, xa que, se as necesidades de externalización debido á ausencia de medios persoais ou materiais propios se prolongan no tempo, convértense en necesidades permanentes que só se poden satisfacer cunha ampliación dos medios propios.

Por iso a duración do contrato de servizos, salvo excepcións, será de catro anos coas condicións e límites establecidos polas respectivas normas orzamentarias das administracións públicas, ben que se poderá prever no mesmo contrato a súa prórroga por mutuo acordo das partes antes da finalización daquel, sempre que a duración total de contrato, incluídas as prórrogas, non exceda os seis anos e que as prórrogas non superen, illada ou conxuntamente, o prazo fixado orixinariamente.

No caso de contratos complementarios de obras ou subministracións, é dicir, aqueles en que o contrato de servizos sexa necesario para a correcta realización do contrato de obras ou de subministracións, o contrato de servizos pode superar a duración anteriormente indicada, ben que nunca poderá superar a duración do contrato principal, salvo aqueles contratos que comprendan traballos de liquidación do contrato principal, que durará o tempo necesario para iso.

Os contratos para a defensa xurídica e xudicial da Administración terán a duración precisa para atender adecuadamente as súas necesidades.

Aqueles contratos de servizos que teñan por obxecto a asistencia á dirección de obra ou á xestión integrada de proxectos terán a duración igual á do contrato de obras a que estean vinculados máis o prazo estimado para proceder á liquidación das obras.

A nova lei, seguindo a pauta marcada pola anterior, dedica o seu artigo 280 ao réxime de contratación para actividades docentes, así, aqueles contratos que teñan por obxecto a prestación de **actividades docentes** en centros do sector público desenvoltas en forma de cursos de formación ou perfeccionamento do persoal ao servizo da Administración, ou cando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboracións ou calquera outro tipo similar de actividade, sempre que estas actividades sexan realizadas por persoas físicas, as disposicións da lei non serán de aplicación á preparación e adxudicación do contrato.

Nos contratos de actividades docentes, para cuxa proba abonda o nomeamento por autoridade competente, admítese o pagamento parcial anticipado logo da constitución de garantía, pero non se admite a cesión do contrato, sen dúbida debido a que se trata de contratos que se realizan atendendo ás especiais calidades do docente.

A disposición adicional quinta da Lei de contratos do sector público establece a imposibilidade de celebrar contratos de servizos con empresas de traballo temporal, salvo para a realización de enquisas, toma de datos e servizos análogos, a duración máxima destes contratos será de seis meses, extinguíndose ao seu vencemento e sen posibilidade de prórroga.

A disposición adicional quinta contén a mesma previsión ca a sinalada no artigo 277. 4 da lei para os restantes contratos de servizos, vencido o prazo de duración destes contratos, non se pode producir a consolidación como persoal do ente, organismo ou entidade contratante, do persoal procedente das empresas de traballo temporal.

PROCEDEMENTOS E FORMAS DE ADXUDICACIÓN.

Os contratos de servizos adxudicaranse por **procedemento aberto, restrinxido ou negociado**; este último é o que presenta especialidades en relación á regulación anterior, deste xeito, este procedemento será utilizable nos supostos previstos no artigo 154 da LCSP con carácter xeral para todos os contratos e, en especial, en relación ao contrato de servizos, poderase utilizar nos supostos previstos no artigo 158. Así, cando teñan por obxecto prestacións de carácter intelectual e nos da categoría sexta do anexo II e non sexa posible establecer as súas condicións coa precisión necesaria.

Cando se trate de servizos complementarios que non figuran no proxecto nin no contrato pero que, debido a causas imprevistas, pasen a ser necesarios para executar o proxecto sen modificalo e non sexan separables nin técnica nin economicamente, ou que, séndoo, sexan

necesarios para o seu perfeccionamento e non superen o 50% do prezo do primitivo contrato.

Cando os servizos sexan repetición doutros anteriormente adxudicados por procedemento aberto ou restrinxido sempre que se axusten ao proxecto base do contrato inicial e que a posibilidade de facer uso deste procedemento se fixe no anuncio de licitación do contrato inicial e que o importe dos novos servizos se computase ao fixar o contrato inicial.

Só se poderá recorrer a este procedemento no prazo de 3 anos desde a formalización do contrato.

Cando sexa o resultado dun concurso de proxectos cun único gañador, no caso de seren varios, todos eles participarán nas negociacións.

Mención á parte merecen os concursos de proxectos con intervención de xurado e con ou sen premio que teñen por obxecto elaborar plans e proxectos no ámbito da ordenación do territorio, o urbanismo, a enxeñaría e o procesamento de datos.

O xurado estará composto por persoas físicas independentes que decidirán con base nos criterios fixados no anuncio de realización do concurso.

De se limitar o número de participantes no concurso, deberanse fixar no anuncio e no prego criterios obxectivos, claros e non discriminatorios para a súa selección.

A adxudicación de contratos ao gañador do concurso de proxectos cando aqueles sexan unha continuación destes poderase facer polo procedemento negociado sen publicidade.

Cando se anunciase a realización do concurso de proxectos no DOUE, o resultado deberá ser igualmente publicado.

Na lei incídese nos mecanismos de decisión do xurado que levará a cabo unha clasificación dos proxectos presentados, elaborará un informe asinado por todos os seus membros, en que fará constar tamén as observacións e os aspectos que deban ser aclarados, e poderá incluso formular preguntas que constaran en acta.

O xurado elaborará un ditame que servirá de base para a adxudicación polo órgano de contratación.

A EXECUCIÓN E MODIFICACIÓN DO CONTRATO DE SERVIZOS.

Igual que o actual art. 211 da LCAP, o artigo 282 da LCSP sinala que o contrato se executará con suxeición ás súas cláusulas e de acordo coas instrucións que para a súa interpretación lle der ao contratista a Administración.

O contratista será responsable da calidade técnica dos traballos que desenvolva e das prestacións e servizos realizados, así como das consecuencias que se deduzan para a Administración ou para terceiros das omisións, erros, métodos inadecuados ou conclusións incorrectas na execución do contrato.

É importante facer referencia canto á execución do contrato á posibilidade da introdución de criterios sociais como condición de execución do contrato, do mesmo xeito tamén presentaron problemas a admisión de criterios ambientais e de control de calidade.

Tradicionalmente a xurisprudencia europea e os órganos consultivos en materia de contratación administrativa veñen admitindo a fixación destes criterios cando garden relación coa execución do contrato; a súa fixación debe afectar sempre a fase de selección do contrato e non a de adxudicación do contrato.

Ben é certo que tanto a disposición adicional oitava da lei vixente como a sexta da nova lei prevén a posibilidade de outorgar preferencia na adxudicación do contrato a empresas que

teñan no cadro de persoal ou se comprometan a ter persoas con discapacidade, en situación de exclusión social (mozos entre 18 e 30 anos provenientes de institucións de protección de menores, drogadictos e alcohólicos en vías de rehabilitación, internos en centros penitenciarios, liberados condicionais, ex-reclusos e persoas con discapacidades) e, do mesmo modo, as proposicións presentadas por asociacións sen ánimo de lucro ou, no caso do proxecto de lei, por entidades que se dediquen ao comercio xusto.

No entanto, esta preferencia na adxudicación debe ser expresamente recollida no prego de cláusulas administrativas particulares e as condicións danse no momento de acreditar a solvencia.

Canto aos criterios ambientais e de control de calidade, exixírase a presentación de certificados que se axusten ao sistema comunitario de xestión e auditoría ambiental ou normas de xestión ambiental baseadas en normas europeas ou internacionais certificadas por organismos conformes á lexislación comunitaria; os órganos de contratación aceptarán os certificados expedidos polos órganos de calquera Estado membro da UE e tamén aceptarán outras probas de medidas equivalentes de xestión ambiental.

Outro tanto se pode sinalar respecto da exixencia de acreditación do cumprimento da normativa en materia de control de calidade.

Parece que o cumprimento dos criterios sociais podería fixarse como unha obriga esencial da execución do contrato, pero, en todos os contratos?

A resposta, se seguimos os criterios da xurisprudencia comunitaria, é negativa, para a admisión dun criterio social ou ambiental como obriga esencial, é necesario que garde relación directa co obxecto do contrato.

Ten sentido que un contrato perfectamente executado se entenda incumplido polo feito de que a empresa adxudicataria dun contrato de limpeza non cumprise por exemplo a obriga de contratar alcohólicos en vías de rehabilitación?

A resposta debe ser necesariamente negativa e é dubidoso que os tribunais condenen o contratista polo incumplimento dunha obriga que non pode ser entendida como esencial atendendo á natureza do contrato.

Canto á modificación do contrato de servizos: cando como consecuencia das modificacións do contrato de servizos de mantemento se produza aumento, redución ou supresión de equipamentos que deben manter ou a substitución duns equipamentos por outros, sempre que estes estean contidos no contrato, estas modificacións serán obrigatorias para o contratista, sen que teña ningún dereito en caso de supresión ou redución de unidades ou clases de equipamentos para reclamar indemnización por esas causas, sen prexuízo da posibilidade de resolución (art. 282 LCSP).

O órgano de contratación determinará se a prestación realizada polo contratista se axusta ás prescricións establecidas para a súa execución e cumprimento, requirindo, se for o caso, a realización das prestacións contratadas e a emenda dos defectos observados con ocasión da súa recepción. Se os traballos efectuados non se adecúan á prestación contratada, como consecuencia de vicios ou defectos imputables ao contratista, poderaa rexeitar e quedará exento da obriga de pagamento ou terá dereito, de ser o caso, á recuperación do prezo satisfeito.

Se durante o prazo de garantía se acreditar a existencia de vicios ou defectos nos traballos efectuados, o órgano de contratación terá dereito a lle reclamar ao contratista a súa emenda.

Rematado o prazo de garantía sen que a Administración formalizase tales reparos ou denuncias, o contratista quedará exento de responsabilidade.

Existen, porén, unhas regras especiais relativas á elaboración dos proxectos de obras; cando existan defectos, insuficiencias técnicas, erros materiais, omisións ou infracción de preceptos legais ou regulamentarios, a Administración exixirá do contratista a súa emenda nun prazo de dous meses, en caso de incumprimento, poderalle outorgar un novo prazo ou ben proceder á resolución do contrato con incautación da garantía e a imposición dunha indemnización do 25% do prezo do contrato.

Se lle concede un novo prazo, non será superior a un mes, e o contratista incorrerá nunha penalidade do 25%; de producirse un novo incumprimento, resolverase o contrato coa imposición do aboamento dunha indemnización polo importe do prezo pactado e a perda da garantía.

Cando o contratista renuncie á execución do proxecto antes do cumprimento do último prazo, deberalle aboar á Administración unha indemnización do 50% do prezo do contrato con perda da garantía.

Prevese tamén un sistema de indemnizacións para aqueles casos en que o orzamento de execución da obra sufra aumentos ou reducións superiores ao 20% do importe do contrato debido a defectos ou omisións no proxecto; estas indemnizacións fíxanse no 30% do importe do contrato cando a desviación se sitúe entre o 20 e o 30%, no 40% cando estea entre o 30 e o 40% e nun 50% cando estea entre o 40 e o 50%.

Estas indemnizacións deberán ser aboadas no prazo dun mes desde que se dite a resolución e logo de audiencia ao contratista.

Do mesmo xeito, cando as insuficiencias técnicas, os erros, as omisións ou as infraccións de preceptos legais ou regulamentarios causen danos a terceiros, o contratista responderá deles ata o 50%, co límite de cinco veces o importe do contrato e será exixible dentro dos dez anos seguintes á recepción do proxecto pola Administración.

RESOLUCIÓN DOS CONTRATOS.

Son **causas específicas de resolución** dos contratos de servizos as seguintes:

1) A **suspensión** por causa imputable á Administración da iniciación do contrato por prazo superior a seis meses a partir da data sinalada nel para o seu comezo, salvo que no prego se sinale outro menor.

2) A **desistencia ou a suspensión** do contrato por prazo superior a un ano acordada pola Administración, salvo que no prego se sinale outro menor.

3) As **modificacións** no contrato, aínda que fosen sucesivas, que impliquen, illada ou conxuntamente, alteracións do prezo do contrato en contía superior, en máis ou en menos, ao 20% do prezo primitivo do contrato, con exclusión do imposto sobre o valor engadido, ou representen unha alteración substancial deste.

4) Os **contratos complementarios** quedarán resoltos, en todo caso, cando se resolva o contrato principal.

A resolución do contrato daralle dereito ao contratista, en todo caso, a percibir o prezo dos estudos, informes, proxectos, traballos ou servizos que efectivamente realizase consonte o contrato e que fosen recibidos pola Administración.

No caso da suspensión do inicio do contrato en seis meses, o contratista terá dereito a unha indemnización do 5% do importe do contrato.

No suposto de desistencia, o contratista terá dereito ao 10% do prezo dos estudos, informes, proxectos, traballos pendentes de realizar, en concepto de beneficio deixado de obter.

BIBLIOGRAFÍA:

BLANQUER CRIADO, David. *La nueva Ley de contratos del sector público. Guía práctica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

MORENO MOLINA, José Antonio; PLEITE GUADAMILLAS, E. Francisco. *La nueva Ley de contratos del sector público*. Madrid: La Ley. 1ª ed. 2008.

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: CONTRATOS DE ASISTENCIA TÉCNICA E CONTRATACIÓN LABORAL.

CARMEN MARÍA SALGUEIRO MOREIRA

Letrada da Xunta de Galicia.

I. INTRODUCCIÓN.

A distinción entre o contrato administrativo, civil ou mercantil de prestación de servizos, nas súas variadas modalidades, e as específicas formas do contrato de traballo, nas súas diversas clases, presenta en ocasións evidentes dificultades tendo en conta que a cualificación dunha concreta relación xurídica como civil, administrativa ou laboral non presupón unha substancial diferenza entre os respectivos contidos; trátase unicamente de diferenzas técnicas de organización e desenvolvemento pero que, porén, comportan importantes variacións no que se refire aos efectos, extensión, xurisdición competente, etc. Resulta así imprescindible levar a cabo unha valoración das circunstancias concorrentes en cada caso, cualificando a relación que vincula as partes á luz do criterio xurisprudencial amplamente reiterado de que os contratos teñen a natureza xurídica que deriva do seu contido obrigacional, o que debe prevalecer sobre o *nomen iuris* empregado polos contratantes¹.

Sentado o anterior, neste módulo abordarase a problemática derivada da diferenciación entre contratación administrativa e laboral e, en especial, os supostos en que aquela é obxecto de utilización fraudulenta, e serve de cobertura formal a unha verdadeira relación laboral, dando lugar, así, ao fenómeno coñecido como cesión ilegal de traballadores. Para unha adecuada aproximación ao caso que nos ocupa, comezaremos por examinar os trazos caracterizadores da contratación administrativa e laboral.

¹ Así se pronuncian, entre outras, as STS do 23 de outubro de 1989 e do 21 de xuño de 1990.

II. TRAZOS CARACTERIZADORES DA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA E LABORAL

Comezando pola contratación administrativa, con carácter previo debe salientarse que as situacións de cesión ilegal están estreitamente conectadas con específicas modalidades de contratación administrativa, en concreto, cos contratos de consultoría, asistencia e servizos -conforme o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2000, do 16 de xuño e, á luz da nova Lei 30/2007, de contratos do sector público, do 30 de outubro, o contrato de servizos.

Unha das principais novidades da Lei 13/1995, de contratos das administracións públicas, do 18 de maio, foi a inclusión no seu articulado dos contratos de consultoría e asistencia, de servizos e de traballos específicos e concretos non habituais. Estes últimos defínense (artigo 197. 4) como os que, non sendo subsumibles nos contratos de consultoría, de asistencia e de servizos, sexan celebrados excepcionalmente pola Administración cando o seu obxecto non poida ser atendido polo labor ordinario dos órganos administrativos sen que, en ningún caso, a celebración dun contrato desta clase supoña a existencia dunha relación laboral ou funcionarial entre a Administración e o contratista. A Sala do Social do Tribunal Supremo, en sentenza do 20 de outubro de 1998, destacou *“as seguintes notas caracterizadoras destes especiais contratos administrativos: a) Só poden celebrarse "excepcionalmente"; b) Unicamente poden ter por obxecto "a realización de traballos específicos e concretos non habituais"; c) Isto supón, pola súa vez, que neles se ten en conta fundamentalmente o resultado que se debe lograr ou producir como consecuencia da actividade despregada polo contratado, sen ser tomada en consideración, como dato transcendente, tal actividade por si mesma; d) o seu obxecto non é unha prestación de traballo como tal, senón un 'traballo específico', é dicir, un produto delimitado da actividade humana e non unha actividade en si mesma independente do seu resultado final"; e) E todo iso tamén determina que a actuación realizada polo contratado presente un certo grao de autonomía»*.

Coa reforma operada por Lei 53/1999 suprimíronse os contratos de traballos específicos e concretos non habituais, por entenderse que a colaboración cos profesionais que

pretendía atender se podía articular a través dos contratos de consultoría e asistencia, evitando as dúbidas que o carácter residual de tales contratos suscitaba na práctica e pasando así a integrarse as prestacións caracterizadoras da modalidade contractual suprimida nos contratos de consultoría e asistencia. Seguindo a mesma liña, o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas diferenciou entre contratos de consultoría e asistencia -que configurou como aqueles en cuxo obxecto predominaban as prestacións de carácter intelectual- e os contratos de servizos -que tiñan por obxecto prestacións de carácter técnico, económico, industrial, comercial ou calquera outro de natureza análoga, sempre que non estivesen comprendidas nos contratos de consultoría e asistencia ou noutros dos regulados na lei. Tratábase, en definitiva, de servizos complementarios para o funcionamento da Administración.

O panorama normativo volve cambiar coa nova Lei 30/2007, de contratos do sector público, que xa non establece como modalidade contractual específica os contratos de consultoría e asistencia. En efecto, no que constitúe unha das súas principais novidades, a lei reduce a tipificación da contratación de prestacións de facer por parte das administracións públicas. Así, xunto cos contratos administrativos típicos -contratos de obras, de concesión de obra pública, de xestión de servizos públicos e de subministración- e unha nova modalidade contractual - contrato de colaboración entre o sector público e o sector privado-, a lei dedica o capítulo V do seu título II (artigos 277 e seguintes) ao contrato de servizos, configurándoo como categoría residual ao sinalar no seu artigo 10: *“Son contratos de servizos aqueles cuxo obxecto son prestacións de facer consistentes no desenvolvemento dunha actividade ou dirixidas á obtención dun resultado distinto dunha obra ou unha subministración. “Para os efectos de aplicación da normativa contractual, os contratos de servizos divídense nas categorías enumeradas no anexo II da lei e poden ter carácter administrativo ou privado.*

Non procede estudar aquí en profundidade o réxime xurídico desta modalidade contractual, senón tan só destacar, para unha adecuada comprensión do noso obxecto de estudo, que, a diferenza dos antigos contratos de traballos específicos e concretos non habituais suprimidos pola Lei 53/1999, os contratos de consultoría, asistencia técnica e servizos e, tras a Lei 30/2007, os contratos de servizos, non exixen a nota de excepcionalidade nin a imposibilidade de seren desenvolvidos pola organización propia da Administración. Xa que logo, é admisible que o seu obxecto consista nun labor que

pode realizar a Administración pero que, no caso concreto e por razóns fundadas e debidamente motivadas no expediente de contratación, esta decide servirse de persoal externo, en exercicio da potestade discrecional que posúa para dotarse da organización necesaria para a satisfacción dos intereses xerais que protexe, determinando a estrutura e vínculos cos traballadores de que se serve. En definitiva, o lexislador, ao regular estas modalidades contractuais, está recoñecendo a posibilidade de que a Administración leve a cabo unha externalización produtiva ou de servizos.

Fronte á contratación administrativa, e diferenciada desta, está a contratación laboral. Respecto dela, convén indicar que, aínda que o artigo 1. 1 do Estatuto dos traballadores (texto refundido aprobado polo Real decreto lexislativo 1/1995, do 24 de marzo) non contén unha definición do contrato de traballo, si establece, tal e como sinala a STS do 11 de marzo de 2005, *“as notas xerais características que debe reunir para poder ser acredor de tal denominación e distanciarse doutras institucións ou figuras xurídicas próximas.”*

Así, partindo do dito precepto, defínese o contrato de traballo como aquel en virtude do cal unha persoa (traballador) se obriga a prestar voluntariamente servizos retribuídos por conta allea e dentro do ámbito de organización e dirección doutra persoa, física ou xurídica, denominada empregador ou empresario. Desta definición despréndense as seguintes notas caracterizadoras do traballo obxecto do contrato de traballo:

- 1) Voluntariedade, no sentido de traballo libre, en oposición ao forzoso; liberdade que se refire non só ao momento inicial de establecemento da relación contractual, senón que se estende durante toda a vixencia desta, incluso presidindo a súa extinción.
- 2) Traballo por conta allea, entendido como atribución dos froitos do traballo a persoa distinta do traballador.
- 3) Carácter retribuído. A atribución dos froitos a persoa distinta do traballador, característica esencial do traballo por conta allea, debe estar acompañada da entrega pola primeira ao segundo de medios de subsistencia substitutivos dos froitos do traballo.

4) Dependencia, entendida como sometemento do traballador á esfera orgánica, reitor e disciplinaria empresarial².

Aínda que, á luz do exposto, a diferenciación entre contratación administrativa e laboral puidese, a primeira vista, non revestir excesiva complexidade, o certo é que son numerosos os problemas que se presentan na práctica á hora de cualificar unha determinada relación como de carácter administrativo ou laboral. Esta problemática, cuxa solución é capital para determinar o réxime xurídico aplicable, adquire especial intensidade nos supostos de posible concorrencia dunha cesión ilegal de traballadores. Precisamente con ocasión da análise deste fenómeno doutrina e xurisprudencia veñen sentando as bases para unha adecuada diferenciación entre a lícita contrata ou a existencia, en cambio, dunha relación laboral. Dado o seu evidente interese, a continuación procederemos a un detallado estudo da figura da cesión ilegal.

III. CESIÓN ILEGAL DE TRABALLADORES.

A) CONCEPTO. DIFERENZAS COA CONTRATA .

O Estatuto dos traballadores (en diante ET) dedica á cesión ilegal o seu art. 43, cuxo número 1 dispón: *“A contratación de traballadores para cedelos temporalmente a outra empresa só poderá efectuarse a través de empresas de traballo temporal debidamente autorizadas nos termos que legalmente se establezan. “*

No noso dereito é tradición xurídica a ilegalización daquel fenómeno interpositorio - cesión de traballadores- consistente en que unha empresa que contratou traballadores os pon á disposición doutro empresario para que presten os seus servizos na organización produtiva deste segundo, ilegalización que, con algunhas excepcións, como o traballo de estiba e desestiba³; deportistas profesionais⁴; persoal de alta dirección⁵; e circulación de

² Para un estudo en profundidade destas notas características pode consultarse a obra *Introducción al Derecho del Trabajo* de Manuel Alonso Olea.

³ Art. 10 RD Lei 2/1986, do 23 de maio, polo que se regula o servizo público de estiba e desestiba de buques.

⁴ Art. 11 do Real decreto 1006/1985, do 26 de xuño, polo que se regula a relación laboral especial dos deportistas profesionais.

⁵ Art. 9 do Real decreto 1382/1985, do 1 de agosto, polo que se regula a relación laboral de carácter especial do persoal de alta dirección

traballadores dentro do grupo de empresas⁶, parte do Decreto lei do 15 de febreiro de 1952, se plasma expresamente no Decreto 3677/1970, do 17 decembro, pasa ao art. 19. 1 da Lei 16/1976, do 8 de abril, de relacións laborais, e posteriormente se sitúa no art. 43 do ET, que contiña a absoluta prohibición do fenómeno, ata que coa liberalización do mercado laboral se derroga o art. 43 do ET e se substitúe polo art. 2 do RD Lei 18/1993, se redefina no art. 2 da Lei 10/1994, do 19 de maio, e se refunde polo RD lexislativo 1/1995, do 24 de marzo, como novo art. 43 do ET, admitindo a cesión de traballadores levada a cabo por autorizadas empresas de traballo temporal, cuxo réxime se contén na Lei 14/1994, do 1 de xuño, e no RD 4/1995, do 13 de xaneiro.

O concepto de cesión ilegal é froito dunha elaborada construción xurisprudencial. Recentemente o Tribunal Supremo, Sala 4^a, reiterou na súa sentenza do 20-7-2007, con cita da do 14-3-2006, e en relación á do 14-9-2001, as notas caracterizadoras desta figura ao dispor: *“A pesar da defectuosa redacción do artigo 43 do Estatuto dos traballadores, que, ao regular a cesión, se refire á contratación de traballadores para cedelos, non é necesario que o persoal se contrate xa inicialmente coa finalidade de ser cedido; para que haxa cesión basta que se produza un fenómeno interpositorio en virtude do cal aparece na posición contractual propia do empresario alguén que non ten en realidade esa posición, é dicir, quen se apropia efectivamente dos froitos do traballo, dirixe este e o retribúe non é formalmente empresario, porque o seu lugar está ocupado por un titular ficticio [. . .] como sinalou a nosa doutrina, o ámbito da cesión do artigo 43 do Estatuto dos traballadores é máis amplo que o das cesións fraudulentas ou especulativas (sentenzas do 14 de setembro de 2001, 16 de xuño de 2003, 3 de outubro de 2005 e 5 de decembro de 2005). O que recolle o artigo 43 do Estatuto dos traballadores -di a sentenza do 14 de setembro de 2001- é un suposto de interposición no contrato de traballo. A interposición é un fenómeno complexo, en virtude do cal o empresario real, que incorpora a utilidade patrimonial do traballo e exerce efectivamente o poder de dirección, aparece substituído no contrato de traballo por un empresario formal. Isto implica, como sinalou a doutrina científica, varios negocios xurídicos coordinados: 1) un acordo entre os dous empresarios -o real e o formal- para que o segundo proporcione ao primeiro traballadores que serán utilizados por quen,*

⁶ Sentenzas do TS 26-11-1990 (RX 1990, 8605) rec. 645/90; 30-6-1993 (RX 1993, 4939) rec. 720/92; 26-1-1998 (RX 1998, 1062) rec. 2365/1997; 21-12-2000 (RX 2001, 1870) rec. 4383/1999; 26-9-2001 (RX 2002, 1270) rec. 558/2001; 23-1-2002 (RX 2002, 2695) rec. 1759/2001; e 4-4-2002 (RX 2002, 6469) rec. 3045/2001.

con todo, non asume xuridicamente a posición empresarial; 2) un contrato de traballo simulado entre o empresario formal e o traballador e 3) un contrato efectivo de traballo entre este e o empresario real, pero disimulado polo contrato de traballo formal. A finalidade que persegue o artigo 43 do Estatuto dos traballadores é que a relación laboral real coincida coa formal e que quen é efectivamente empresario asuma as obrigas que lle corresponden, evitando así que se produzan determinadas consecuencias que adoitan asociarse á interposición, como son a degradación das condicións de traballo, cando a regulación profesional vixente para o empresario formal é menos beneficiosa para o traballador que a que rexe no ámbito do empresario real, ou a diminución das garantías cando aparecen empregadores ficticios insolventes. Pero iso non implica que toda cesión sexa necesariamente fraudulenta ou teña que perseguir un prexuízo dos dereitos dos traballadores e de aí a opción que concede o artigo 43 do Estatuto dos traballadores. “

Estamos ante unha manifestación anómala da relación laboral consistente na interposición dun empresario aparente que aparece como titular dun contrato encubriendo o empresario real. Desta forma, preténdese que as obrigas e dereitos correspondentes ao suxeito empregador queden atribuídos a un titular ficticio, que non é o que recibe e utiliza os servizos dos traballadores, con elusión do que efectivamente si o fai. Dáse con iso un elemento de distorsión, que aproxima a figura en certa medida á simulación negocial, toda vez que é claro que na interposición se simula un suxeito que non é o verdadeiro, aínda que a coincidencia se detén aquí, posto que na simulación negocial o elemento artificioso afecta a enteira estrutura do negocio a través da ficción da súa causa, mentres que na interposición só é afectado o elemento subxectivo, permanecendo sen alteración a natureza do contrato⁷.

En definitiva, a prohibición que se establece no art. 43 do ET ten como finalidade evitar fenómenos de interposición, artificialmente creada, no contrato de traballo, utilizados non poucas veces como fórmula de eludir responsabilidades empresariais, e aséntase no principio xeral contido no art. 8. 1 do Estatuto, segundo o cal o contrato se entende celebrado entre quen presta un servizo e aquel que o recibe a cambio dunha retribución,

⁷ Neste sentido se pronuncia, entre outras, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid núm. 353/2007 do 14 maio.

o que garda estreita relación co art. 42, pois que neste se regulan diversas formas de contratas e subcontratas e se fixan condicións e consecuencias protectoras para os traballadores nestes supostos.

En relación con estas últimas, debemos dicir que a contrata e subcontrata entre empresas (tamén as encomendas de servizos entre administracións públicas e empresas públicas) é un medio perfectamente lícito de colaboración que vén imposto pola dinámica da economía. A STS do 27-10-1994 aborda por primeira vez o fenómeno da externalización, declarando a súa licitude ao sinalar que: *"O ordenamento xurídico non contén ningunha prohibición xeral que impida ao empresario recorrer á contratación externa para integrar a súa actividade produtiva e así o reconece o art. 42. 1 do ET cando se refire á contratación ou subcontratación para "a realización de obras ou servizos correspondentes á propia actividade da empresa", o que supón que, con carácter xeral, a denominada descentralización produtiva é lícita, con independencia das cautelas legais ou interpretativas necesarias para evitar que por esta vía se poidan vulnerar dereitos dos traballadores "*.

A xurisprudencia do Tribunal Supremo tratou de fixar as pautas ou criterios para deslindar a lícita contrata da cesión ilegal, atendendo ás circunstancias concretas de cada caso. Sinala a STS do 30 de maio de 2002 que *"a liña divisoria entre os supostos de subcontratación lícita e de pseudocontrata ou cesión ilegal de traballadores ou falsa aparencia de contrata de obras ou servizos debe ser trazada de acordo coa doutrina do empresario efectivo; debe ponderarse o desempeño da posición empresarial non de xeito xeral senón en relación ao traballador concreto que a solicita (sentenzas do TS 12-9-1988, 19-1-1994 e 31-1-1995). A distinción é máis clara no caso de que a empresa cedente non conte cunha infraestrutura empresarial propia e independente, e así é factible declarar a existencia de cesión ilegal cando a empresa contratista é unha empresa aparente ou ficticia, sen estrutura nin entidade propias nin verdadeira organización empresarial e o seu obxecto non é outro que o de proporcionar man de obra a outros empresarios (sentenzas do TS 9-2-1987, 18-3-1994 e 21-3-1997). Agora ben, non só podemos falar de cesión ilegal no caso de empresas aparentes ou ficticias. En efecto, a partir da sentenza do 19 de xaneiro de 1994 declarouse que non bastaba coa existencia dun empresario real, non ficticio, pois, como resolveu a sentenza do 12 de decembro de 1997 "existe cesión ilegal de traballadores cando a achega deste nun*

suposto contractual determinado se limita a proporcionar a man de obra sen poñer a contribución dos elementos persoais e materiais que conforman a súa estrutura empresarial".

En suma, podemos sinalar como características de cada unha das figuras as seguintes:

a) Enténdese que existe unha auténtica contrata cando a empresa contratista exerce actividade empresarial propia e conta, xa que logo, con patrimonio, instrumentos, maquinaria e organización estables, e que, por tanto, se lle poden imputar efectivas responsabilidades contractuais, cando achega na execución da contrata a súa propia dirección e xestión, con asunción do risco correspondente, e mantén, en todo caso, os traballadores do seu persoal dentro do ámbito do seu poder de dirección, conservando con respecto a eles os dereitos, obrigas, riscos e responsabilidades que son inherentes á condición de empregador. De acordo co anterior, a contrata pode definirse como aquel tipo contractual en virtude do cal unha parte, chamada contratista, asume a obriga de realizar unha obra ou servizo determinados a favor do empresario principal ou comitente, que asume pola súa vez a obriga de pagar por iso un prezo.

b) Aínda sendo a empresa que contrata os traballadores unha empresa real con actividade e organización propias, tamén pode darse o fenómeno ilícito de cesión de man de obra cando a organización empresarial non se puxo en xogo, limitándose a súa actividade á subministración da forza de traballo necesaria para o desenvolvemento do servizo.

c) Pola súa banda a STS do 14 de setembro de 2001 considera que cando a contrata se concreta nunha prestación de servizos que ten lugar no marco da empresa principal ou arrendataria, non é fácil diferenciala da cesión, polo que recorre á aplicación de diversos criterios de valoración, complementarios, que teñen un valor orientativo e que se concretan: a) na xustificación técnica da contrata; b) na autonomía do seu obxecto; c) na achega de medios de produción propios; d) no exercicio dos poderes empresariais; e) na realidade empresarial do contratista, que se pon de manifesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estrutura produtiva. . .). Como sinala a STS do 3 de outubro de 2005, recollendo a doutrina elaborada por anteriores sentenzas, *"a actuación empresarial no marco da contrata é, xa que logo, un elemento*

clave de cualificación, aínda que excepcionalmente o exercicio formal do poder de dirección empresarial polo contratista non sexa suficiente para eliminar a cesión se se chega á conclusión de que aquel non é máis que un delegado da empresa principal".

Nesta mesma liña, a doutrina científica máis autorizada, en relación coa distinción entre as contratas e a cesión ilegal de traballadores fixo fincapé no exercicio efectivo do poder de dirección. Se o empresario se limita a impartir instrucións xerais sobre os modos de produción, de forma que a concreta organización da actividade corre a cargo do empresario contratista, tratarase dunha contrata lícita. Pero se o empresario principal descende a organizar a actividade dos traballadores de forma que non se limita a contratar un resultado (a obra ou servizo contratado), senón que intervéñ na organización da prestación laboral, existirá unha cesión ilícita de traballadores. É lícito, por tanto, que a empresa principal reserve para si funcións de coordinación técnica e control do cumprimento da contrata, de tal xeito que pode haber unha comunicación cos mandos de contratista dentro do que o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia cualifica de *"necesarias relacións e intercambio de información entre contratante e empresas contratistas"*⁸; o que non pode admitirse é que esa comunicación se estableza de modo directo e regular cos propios traballadores, de modo que o xefe de equipo destes se constitúa nunha mera correa de transmisión das ordes e instrucións emanadas dos órganos directivos da empresa principal, pois o que se trata de preservar en todo caso é que sexa o contratista o que exerza as funcións inherentes á súa condición de empresario.

Tampouco pode admitirse como relevante para apreciar a existencia de cesión ilegal a utilización polo traballador de medios materiais pertencentes á empresa principal ou o desempeño do seu traballo nas dependencias desta, sempre que tales aspectos veñan xustificadas en atención ao obxecto da contrata. Neste sentido pode citarse a recente sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 20 marzo de 2007, na cal se indica que: *"Por iso, ningunha influencia ten para os efectos de apreciar a existencia dunha cesión ilegal o feito de que a actividade laboral do traballador se desenvolveu, en todos os contratos, nas dependencias da Delegación Territorial da Consellería de Pesca e Asuntos Marítimos da Coruña, pois tal feito se enmarca dentro do pactado e da natureza e características das sucesivas contratas anuais que impoña a utilización dos*

⁸ Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 15 de maio de 2006.

medios informáticos propios da consellería, ao tratarse da “realización do servizo de recolla, sistematización e informatización dos datos de despacho de embarcacións pesqueiras nas diversas anualidades correspondentes” e de contratas de “asistencia técnica”. Por iso, esta circunstancia, ou o feito de que coordinase o seu horario de traballo e pausas coas necesidades e normativa da delegación carece de especial relevancia ao formar parte das necesarias relacións -e intercambio de información- entre contratante e empresas contratistas, sobre todo cando esas instrucións e utilización de medios van dirixidas a posibilitar a realización do servizo contratado, e cando iso non impide, como ocorre neste caso, que o persoal afectado continúe dependendo da contratista. “

En definitiva, o relevante e decisivo para distinguir a cesión da contrata é o dato de que exista unha fase ou un sector da actividade da empresa principal, nitidamente diferenciado, cuxa realización se encargue a un terceiro; que a empresa principal prescinda de realizar esa actividade por si mesma e se limite a recibir e controlar o resultado da execución pola contratista; e que na execución dese encargo a empresa contratista ou adxudicataria se responsabilice da entrega correcta dos bens ou servizos, achegue os seus medios de orde persoal e, se é o caso, material, e asuma a organización desa parcela de actividade co seu propio persoal, cuxo traballo dirixa, controle e ordene, sen que iso exclúa as facultades da empresa principal en canto á supervisión do traballo entregado. Na medida en que esta diferenciación non sexa posible ou non se leve a cabo, e a empresa principal organice os traballos para realizar e efectúe un control inmediato, directo e constante da execución do labor dos empregados da contratista, entón producirase unha desnaturalización da figura da contrata, que quedaría reducida á mera provisión da man de obra para que sexa a empresa principal quen directamente reciba os froitos do seu traballo, exercendo o poder de dirección que incumbe ao contratista, polo que deberá apreciarse que existe unha cesión ilícita e non unha contrata⁹.

Boa parte das anteriores consideracións doutrinarias e xurisprudenciais tiveron plasmación normativa no artigo 43 do ET, o cal, tras a modificación operada polo Real decreto lei 5/2006, do 9 de xuño, dispón no seu número 2: *“En todo caso, enténdese que se incorre na cesión ilegal de traballadores prevista neste artigo cando se produza*

⁹ STSX de Madrid núm. 166/07, do 5 de marzo.

algunha das seguintes circunstancias: que o obxecto dos contratos de servizos entre as empresas se limite a unha mera posta á disposición dos traballadores da empresa cedente á empresa cesionaria, ou que a empresa cedente careza dunha actividade ou dunha organización propia e estable, ou non conte cos medios necesarios para o desenvolvemento da súa actividade, ou non exerza as funcións inherentes á súa condición de empresario. ”

B) EFECTOS.

Dispón o artigo 43 do ET, números 3 e 4:

3. Os empresarios, cedente e cesionario, que infrinxan o sinalado nos puntos anteriores responderán solidariamente das obrigas contraídas cos traballadores e coa Seguridade Social, sen prexuízo das demais responsabilidades, mesmo penais, que procedan polos devanditos actos.

4. Os traballadores sometidos ao tráfico prohibido terán dereito a adquirir a condición de fixos, á súa elección, na empresa cedente ou cesionaria. Os dereitos e obrigas do traballador na empresa cesionaria serán os que correspondan en condicións ordinarias a un traballador que preste servizos no mesmo ou equivalente posto de traballo, se ben a antigüidade se computará desde o inicio da cesión ilegal .

Dos preceptos transcritos despréndense dous efectos fundamentais da cesión ilegal:

1) Responsabilidade solidaria das empresas cedente e cesionaria. Tal e como reiterou a xurisprudencia, entre outras, a STS do 28 de setembro de 2006: *"Conforme tales previsións normativas -en concreto, de acordo co art. 43. 1 do ET - é indubidable que resulta ilegal a cesión de traballadores levada a cabo por empresas que non estean debidamente autorizadas como ETT, o que comportaría responsabilidades administrativas (arts. 18 e 19 da LISOS), penais (arts. 311 e 312 do Código penal) e a solidaria respecto das obrigas contraídas cos traballadores e coa Seguranza Social".*

Neste sentido, a responsabilidade solidaria, en virtude da cal cada debedor está obrigado ao pagamento total da débeda, esténdese ás consecuencias dun eventual despedimento, xa que se trata dunha conduta fraudulenta na cal interveñen non só a empresa cedente

senón tamén as cesionarias, debendo situar na fraude a orixe do vínculo de solidariedade (sentenzas do STS do 4 de xullo e do 28 de setembro de 2006, entre outras).

2) Dereito de opción do traballador de adquirir a condición de fixo, á súa elección, na empresa cedente ou cesionaria. O lexislador parte do suposto de que a empresa cedente, aínda actuando como interposta, teña entidade real, pois, cando sexa mera aparencia, mal cabería optar por adquirir a condición de traballador fixo en empresa que non existe.

A xurisprudencia (sentenzas do TS do 11 de setembro de 1986, do 17 de xaneiro de 1991 e do 8 de xullo de 2003, entre outras), integrando a garantía que consagra o artigo 43. 4 do Estatuto dos traballadores, ten declarado que o dereito de opción que reconece tal precepto só pode ser eficazmente exercido mentres subsiste a cesión ilegal, de tal xeito que o seu cesamento «enerva o dereito» do reclamante (entendendo que o exercicio da acción se produce co inicio dos trámites previos, como é a interposición da reclamación previa, debendo observar a situación existente nese momento para os efectos de determinar se o traballador ten ou non dereito a reclamar). Xa que logo, concluída a cesión, non cabe o exercicio desa acción de fixeza, aínda que aquela sexa ilegal, toda vez que a aplicación do art. 43 *«require, como requisito sine qua non, que quede establecido o feito que supoña o préstamo ou cesión do traballador por unha empresa a outra»* (sentenzas do TS do 19 de decembro de 1980, do 19 de xaneiro e do 16 de novembro de 1982, entre outras). Agora ben, o anterior non supón obstáculo ningún para reclamar as consecuencias derivadas dunha cesión ilegal cando se produce un despedimento, aínda que non é menos certo que só poderá alcanzarse esta meta se a cesión ilegal subsiste no momento de producirse o referido despedimento. De xeito que cando o despedimento sexa producido pola empresa cedente, unha vez concluída a cesión, non pode prosperar a acción de cesión e por iso non poden de ningún modo recoñecerse as consecuencias derivadas dela, sen prexuízo de que o despedimento poida ser invalidado por causa diferente, pero non sobre a base dunha pretendida cesión ilegal de traballadores.

O requisito da subsistencia da cesión ilegal ten relevancia para os efectos da eventual regularización dunha situación inicialmente constitutiva de cesión ilegal. Así, como sinala a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de La Rioja, núm. 285/2005, do 22

novembro: *“A declaración de cesión ilegal de traballadores non debe perpetuarse no tempo se se corrixe o comportamento de que deriva a infracción, e esta corrección prodúcese mediante a subscrición entre empresas de contratos de arrendamento de servizos nos cales a situación de irregularidade pasa a ser corrixida. [...] Polo exposto, e aínda admitindo a presenza dunha cesión ilegal de traballadores que afecta o demandante ata o ano 2000, non pode afirmarse a continuidade no tempo deste comportamento empresarial irregular, cando se subscribiron novos contratos de arrendamento de servizos entre empresas cuxa finalidade non é outra senón a de corrixir situacións irregulares anteriores.”*

Por outra banda, do exercicio polo traballador do dereito de opción xorden varias cuestións controvertidas, entre as cales destacaremos, polo seu interese, as relativas á antigüidade, categoría e reclamación de diferenzas salariais.

Respecto da primeira delas, o artigo 43. 4 do ET reconece expresamente a retroactividade ao dispor que *“a antigüidade se computará desde o inicio da cesión ilegal”*. Para estes efectos carece de relevancia a existencia de interrupcións na contratación superiores a vinte días (prazo de caducidade da acción de despedimento) cando, conforme o disposto polo TS en sentenzas recentes, como as do 11 e 16 de maio de 2005, 26 de setembro de 2006, 23 de marzo e 3 de abril de 2007, esteamos ante unha discontinuidade ou interrupción superior a vinte días entre contratos sucesivos, pero de duración non prolongada, tendo en conta o conxunto do tempo de traballo ao servizo do mesmo empresario, de maneira que poida falarse, en todo caso e a pesar de tales interrupcións, dunha unidade contractual.

En canto á categoría profesional, o traballador debe ser adscrito a un posto de traballo e categoría acorde coas funcións que viña desempeñando mentres foi obxecto de tráfico prohibido, tendo, como sinala o art. 43. 4 do ET, os mesmos dereitos e obrigas que correspondan en condicións ordinarias a un traballador que preste servizos no mesmo ou equivalente posto de traballo.

O anterior lévanos a analizar a cuestión relativa á reclamación polo traballador das diferenzas salariais correspondentes ao período en que foi obxecto de cesión ilegal. Neste punto existiu unha evolución xurisprudencial. Así, como sinala a STS do 5

decembro de 2006: “O recurso, que denuncia a infracción do artigo 43. 3 do Estatuto dos traballadores en relación coa doutrina desta sala contida na sentenza do 3 de febreiro de 2000, insiste en que, de conformidade coa doutrina da sala que se sintetiza nesta sentenza, a eficacia ex tunc das condicións de traballo só pode predicarse para aqueles supostos de cesión en que a empresa cedente é un empregador ficticio carente de organización empresarial, debendo observarse noutro caso a eficacia ex nunc que apreciou a resolución contra a cal se recorreu. Así foi en efecto, como sinala a sentenza desta sala que acaba de mencionarse, a cal cita na mesma liña do 17 de xaneiro de 1991, 18 de marzo de 1994, 31 de outubro de 1996, 19 de novembro de 1996 e 21 de marzo de 1997. Pero esta doutrina evolucionou no sentido que precisa a recente sentenza do 30 de novembro de 2005. Nesta sinálase que a doutrina anterior da sala se centrou na opción do artigo 43. 3 do Estatuto dos traballadores na versión vixente para os efectos desta reclamación, que é a anterior á reforma do Real decreto lei 5/2006, sinalando que esta opción só ten sentido «cando hai dúas empresas reais en que se pode establecer unha relación efectiva». Pero coas sentenzas do 14 de setembro de 2001, 17 de xaneiro de 2002, 16 de xuño de 2003 e 3 de outubro de 2005, a sala destacou a natureza interpositoria que ten toda cesión ilegal, subliñando o feito de que a interposición cabe tamén na relación establecida entre empresas reais, e que a unidade do fenómeno xurídico da interposición fai que normalmente sexa irrelevante, en relación cos efectos que debe producir, o feito de que ambas as empresas sexan reais ou algunha delas sexa aparente ou ficticia. Desde esta nova perspectiva, a opción ten o sentido de protexer o posible interese do traballador de permanecer na empresa cedente, aínda que eliminado o efecto da cesión. Pero isto non impide que se se exercita a opción -como o será normalmente- pola relación laboral real, esta opción despregue os efectos que lle son propios e que son ademais os efectos naturais que derivan da eliminación da interposición. Neste sentido a opción cando se exercita pola relación laboral real non ten propiamente un efecto constitutivo, porque con ela e coa sentenza que a acolle non se crea unha relación nova, senón que se declara a que en verdade existía, desfazendo así a mera aparencia creada pola interposición. O efecto constitutivo só podería predicarse da opción exercitada polo mantemento da relación formal coa empresa cedente e, aínda neste caso, tal efecto suporía unha reconstrución desa relación que tería que materializarse na prestación efectiva de traballo para o empresario inicialmente cedente, pondo en todo caso fin á cesión. ”

Como lóxica consecuencia desta nova doutrina, deben recoñecerse ao traballador os efectos económicos consecuentes, como é o dereito ao salario (e o dereito ás diferenzas retributivas correspondentes) durante o período de traballo en que foi obxecto de cesión ilegal, tal e como sinala a STS do 30 novembro de 2005, que engade que: *“Á conclusión expresada non se opón o texto do art. 43. 3 do Estatuto dos traballadores (hoxe 43. 4), antes transcrito. O silencio da norma non supón necesariamente a exclusión de efectos do silenciado, se tales efectos poden ter amparo na propia natureza das relacións xurídicas existentes. Pois ben, no que se refire a este caso, o feito de que o mencionado art. 43. 3 ET (hoxe 43. 4) nada diga acerca de efectos económicos como os agora postulados non comporta a súa negativa ou exclusión, máxime cando se trata de efectos que derivan, pola súa propia natureza, da prestación e actividades realizadas no marco dunha relación laboral existente na realidade.”*

C) A CESIÓN ILEGAL NO ÁMBITO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS.

Como última cuestión para tratar debemos ocuparnos, unha vez examinado o concepto e efectos da cesión ilegal en xeral, das peculiaridades que presenta este fenómeno cando opera no ámbito da Administración pública.

Ante todo debe partirse de que, a pesar da evidente singularidade da contratación administrativa para realizar execución de obras, xestión de servizos públicos, realización de subministracións ou de servizos, actividades previstas na vixente normativa sobre contratación coas administracións públicas, en canto diferenciada das contratas e subcontratas acollidas ao art. 42 do ET, non por iso se debe excluír a aplicación do réxime legal do art. 43 deste Estatuto, cando no ámbito propio da descentralización de funcións das ditas administracións a empresa que asume calquera destas actividades obxecto de descentralización se limita na práctica a ceder ou proporcionar a man de obra necesaria para a súa realización sen control ningún dos seus traballadores nin exercicio das facultades que sempre e indefectiblemente son consubstanciais ao empregador, como son, polo menos, as de dirección, orientación, organización (aínda que o faga dentro das pautas lóxicas que para o efecto lle marque a Administración na realización do servizo contratado) e competencia no réxime de licenzas, vacacións, descansos e permisos.

En consecuencia, todas as pautas anteriormente expostas sobre a cesión ilegal poden aplicarse tamén cando se trata de contratación administrativa. Neste contexto hai que concluír que haberá cesión ilegal cando a adxudicataria se limite á subministración de persoal que necesite o organismo administrativo para a consecución dos seus fins, sen responsabilizarse de ningún xeito dun resultado nin da dirección da actividade dos seus empregados, nin fornecer medios materiais. Esta conclusión non pode alterarse polo feito de que a empresa adxudicataria sexa a que seleccione o persoal e realice as mínimas funcións instrumentais como aparente empregadora, tales como o aboamento das nóminas e as obrigas de Seguranza Social e a elaboración dos cadros de vacacións; en palabras da sentenza do TS do 16-6-2003, *"neste marco non resulta decisivo que a contratista reteña algunhas facultades empresariais (as de carácter disciplinario, a ordenación das vacacións e o control de "acceso e saída" do persoal para o que sen dúbida conta cunha coordinadora (. . .), porque, como xa sinalou a Sentenza do 12 de decembro de 1997 (RX 1997, 9315), esa disociación ou retención de facultades empresariais -unha auténtica delegación da xestión empresarial derivada do propio negocio interpositorio- é compatible en determinados casos coa cesión. "*

E conforme a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 19 de xuño de 2006: *"Atendendo, para rematar, ao exercicio dos poderes empresariais [...] aquí debe distinguirse, segundo entende a sala, entre xestión empresarial mediata (ou poder empresarial de carácter mediato) e xestión empresarial inmediata (ou poder empresarial de carácter inmediato). Con relación a esta última (na que deberían incluírse unicamente aquelas potestades empresariais necesarias para a xestión diaria -ou inmediata- do negocio, tales como a determinación do horario diario ou semanal, a emisión de ordes ou instrucións sobre o cumprimento das obrigas derivadas do prego de prescricións técnicas, e ata a vixilancia e control do traballador para verificar o cumprimento das súas obrigas laborais), é claro que neste caso debe ser exercida necesariamente polos encargados, os mandos ou os cadros da Administración pública, xa que así o impón o carácter dos servizos que se van desempeñar[...]. Polo que se refire á xestión empresarial mediata, o seu máximo expoñente (isto é, o poder disciplinario do empresario) quedaba en mans de Inforhouse, SL, sen que conste que as facultades sancionadoras que leva o dito poder fosen exercidas pola Xunta de Galicia. Prestando agora atención (sobre a base de que "a circunstancia de que a empresa cedente conserve a facultade disciplinaria [non é] obstáculo para a existencia de*

cesión ilegal de traballadores (sentenza do Tribunal Supremo do 12 de decembro de 1997)) a outros aspectos dese poder de dirección mediato, como poden ser o aboamento do salario ou a concesión de vacacións, quedou acreditado na sentenza de instancia que nesta ocasión foron posuídos polo cedente". O anterior levou o TSX de Galicia á conclusión de inexistencia de cesión ilegal neste caso.

En canto aos efectos da cesión ilegal no ámbito da Administración, estes son os examinados anteriormente (artigo 43, números 3 e 4 do ET), cunha importante excepción.

Así, resulta aplicable neste aspecto a xurisprudencia sobre o acceso á Administración dos traballadores con anomalías no vínculo laboral. Como indica a STS do 11 de novembro de 2003 "(. . .) *é ben coñecido que o ingreso como empregado en todas as administracións públicas vén presidido polos principios constitucionais de igualdade, mérito e capacidade -arts. 23 e 103 da Constitución, o que condiciona a adquisición da condición de traballador fixo á superación das probas de ingreso derivadas dunha convocatoria pública para a cobertura daquelas prazas de conformidade co previsto nos arts. 19 e ss. da Lei 30/1984, do 2 de agosto), para a reforma da Administración pública. Tal exixencia constitucional e legal cando se trata da adquisición da condición de empregado público condiciona a aplicación do art. 43 do ET de forma que a consecuencia da cesión ilegal cando a entidade condenada a aceptar os traballadores cedidos é unha Administración pública non será a adquisición da condición de traballador fixo senón a de traballador «indefinido non fixo»¹⁰.*

Como consecuencia do anterior, nestes casos serán causas lícitas de extinción da relación laboral a amortización e a cobertura regulamentaria da praza. En efecto, como sinala a STS do 20-1-1998 "*o carácter indefinido do contrato implica desde unha perspectiva temporal que este non está sometido, directa ou indirectamente, a un termo. Pero isto non supón que o traballador consolide, sen superar os procedementos de selección, unha condición de fixeza no cadro de persoal que non sería compatible coas normas legais sobre selección de persoal fixo nas administracións públicas. En virtude destas normas o organismo afectado non pode atribuír a pretendida fixeza no cadro de persoal cunha adscrición definitiva do posto de traballo, senón que, pola contra, está*

¹⁰ No mesmo sentido se pronuncian as STS do 21 de xaneiro de 1998, 11 de decembro de 2002 e 27 de decembro de 2002.

obligado a adoptar as medidas necesarias para a súa provisión regular; producida esa provisión na forma legalmente procedente, existirá unha causa lícita para extinguir o contrato". E no mesmo sentido, a STSXG do 24 setembro de 2003 sinala: “a traballadora, despedida anteriormente, foi readmitida e, unha vez readmitida, en cumprimento da obriga legal que corresponde á fundación pública, procedeuse a adoptar as medidas necesarias para a provisión legal do posto ocupado por aquela, procedendo, en primeiro lugar, á creación da praza que non existía e, posteriormente, seguindo o procedemento oportuno para a súa provisión regular, polo que, unha vez cuberta a dita praza, a comunicación remitida en data 5-2-2003 non constitúe de ningún xeito un despedimento que poida cualificarse de nulo (como entendeu a maxistrada de instancia), nin de improcedente, senón unha causa de extinción da relación laboral válida e eficaz, por canto ao ter a traballadora readmitida a condición de indefinida, non de fixa de persoal, o seu contrato estaba suxeito á condición resolutoria da amortización da praza ou da súa cobertura regulamentaria, o que aconteceu a través da oportuna convocatoria pública, con observancia dos principios de igualdade, mérito e capacidade constitucionalmente exixibles, e como resultado da cal a codemandada-recorrente obtivo esa praza, ao obter a mellor puntuación. ”

Finalmente convén facer unha breve referencia á problemática relativa aos salarios que se aboarán aos traballadores que, sendo obxecto de cesión ilegal, optan por adquirir a condición de persoal laboral indefinido da Administración, naqueles supostos en que as cantidades percibidas durante a cesión eran superiores ao salario que, conforme as ordes anuais de confección de nóminas, corresponden ao grupo e categoría asignados. Trátase dunha cuestión aínda controvertida, ben que é obrigada a cita de certos pronunciamentos xudiciais significativos que parecen ir abrindo paso á idea dunha regularización completa destes traballadores, incluíndo o aspecto salarial.

Así, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza das illas Canarias, núm. 292/2007, do 11 abril dispón que: “A iso engade a sala o razoamento de que aínda que fose superior a retribución que a traballadora percibía polo contrato administrativo, esa cantidade non pode transmutarse (na súa contía) en salario, pois este deriva da laboralización dese vínculo administrativo, laboralización que lle permitiu á demandante evitar a extinción do contrato; tal laboralización debe ser integral, é dicir, aceptarse con todas as súas consecuencias, tanto no que beneficia (a non extinción do contrato ou a súa

indemnización legal substitutoria) como no que prexudica (a posible diminución das retribucións), seguindo o principio expresado no brocardo latino eum sequi debent conmoda, quem sequuntur inconmoda, que non é máis que unha expresión do principio de boa fe, xa positivizado no art. 7. 1 do Código civil e en especial relevancia no ámbito contractual xeral (art. 1. 258 do Código civil) e no campo contractual laboral en particular (arts. 5. a, 20. 2 e 54. 2. d do ET). “

Sobre esta cuestión tamén se pronunciou recentemente o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na súa sentenza do 7 de abril de 2008, en cuxo fundamento de dereito oitavo dispón: *“Con respecto ao último punto (salario mensual correspondente), esta sala quere facer dúas consideracións previas: en primeiro termo, a acción exercitada pola demandante concirne a unha acción declarativa de relación laboral, o que evidencia que a súa integración na Xunta de Galicia como tal persoal se debe producir con todas as consecuencias inherentes á dita calidade e- obviamente- nas mesmas condicións que o resto do persoal. Porque non pode pretendese a integración nun grupo -rexido por un convenio colectivo- en situación privilexiada á do resto, sobre todo cando o empresario é un ente público, pois vulneraríase o principio de igualdade; antes ao contrario, debe entenderse que a solicitude da recorrente o é a incluírse no posto laboral que lle corresponda legal e convencionalmente, coas condicións económicas e sociais inseparables . “*

Aquí remata a análise da temática comprendida neste módulo. Todo o exposto permite deseñar un panorama xeral da problemática derivada da complexa diferenciación do contrato de traballo respecto doutras modalidades contractuais de prestación de servizos de natureza non laboral, con especial atención ao fenómeno da cesión ilegal de traballadores, tanto desde unha perspectiva xeral como no ámbito concreto da Administración, que confiamos que sirva de apoio para un adecuado coñecemento e comprensión da materia.

O CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE O SECTOR PÚBLICO E O SECTOR PRIVADO NO DEREITO COMUNITARIO E NA LEI DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.

ANTONIO-MANUEL LÓPEZ MIÑO.

Letrado da Xunta de Galicia.

SUMARIO: I. A CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA COMO MERCADO. II. O PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ENTRE AS ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS E OS CIDADÁNS. III. A COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. IV. O CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA NA LCSP.

I. A CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA COMO MERCADO.

Aínda que a LCSP teña desnaturalizado o concepto, o dereito da contratación pública definiuse tradicionalmente como a regulamentación dun tipo particular de contratos que se singularizan por seren celebrados por un ente público e estaren sometidos ao dereito administrativo.¹

Pero alén da endogámica visión iusadministrativista, o dereito da contratación pública non pretende senón regular un tipo determinado de mercado, no cal o cliente forma parte do “complexo público” estatal. De acordo co sistema de economía liberal vixente na Unión Europea, o réxime xurídico dos mercados é o establecido polo dereito da competencia. Como excepción, os servizos de interese económico xeral réxense *ex ante* polo dereito público dos sectores regulados, sen prexuízo da intervención *ex post* da normativa de competencia en caso de violacións específicas cometidas polo prestador dos servizos que

¹ A desnaturalización evidénciase ante todo na asignación subxectiva da contratación pública. En efecto, a lei aplicárase non só ás administracións, senón ao “sector público”, que o artigo 3 define *ad hoc* por vía de enumeración das súas integrantes e cláusulas xenéricas de imputación. A orixe desta fórmula radica non soamente na necesaria adaptación ás directivas comunitarias de contratación pública - entidades citadas no artigo 3. 1 d) e h)-, senón, ademais, no desexo de confeccionar un “traxe á medida” para entes que son e actúan como administracións públicas para toda a nosa lexislación, salvo para a LCSP (entidades públicas empresariais).

non fosen previstas polo regulador público. Conforme este esquema xeneralista -e imperfecto- non deberían aparecer nin indicios do dereito da contratación pública.

Nas economías liberais, os mercados caracterízanse por posuíren diferentes graos de competencia. Un mercado perfectamente competitivo é aquel en que participan unha pluralidade ampla de oferentes e un número elevado de demandantes, os produtos son homoxéneos, todos os compradores e vendedores posúen perfecta información sobre as condicións de mercado e non existen barreiras de entrada ou de saída. Como consecuencia, cada vendedor e cada comprador son insignificantes respecto ao mercado no seu conxunto e carecen de influencia na fixación do prezo dun produto (prezo-acceptantes). Así pois, a competencia entre as empresas establécese en termos de calidade/prezo dos produtos.

No entanto, as condicións de competencia (case) perfecta danse moi escasas veces. É común que só un axente dos que funcionan no mercado ou uns poucos manipulan a condición do produto e poden afectar directamente a formación dos prezos. Así acontece nos supostos de monopolio (único oferente)/oligopolio e de monopsonio(único demandante)/oligopsonio. Nestes casos, o monopolista ou monopsonista posúen suficiente poder de mercado como para influíren na fixación dos prezos que están dispostos a pagar ou que se achan dispostos a aboar por un produto.

Pola súa propia natureza a contratación pública é un mercado imperfectamente competitivo. Presenta unha serie de barreiras de entrada, tanto fácticas como legais. Entre as primeiras, a variedade de situacións a que conduce o feito de o demandante do produto ter sido limitado por disposición legal. En principio, encontrámonos ante un monopolio de demanda (monopsonio): existe un cliente único – a Administración- e, en principio, unha pluralidade de oferentes. O monopsonio será pleno sempre que consideremos a Administración como un todo indiferenciado. Se atendermos á existencia dunha pluralidade de administracións, dotadas de ámbitos territoriais e competenciais propios e mesmo concorrentes, o que existe é un oligopsonio. En ocasións a situación pode chegar ao extremo de existir un monopolio de oferta e demanda cando só existe un empresario con que poida contratar a Administración. Na práctica o monopsonio non é sempre absoluto: aproxímase a isto en determinados contratos (xestión de servizos públicos, determinados servizos específicos da Administración, grandes obras públicas, concesións de obra pública), pero non en contratos similares aos privados, nos cales os empresarios poden

obviar a contratación coa Administración e centrárense no mercado privado (fornecementos, servizos).

Igual que no caso do monopolio, a entidade monopsónica exerce un gran control sobre o mercado e pode, dentro de certos límites, deprimir os prezos de modo a obter ganancias extraordinarias. Isto sucederá até que, se aumentar a súa demanda, se encontre con que cómpre pagar prezos máis altos para atraer novos oferentes. Na práctica, salvo algúns casos particulares, os monopsonios só se presentan en mercados locais relativamente reducidos ou en circunstancias en que hai unha decisiva intervención governamental.

Este último é o caso da contratación pública, na cal a capacidade de cada entidade para influír nos prezos segundo as súas necesidades de compra non responde en principio a factores anticompetitivos, senón ao seu tamaño, necesidades obxectivas, capacidade de gasto e utilización dos distintos procedementos contractuais para definir a oferta. Este último factor foi potenciado pola propia LCSP coa introdución dos sistemas para a racionalización da contratación e a regulación das centrais de contratación (título II, libro IV). Sirva como exemplo o contrato de fornecemento. As consecuencias para o mercado serán moi diferentes segundo que o ente contratante opte por acudir á contratación de tracto único (suposto clásico), a un acordo marco previo á contratación ou a un sistema dinámico de adquisición. E ese efecto potenciarase en caso de que se faga a través dunha central de compras.

Un segundo elemento de poder –e unha segunda barreira de entrada- é conferida á Administración polo seu deber de atender aos intereses públicos (art. 103 CE). A diferenza dos particulares, os entes públicos deben satisfacer unhas finalidades que os transcenden; de aí o seu sometemento ás regras e garantías do dereito público. Pois ben, no ámbito da contratación, a satisfacción dos intereses públicos determina que a normativa outorgue á Administración unha serie de potestades ou poderes exorbitantes (modificación, interpretación e resolución do contrato, p. ex.).

Temos así a Administración como un ente aparentemente poderoso no ámbito da contratación, de modo que distorsiona o mercado ao se sobrepor aos oferentes. Facilmente, un ente público podería adxudicar liberrimamente os seus contratos a unha ou varias entidades de forma repetida, fechando o mercado ás demais ou creando un mercado falso; neste caso, a contratación administrativa ocasionaría un monopolio de partida. Desde este

punto de vista, faise necesario que a normativa de contratos ate os entes públicos para garantir a satisfacción dos seus fins.

Nese campo a influencia do dereito comunitario foi definitiva. O Tratado de Roma está presidido polo obxectivo de lograr en primeiro lugar a consecución das catro liberdades fundamentais de circulación de traballadores, de capitais, de establecemento e de libre prestación de servizos e, en segundo lugar, a libre competencia entre os operadores no mercado. Este duplo obxectivo aplícase a todos os mercados e, por tanto, tamén ao da contratación pública. Ora ben, aplicar a normativa comunitaria da competencia á contratación administrativa parece realmente difícil dada a posición da Administración no mercado e non resulta congruente cos fins públicos que a presiden. É por esta razón que o dereito comunitario formula dous axiomas:

1^a. - Exixencia dun procedemento específico de contratación, sometido ao dereito público.

2^a. - O procedemento debe respectar as liberdades de establecemento e libre prestación de servizos e establecer mecanismos para garantir a competencia.

Estes mecanismos implican que, salvo excepcións, se debe garantir o acceso a unha pluralidade indeterminada de licitadores ao procedemento de contratación. E débese garantir de acordo cos principios básicos de igualdade de trato, non-discriminación e os seus correlatos de publicidade e transparencia da contratación.

É por isto que na regulación comunitaria e nacional se prevén procedementos que parten da presentación de diversas ofertas, que serán seguidas dun procedemento de selección e adxudicación de carácter obxectivo e, por último, a celebración do contrato cunha única entidade ou entidades relacionadas. É dicir, o proceso selectivo parte dunha situación inicialmente competitiva para chegar a un monopolio de execución.²

² Afirma ARRUÑADA que, igual que no sector privado, tamén no ámbito público a competencia ten que estar restrinxida para ser produtiva porque non soamente é preciso protexer os dereitos de propiedade senón tamén constrinxir o tipo e a calidade dos servizos prestados. Esta restrición do acceso a produto nuns casos deriva dunha opción política por un certo obxectivo formal de igualdade un nivel mínimo de consumo. Noutros casos, trátase dunha consecuencia case mecánica do propio proceso organizativo da Administración pública (ARRUÑADA, B., «Gestión de la competencia en el sector público», *Anuario de la Competencia* 1999, 2000, páxinas 267-311)

II. O PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ENTRE AS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS E OS CIDADÁNS.

A participación activa da cidadanía na acción pública é tanto unha cuestión de necesidade como un elemento consubstancial ás modernas democracias representativas. En primeiro lugar, ningunha Administración pública posúe a capacidade, recursos e medios materiais e persoais suficientes para o cumprimento das súas funcións. Mais, aínda que os posúe, o noso sistema político vedaría o seu exercicio *autista*. A intervención dos cidadáns nos asuntos públicos constitúe un dereito fundamental na súa vertente política (artigo 23. 1 CE), pero é innegable que se estende á esfera administrativa, dado que “a Administración Pública serve con obxectividade aos intereses xerais”(artigo 103. 1 CE); en definitiva, aos intereses da cidadanía.

A participación cidadá presenta unha dupla vertente. Por unha parte, tradúcese en comportamentos en que predomina o favorecemento da xestión pública (representación ante as administracións públicas, substitución de órganos administrativos, detención legal de delincuentes. . .). Pero o que aquí nos interesa é o suposto contrario: a Administración favorece intereses dos particulares ben porque contribúen a un fin público ben porque disto pode obter un resultado conveniente para a súa xestión.

Como exemplo máximo do primeiro suposto temos a subvención administrativa, entrega de diñeiro da Administración aos particulares para o cumprimento dun determinado obxectivo, a execución dun proxecto, a realización dunha actividade, a adopción dun comportamento singular, xa realizados ou por desenvolver, ou a concorrencia dunha situación, cando teñan por obxecto o fomento dunha actividade de utilidade pública ou interese social ou de promoción dunha finalidade pública (artigo 2. 1 da Lei 38/2003, do 17 de novembro, xeral de subvencións). No segundo caso, encaixa o suposto previsto no artigo 3. 1 do Real decreto 887/2006, do 21 de xullo, polo que se aproba o regulamento da lei anterior. É dicir, as entregas de bens, dereitos ou servizos que, tendo sido adquiridos coa finalidade exclusiva de seren entregados a terceiros, cumplan os requisitos previstos nas alíneas *a*, *b* e *c* do artigo 2. 1 da Lei xeral de subvencións, terán a consideración de axudas en especie e quedarán suxeitas á normativa de subvencións, coas peculiaridades que carrega a especial natureza do seu obxecto.

Á hora de analizar os mecanismos mediante os cales se articula a cooperación da Administración cos particulares, talvez o instrumento por excelencia sexa o convenio de colaboración. Podemos definilo como aquel negocio xurídico polo cal unha Administración pública e un particular, baixo o principio de igualdade, definen o marco xurídico (competencia, representación, obrigas, cláusulas de resolución) dunha actuación ou proxecto de interese común para ambas as partes.

Partindo do anterior, a distinción clásica entre contrato administrativo e convenio de colaboración radicaba na ausencia dun verdadeiro carácter cooperativo no primeiro deles. O adxudicatario dun contrato administrativo por isto, executa a obra, fornece os bens ou realiza a actuación contratada a cambio dun prezo, e como operador no mercado, dificilmente posuirá un interese altruísta -como cidadán- na satisfacción dos intereses públicos. Fronte a esta concepción alúdese á natureza xurídica da sociedade, que na súa vertente negocial admite a cualificación de contrato (privado) pero non sinalagmático, dado que se establece en interese común dos socios, os cales acordan partir entre si as ganancias (artigos 1665 e 1666 CC). Trasladada ao dereito público, esta concepción permitiría admitir “contratos colaborativos” sempre que ao lexítimo ánimo de lucro dunha empresa competitiva se unise o interese ou finalidade pública do obxecto contractual.

Non obstante, esta posición é susceptible de facer desaparecer a distinción fundacional entre convenio e contrato administrativos. E isto porque calquera obra, fornecemento e servizo contratados cunha Administración pública para a realización de actividades propias do seu tráfico suma os dous requisitos indicados. En efecto, como negar o interese xeral de, por exemplo, a construción dun colexio, o fornecemento de racións aos seus alumnos ou dun estudo sobre o nivel de violencia nas aulas?

Por iso debemos acudir a outros factores para admitirmos o *animus cooperandi* na contratación pública. Para isto, examinaremos en primeiro lugar o fenómeno da “colaboración público-privada” para estudar posteriormente o contrato que recibe este nome e a súa relación con outras figuras afíns.

III. A COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.

1. Orixe e desenvolvemento. O caso británico.

A colaboración entre os sectores público e privado ten a súa orixe no Reino Unido e foi nese país -e por extensión no mundo anglosaxón- onde se desenvolveu de forma máis completa.³

No Reino Unido a colaboración público-privada nace nun contexto económico e político moi específico. En 1973, a crise do petróleo provocou un retroceso progresivo na economía británica, que a finais da década se convertera en recesión e orixinara un desemprego masivo sumado a unha inflación galopante. Os sucesivos gobernos laboristas fracasaron na xestión dos servizos públicos e infraestruturas; os seus gastos incrementáronse e a calidade reduciuse ano após ano.

A principios da década dos oitenta, o goberno conservador da *premier* Thatcher decidiu adoptar medidas enérxicas de contención do gasto que respondían tanto á conxuntura do momento como á acendrada ideoloxía neoliberal dos *tories*. Entre elas, destacou unha nova forma de entender a xestión dos asuntos públicos, o *New Public Management*. En síntese, consistía na externalización (*outsourcing*) de tarefas tradicionalmente asumidas polos poderes públicos: a privatización das empresas que xestionaban servizos públicos e a redución do gasto en infraestruturas. Para isto favoreceuse a participación do sector privado no financiamento e xestión de obras e servizos, denominada *Private Finance Initiative* (PFI). A novidade principal consistía na asunción polo sector privado dos riscos de construción, comerciais e financeiros nados da execución e explotación da obra

³ Un estudo da evolución e características da colaboración público-privada no Reino Unido encóntrase, por exemplo, en NIETO GARRIDO, E., “El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, *RAP*, 162, 2003, páxinas 391-417; e “La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido (de Private Finance Initiative a Public Private Partnerships)”, *RAP*, número 164, 2004, páxinas 389-406. ACERETE GIL, J. B., “Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas”. *Instituto de Estudios Fiscales*, 2004, páxinas 53-82. ALBERTO RUIZ OJEDA tratou estes temas en múltiples obras. Salientamos *La concesión de obra pública*, 2006, na cal recolle unha abundante bibliografía.

pública, na medida da súa capacidade e de forma que os custos non se inclúsen nas contas públicas.⁴

A PPP foi asumida polo goberno Major e, sorprendentemente, polos gobernos laboristas de Blair a partir de 1997, que corruxaron as deficiencias na xestión pública da colaboración (Informe Bates, *PFI Taskforce Team*) e a converteron na principal forma de execución de infraestruturas públicas no Reino Unido.

Este sistema colaborativo de xestión estendeuse por todo o mundo anglosaxón, en particular polos Estados Unidos e Australia, país este último no cal achamos unha das experiencias de máis éxito na materia, as denominadas *Partnership Victoria*.

2. A asunción desta categoría pola Unión Europea: O Libro Verde sobre a colaboración público-privada.

As mesmas razóns que motivaron o nacemento da *public private partnership* en Gran Bretaña conxugáronse para a súa extensión ao ámbito da Unión Europea.⁵ A finais dos anos 90 do pasado século as exixencias derivadas da consolidación da Unión Económica e Monetaria, os criterios adoptados polo Eurostat⁶ sobre contabilidade e contratación pública, ben como a necesidade de se adecuar aos criterios de equilibrio ou superávit orzamentario a longo prazo previstos no Pacto de estabilidade e crecemento fixeron tornar

⁴ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Acerca de las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales”. *Cuadernos de Derecho Público*, número 14 setembro-décembro 2001, páxinas 227 e 228.

⁵ A carta fundacional da colaboración público-privada na Unión Europea encóntrase na Directiva 93/37/CE. Pero o seu progresivo desenvolvemento hase ver nas Comunicacions da Comisión do 10 de setembro de 1997 e 11 de marzo de 1998 (antecedente directo do Libro Verde). Resulta esencial a consulta das “Guidelines for successful public-private partnerships”, publicadas pola Comisión no ano 2003.

⁶ Para a análise deste punto é imprescindible a lectura do documento do Eurostat *Long term contracts between government units and non-government partners (Public-private-partnership)*, 2004. De acordo con este documento, o principio fundamental é que nas contas nacionais os activos afectos a un contrato a longo prazo entre unha unidade administrativa e unha unidade de mercado só se poden considerar activos públicos - e consolidar nas contas públicas- se existir unha forte evidencia de que o socio privado soporta a maior parte dos riscos inherentes á execución do contrato.

O Eurostat diferencia tres tipos de riscos: de construción, de demanda e de dispoñibilidade. Sucintamente, os riscos de construción afectan o estado inicial da infraestrutura e contemplan atrasos de entrega, incumprimento de criterios especificados, deficiencias técnicas e factores externos negativos que motivan indemnizacións a terceiros. Os riscos de dispoñibilidade operan cando a infraestrutura está en activo e se reclama a responsabilidade do socio privado a causa dunha xestión suficiente, que provoca un volume de servizos inferior ao contractualmente convidado ou un nivel de calidade inferior ao previsto no contrato. Por último, os riscos de demanda contemplan variacións da demanda que non dependen da actuación do socio privado.

Para que a contratación dun proxecto non se consolide como déficit público o Eurostat exige dúas condicións: 1ª) que o socio privado asuma maioritariamente o risco de construción, e que 2ª) o socio privado tamén asuma maioritariamente un dos restantes riscos (dispoñibilidade ou demanda)

a mirada ao Reino Unido e concibir a colaboración público-privada, denominada *Public Private Partnership* (PPP), como unha ampla gama de operacións, técnicas e metodoloxías aglutinadas baixo un enfoque ou idea común: o intento de incentivar o interese particular na execución de misións públicas asumindo os riscos inherentes a esa execución.⁷

Como froito desta nova orientación a Comisión publica o *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el o derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*⁸ e a *Comunicación* da Comisión sobre esta materia⁹.

A orixe e a razón de ser desta figura explican a ausencia dunha definición propiamente dita a escala comunitaria. Así, ambos os documentos entenden que a expresión “colaboración público-privada” se refire ás diferentes formas de cooperación entre as autoridades públicas e o mundo empresarial, cuxo obxectivo é garantir o financiamento, construción, renovación, xestión ou o mantemento dunha infraestrutura ou a prestación dun servizo.

Na súa Resolución legislativa, o Parlamento Europeo “describe” a CPP como unha cooperación a longo prazo regulada por contrato entre as autoridades públicas e o sector privado co fin de levar a cabo proxectos públicos en que os recursos requiridos se xestionan en común e os riscos vinculados ao proxecto se distribúen de forma conveniente sobre a base da capacidade de xestión de riscos entre os socios do proxecto¹⁰.

Así pois, a primeira e principal característica da CPP é que nos achamos ante unha *técnica de actuación multiforme*¹¹. Na realidade, admite unha pluralidade non limitable de medidas, tanto de carácter organizativo como negocial. Nun intento unificador, o Libro Verde atribúe á CPP os seguintes elementos comúns:

⁷ Cfr. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley española 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP)”.

⁸ COM (2004), 327 final. Bruxelas, 30 de abril de 2004.

⁹ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. COM (2005) 569 final. Bruxelas, 15 de novembro de 2005.

¹⁰ Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Considerando C. Estrasburgo, 26 de outubro de 2006.

¹¹ Na súa vertente contractual, JIMÉNEZ DÍAZ denomínaa “técnica de contratación” ou filosofía que permite atender practicamente calquera necesidade da Administración que non poida ser resolta mediante a utilización dos contratos ordinarios Véxase JIMÉNEZ DÍAZ, A., “El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obras públicas (en la nueva Ley de contratos del sector público), xornal La Ley, número 6934, 28 de abril de 2008.”

- A duración relativamente longa da relación, que implica a cooperación entre o socio público e o privado en diferentes aspectos do proxecto que se vai realizar.
- O modo de financiamento do proxecto, en parte garantido polo sector privado, en ocasións a través dunha complexa organización entre diversos participantes. Non obstante, a financiamento privado pódese completar con financiamento público, que pode chegar a ser moi elevado.
- O importante papel do operador económico, que participa en diferentes etapas do proxecto (deseño, realización, execución e financiamento). O socio público concéntrase esencialmente en definir os obxectivos que se deben atinxir en materia de interese público, calidade dos servizos propostos e política de prezos, ao mesmo tempo que garante o control do cumprimento deses obxectivos.
- A repartición dos riscos entre o socio público e o privado, ao cal se lle transfiren riscos que habitualmente soporta o sector público. Non obstante, as operacións de CPP non implican necesariamente que o socio privado asuma todos os riscos derivados da operación, nin sequera a maior parte deles. A repartición precisa dos riscos realízase caso por caso, en función das capacidades respectivas das partes en cuestión para avalialos, controlalos e xestionalos.

Para MÍGUEZ MACHO só a participación do operador privado no deseño do proxecto, aínda que non descoñecida nos contratos administrativos, como os de obra e concesións, ten carácter verdadeiramente innovador.¹² Sen desmentir esta opinión, o certo é que a repartición de riscos entre o socio público e o privado adquire unha importancia notoria e encóntrase na raíz mesma desta figura, nacida das restricións orzamentarias dos Estados membros e dos criterios seguidos polo Eurostat para que unha contratación dun proxecto non consolide déficit público, como posteriormente se verá.

De acordo co parágrafo terceiro do Libro Verde, tres factores explican o recurso cada vez máis frecuente ás operacións de CPP. Como xa observamos, as restricións orzamentarias imponen ao sector público a necesidade de recibir financiamento privado. A título de exemplo a Opinión da Comisión de Transportes e Turismo do Parlamento Europeo aludiu

¹² MÍGUEZ MACHO, L. “Las formas de colaboración público-privada en el derecho español” *RAP*, nº 175, 2008, páxs 157-215 (163).

ás enormes necesidades de financiamento para a execución dos proxectos de infraestrutura da rede transeuropea de transporte; tan só os recursos comunitarios ascenden a 600. 000 millóns de euros até o ano 2020, pero que é insuficiente sen a intervención do capital privado¹³. Casos como o citado poñen de manifesto outro dos argumentos a favor da CPP: para o financiamento das infraestruturas e servizos apélase á solidariedade interrexional. Os gastos que carreta a CPP acostúmanse aboar ao longo de toda a vida da infraestrutura, distribuíndo os custos entre as xeracións que se benefician da súa utilización. No entanto, a doutrina criticou esta formulación, en canto os gastos desagregados a tan longo prazo condicionan a acción dos gobernos sucesivos, os cales poden non estar de acordo na medida inicialmente adoptada.¹⁴

Relacionada coa anterior encóntrase a apelación á maior eficiencia e economía dos operadores privados e o conseguente interese en aproveitar os seus coñecementos e métodos de funcionamento do sector privado no marco da vida pública. A Resolución legislativa do Parlamento Europeo fala de beneficiarse da “capacidade de concepción, construción e xestión das empresas privadas e, se proceder, da súa competencia financeira”. Así mesmo, considérasea como unha alternativa á privatización en períodos de apresuramento orzamentario. Isto resulta contraditorio co Libro Verde, que no seu número 3. 2, inclúe a privatización entre as formas de CPP institucionalizada (considerandos G e H).

O terceiro factor é de carácter etiolóxico-ideolóxico e responde ao marco político liberal subxacente na Unión Europea. Así, afírmase que o desenvolvemento da CPP forma parte da evolución máis xeral do papel do Estado no ámbito económico, ao pasar de operador directo a organizador, regulador e controlador¹⁵.

¹³ Opinión da Comisión de Transportes e Turismo, do 31 de agosto de 2006. Véxase, ademais, o artigo de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “La ordenación de las Redes Transeuropeas de Transporte. Alcance y delimitación en el Derecho Comunitario y Español”, en *I Congreso Internacional sobre el transporte. Retos del transporte en el siglo XXI*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, páxs. 315-342.

¹⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., «Contrato de colaboración público-privada». *RAP*, número 160, 2007, páxinas 7-39 (9).

¹⁵ A Comisión non ignora este compoñente político. Por isto, no número 1 da Comunicación sinala que a Comunicación expón as opcións políticas xurdidas a raíz da consulta, destinadas a garantir unha competencia real polas CPP sen limitar en exceso a flexibilidade necesaria para o deseño de proxectos innovadores e a miúdo complexos. A manifestación por parte da Comisión nesta fase do proceso das súas preferencias políticas é coherente co seu compromiso de responsabilidade pública e transparencia no exercicio do seu dereito de iniciativa, que constitúe un principio básico de «Lexislar mellor para potenciar o crecemento e o emprego na Unión Europea. Ben que a presente Comunicación pretende extraer conclusións políticas da

Non obstante, a Comisión non descoida a cautela acerca da CPP, postura moi razoable tendo en conta o cambio de filosofía en materia de contratación pública e a importancia que se outorga ao sector privado en cuestións tradicionalmente asumidas polas administracións públicas. A Comisión do Mercado Interior e Protección do Consumidor da Comisión propuxo que antes de promover o desenvolvemento da CPP os gobernos se concentren en mellorar as súas capacidades administrativas e os seus métodos de avaliación.¹⁶ A Comunicación viuse obrigada a lembrar aos Estados membros que a CPP “non é unha solución milagrosa”; cómpre avaliar, proxecto por proxecto, se realmente engade valor ao servizo específico ou á obra pública en cuestión en comparación con outras opcións como a celebración dun contrato máis tradicional.¹⁷ Resulta complicado planificala, executala e póla en funcionamento. Precísase moito tempo para conseguir resultados tanxibles. Por tanto, é importante facer unha avaliación previa de se o sector público debe emprender unha determinada CPP e como o debe facer.

Na súa execución hai que garantir que os riscos da CPP sexan asumidos pola parte que mellor os poida afrontar e que se aproveitan de forma eficaz as vantaxes que brinda a participación do sector privado. Sen esta prevención, o sector público corre o perigo de levar a cabo proxectos de CPP por razóns inadecuadas, como unha mellora a curto prazo da situación orzamentaria en prexuízo dunha solidez financeira a longo prazo.

Como é tradicional en todos os documentos comunitarios sobre contratación pública, o Libro Verde pretende impedir o uso da CPP para a adxudicación preferente a licitadores nacionais ou con base en consideracións que non teñan carácter económico. É por isto que apela aos tradicionais límites de respecto aos principios e normas do Tratado, especialmente no que se refire á liberdade de establecemento e á libre prestación de servizos (arts. 43 e 49 CE), incluídos os principios de transparencia, igualdade de trato, proporcionalidade e recoñecemento mutuo (parágrafo 8).

consulta emprendida co Libro Verde sobre a CPP, a variedade de opcións que establece débese considerar nun contexto máis amplo, que inclúe conclusións procedentes de sentenzas do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas, a experiencia adquirida cos procedementos iniciados pola Comisión contra os Estados membros conforme o artigo 226 do Tratado CE e os contactos bilaterais coas partes interesadas.

¹⁶ Informe do 16 de outubro de 2006 sobre a colaboración público-privada e o dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións.

¹⁷ Comunicación, páxina 1.

3. Tipoloxía da colaboración público-privada.

O Libro Verde sobre colaboración público-privada realiza unha clasificación un tanto complexa desta figura. En primeiro lugar diferencia entre “CPP puramente contractual” e “CPP institucionalizada”. Despois, en cada categoría procede a unha dupla subdivisión: a CPP contractual pode dar lugar a un acto de adjudicación cualificado como de “contrato público” ou como “concesión” (números 2. 1. 1 e 2. 1. 2, respectivamente). Pola súa vez, a CPP institucionalizada dará lugar ben á creación dunha entidade *ad hoc* en que participen de maneira conxunta os sectores público e privado (número 3. 1), ben á toma de control dunha entidade pública por parte dun operador privado ou privatización do servizo público (número 3. 2).

3. 1. CPP puramente contractual.

O Libro Verde comeza por apuntar un dato que parece obvio: este tipo de CPP “refírese a unha colaboración baseada unicamente en vínculos contractuais entre as diferentes partes”. É dicir, en aparencia, é un contrato. No entanto, esta xeneralización é errada, ao menos na vertente concesional da CPP: non en todas as lexislacións as concesións de obras e servizos públicos son consideradas como contratos. Mesmo neste último caso a normativa comunitaria sobre contratación pública non se aplica ás concesións ou aplícase só parcialmente (ben sexa por disposición da lei nacional ou da norma comunitaria, caso da concesión de servizos públicos)¹⁸.

Sexa como for, o Libro Verde entende que a CPP contractual se pode traducir nun contrato (público) ou nunha concesión. A distinción pode resultar fútil para a nosa lexislación, pero non así para aqueles sistemas en que as concesións non se rexen pola normativa de contratos públicos.

A Comisión diferencia a concesión, quer de obras quer de servizos públicos, do resto dos contratos por dous trazos: o vínculo directo existente entre o empresario privado e o usuario final, e o modo de remuneración do contratista, que consiste en tarifas ou “canons” aboados polos usuarios do servizo, complementados, se for o caso, por subvencións dos poderes públicos¹⁹ (parágrafo 22). Pola súa parte, os demais contratos de

¹⁸ Libro Verde, parágrafos 31 e 32.

¹⁹ MÍGUEZ MACHO, L. *op. cit.*, pág. 169.

CPP contemplan unha relación directa entre o operador e a Administración pública, traducida na realización e xestión dunha infraestrutura para ela (por exemplo, un colexio, un hospital, un centro penitenciario ou unha infraestrutura de transporte). Neste modelo, a remuneración do socio privado non adopta a forma de canons aboados por obra ou servizo, senón a de pagamentos periódicos -fixos ou variables- realizados polo socio público (número 23). A distinción ten un marcado carácter dinámico, derivada dos pactos sobre repartición de riscos entre as partes.²⁰

Dadas as súas peculiaridades, o procedemento de adxudicación ou de “selección do socio privado” nas concesións será o fixado por cada lexislación nacional, a cal deberá respectar os mínimos citados no parágrafo 34 do Libro Verde (fixación das normas aplicables á selección, publicidade adecuada, convocatoria real, igualdade de trato e adxudicación conforme criterios obxectivos e non discriminatorios). No caso dos contratos públicos, a Comisión destaca especialmente o procedemento do diálogo competitivo introducido pola Directiva 2004/18/CE (parágrafo 25), pero admite os tradicionais procedementos aberto e restrinxido. O procedemento negociado é excepcionalmente aplicable só respecto de «obras cuxa natureza ou riscos non permitan determinar previamente o prezo global». Esta excepción só abrangue as situacións excepcionais en que haxa incerteza, a priori, canto á natureza ou a duración das obras que se deben efectuar, mais non inclúe as situacións en que a incerteza resulte doutras causas, como a dificultade de fixar o prezo de antemán debido á complexidade da estrutura xurídica e financeira que se organizou (parágrafo 24). No dereito español, a LCSP previu como único procedemento válido o diálogo competitivo (artigo 164. 2 LCSP).

Na fase de execución contractual, o Libro Verde atende especialmente aos supostos de modificación do contrato. No plano subxectivo, o parágrafo 48 non rexeita de plano a aplicación de cláusulas contractuais tipo *step-in*, que facultan a Administración pública para substituír o socio privado sen convocatoria de concurso ou para asumir directamente a prestación en caso de que os fluxos financeiros descendan por baixo dun determinado nivel. No plano obxectivo, o documento reitera a coñecida postura da Comisión acerca do

²⁰ A raíz desas negociacións, pode que o contrato en cuestión teña que ser finalmente cualificado de contrato público, o que, a miúdo, carrega que se poña en cuestión a legalidade do procedemento de adxudicación elixido polo organismo adxudicador. Segundo as opinións expresadas polas partes interesadas, esta situación xera en relación con estas operacións unha inseguranza xurídica moi prexudicial para o seu desenvolvemento. Libro Verde, parágrafo 34.

“acontecemento imprevisible” como xustificación da modificación contractual, pero engade unha motivación alternativa, constituída por “razóns de orde pública, seguranza ou saúde públicas”. Mais a mera concorrencia de tales razóns non abonda para fundamentar a alteración contractual; é imprescindible que satisfagan as exixencias do principio de proporcionalidade (adecuación ao fin, necesidade e proporcionalidade da medida). Ademais, toda modificación substancial, relativa ao obxecto mesmo do contrato, se debe assimilar á sinatura dun novo contrato, o que exixirá unha nova convocatoria de concurso (parágrafo 49).²¹

No campo da subcontratación prevense varios mínimos. O máis significativo é o de exixir ao socio privado que, pola súa vez, sexa poder adxudicador a convocatoria dun concurso para a subcontratación de obras e servizos. Isto esténdese á subcontratación en favor dos seus accionistas (entidades do mesmo grupo), salvo cando as prestacións subcontratadas internamente tiveren sido obxecto dunha convocatoria organizada pola Administración pública con carácter previo á constitución da empresa do proxecto (parágrafo 51).

3. 2. A CPP institucionalizada.

A colaboración entre os sectores público e privado artículase a través da creación dunha organización en que participan, de maneira conxunta, o sector público e o privado. En concreto, o Libro Verde prevé dous tipos de entidades: as tradicionais sociedades de economía mixta do dereito español e as empresas privatizadas (parágrafo 55)²².

A sociedade de economía mixta nace cando un ente público e un operador privado constitúen unha entidade en cuxo capital participan de maneira conxunta. A súa creación encóntrase fóra do ámbito do dereito da contratación pública, pero este si debe intervir

²¹ A adxudicación directa e sen concurso de obras ou servizos complementarios deberá ser obxecto de interpretación restritiva. A Comisión non ignora que o uso -ás veces combinado- de complementarios e modificados é un factor substantivo de restrición da competencia na contratación pública. E asegura que estas excepcións non contemplan, por exemplo, a ampliación da duración dunha concesión de autoestrada xa existente co obxectivo de cubrir os custos das obras para a realización dun novo tramo, posto que a práctica que consiste en acumular nun só concesionario actividades «rendibles» e «non rendibles» non pode conducir a unha situación en que se adxudique unha nova actividade a un concesionario existente sen convocatoria de concurso.

²² Unha tipoloxía enormemente desagregada das asociacións público-privadas encóntrase en ACERETE GIL, J. B., Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas. *Estudio de Institutos Fiscales*, 2004, páxs., 31-33.

cando á entidade resultante lle son atribuídas misións a través dun acto que poida ser cualificado quer de contrato público quer de concesión²³.

No caso de creación dunha entidade mixta para a execución dunha obra ou a prestación dun servizo, a selección do socio privado non pode responder á vontade discrecional do ente público, senón que se debe atender ao criterio da oferta máis vantaxosa economicamente respecto ás prestacións que ten que realizar a sociedade. En caso contrario, a selección podería constituír unha violación do dereito en materia de contratación pública e concesións (parágrafo 58). Unha vez constituída, a adxudicación de contratos públicos á sociedade mixta quedará sometida ás normas e procedementos de contratación administrativa. E isto porque a participación do organismo adxudicador na entidade mixta non xustifica a adxudicación directa en favor daquela. A aplicación de tal dereito comunitario non depende do carácter público, privado ou mixto do contratista do organismo adxudicador (parágrafo 63).

O segundo exemplo de CPP institucionalizada consiste na “privatización” dunha empresa pública. Esta medida de política económica é en principio allea ao dereito comunitario, con base no principio de neutralidade para co réxime da propiedade determinado no artigo 295 CE. Se for o caso, deberase respectar o principio de libre circulación de capitais²⁴. Ora ben, o dereito da contratación pública intervirá, co fin de garantir o respecto aos principios de liberdade de establecemento e prestación de servizos, se se cede a operadores privados capital de empresas públicas que teñen atribuídas actividades propias dun contrato público, co fin de evitar a fraude daquela normativa.²⁵

²³ No seu afán por evitar a vulneración das normas de contratación, o Libro Verde destaca algunhas irregularidades. Así, os parágrafos 60 e 61 contemplan os casos de sociedades mixtas en fase de constitución que concorren en procedementos en que o socio público é tamén o órgano adxudicador. Ou ben se produce a confusión da fase de constitución da entidade e a fase de adxudicación das tarefas”. Tamén sucede que, unha vez finalizado o contrato, a sociedade mixta constituída *ad hoc* pode persistir na execución da prestación - mesmo por tempo ilimitado- “sen que se organice unha verdadeira convocatoria do concurso con ocasión da renovación”.

²⁴ Véxase, por exemplo, a STXE do 6 de marzo de 2008, ditada no asunto C 196/07, EON-ENDESA.

²⁵ O parágrafo 69 sinala que ademais, a experiencia recomenda asegurarse de que a dita operación de capital non oculta, na realidade, a adxudicación a un socio privado de contratos que poden ser cualificados de contratos públicos ou, mesmo, de concesións. Isto ocorre, sobre todo, cando, con anterioridade á operación de capital, se adxudican á entidade en cuestión misións particulares directamente e sen convocatoria de concurso previa, co obxecto de facer máis atractiva a operación de capital.

Ora ben, por simple lóxica no ámbito da colaboración público-privada o termo “privatización” non equivale a transferencia da totalidade do capital social da empresa pública ao operador privado, senón á súa “toma de control” ou adquisición de “determinada influencia” (parágrafo 68). E isto porque a colaboración exige unha mínima presenza do socio público. E nin tan sequera isto é suficiente. O parágrafo 54 dispón que “o socio público conserve *un nivel de control relativamente elevado* sobre o desenvolvemento das operacións”, a través da súa presenza no capital social e nos órganos de decisión da entidade común.

Ora ben, o Libro Verde non exige un nivel de control similar ao previsto na xurisprudencia *Teckal* para constituír unha entidade *in house*;²⁶ pero tampouco o establecido na Directiva 2004/18/CE para os “organismos de dereito público”,²⁷ nin tan sequera “influencia dominante” nos termos previstos polo artigo 2. 1 da Lei 4/2007, do 3 de abril, de transparencia das relacións financeiras entre as administracións públicas e as empresas públicas, e de transparencia financeira de determinadas empresas. Parece chegar con que o socio público dispoña do poder suficiente para asegurar a adecuada implementación do contrato público.

Así pois, a CPP institucionalizada prevé a participación de capital privado pero en dous momentos diferentes: na constitución da empresa (sociedade de economía mixta) ou durante a súa existencia (empresa pública privatizada). E en ambos os casos aparece vedada a opción de adxudicación dun contrato público sen licitación previa. A opción contraria prexudicaría o obxectivo de evitar o falseamento da competencia e o principio de igualdade de trato dos interesados. Outorgaría á empresa privada que participa no capital da empresa pública unha vantaxe en relación cos seus competidores. Tan só quedan excluídas desta imposición as entidades *in house*, dado que as súas circunstancias son contraditorias coas propias dunha sociedade mixta.

²⁶ Entidades sobre as cales o organismo adxudicador exerce un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos e, a un tempo, realicen a parte esencial da súa actividade co ente ou os entes que a controlan [57]. Unicamente as entidades que responden de maneira acumulativa a ambas as condicións se poderán considerar entidades *in house* con respecto ao organismo adxudicador e soamente a elas se lles poderán confiar tarefas sen pasar por un procedemento de adxudicación en competencia

²⁷ O artigo 1. 9. c) contempla aquelas entidades “cuxa actividade estea maioritariamente financiada polo Estado, os entes territoriais ou outros organismos de dereito público, ou ben cuxa xestión se encontre sometida a un control por parte destes últimos, ou ben cuxo órgano de administración, de dirección ou de vixilancia estea composto por membros dos cales máis da metade sexan nomeados polo Estado, os entes territoriais ou outros organismos de dereito público”.

IV. O CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA NA LCSP.

A Lei do contratos do sector público inclúe o contrato de colaboración público-privada entre as súas novidades máis destacadas²⁸ “en relación co seu inmediato antecedente, o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas”(preámbulo da LCSP).²⁹ O seu carácter innovador vese reafirmado polo feito de non ser unha imposición derivada da incorporación das directivas comunitarias 2004/17/CE e 2004/18/CE, as cales non recollen esta figura pola oposición á súa regulación no ámbito comunitario.³⁰

O feito de que sexa unha novidade non se traduciu nunha regulación polo miúdo. Moi ao contrario, como sinala a profesora VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, os artigos da Lei 30/2007 que directamente serven para definir o réxime xurídico deste contrato son quince. O artigo 11 define o tipo de contrato; o artigo 13 inclúe entre os contratos sometidos a regulación harmonizada; os artigos do 110 ao 120 regulan as actuacións preparatorias; os artigos do 163 ao 167 e o 296, o procedemento de adxudicación a través do diálogo competitivo. O artigo 199 recolle o principio do risco e ventura. Por último, os artigos 289 e 290 recollen o réxime xurídico e a duración do contrato, respectivamente³¹. Pero esta sobriedade normativa non é negativa: polo menos un sector da doutrina considera imprescindible que o contrato de CPP posúa “perfis desdebuxados” para que cumpra a súa función, descrita no artigo 11 da LCSP³².

²⁸ Un breve estudo dos antecedentes deste contrato encóntrase en GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A., “Los contratos de colaboración público-privados”, Revista de Contratación Administrativa Práctica, número 79, 2008, páxinas 37-67.

²⁹ O novo é a regulación da figura, porque este tipo de contratos xa se celebraban durante a vixencia da lei anterior. Así o recoñece o parágrafo 5º da exposición de motivos do proxecto de LCSP- CHINCHILLA opina que o texto se refire a contratos que non encaixaban no contrato de concesión de obras públicas dado que a Administración usaba a infraestrutura e pagaba por isto, polo que non había explotación do concesionario, de acordo co criterio da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa nos seus informes 70/04 e 61/03 (CHINCHILLA, C. *op. cit.*, nota 27, páxs. 622-623). Dentro destes supostos inclúense os denominados “arrendamentos operativos”, negocios xurídicos nos cales a Administración encomenda a construción ou renovación da infraestrutura a un terceiro coa finalidade de que llo alugue con posterioridade ao ente público (GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *op. cit.*, páx. 33).

³⁰ Unha clara expresión de tal oposición encóntrase no número 2 da *Resolución normativa do Parlamento Europeo sobre os contratos de colaboración público-privada* (páxina 2 na súa versión española). O Parlamento limitábase a pedir que se clarifique o ámbito das colaboracións público-privadas institucionalizadas.

³¹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “La colaboración público-privada como fórmula de externalización de cometidos públicos”, no Anuario da Facultade de Dereito de Ourense, 2007, páxs. 647-664.

³² GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *op. cit.*, páx. 29 e CHINCHILLA MARÍN, C., *op. cit.*, páx. 623.

4. 1. Natureza xurídica e caracteres do contrato de colaboración público-privado.

Os indicadores do carácter específico dos contratos de CPP na LCSP son múltiples. Podemos articulalos do seguinte modo:

1. Son **contratos administrativos** (art. 19. 1. a) LCSP) e, por isto, só poderán ser celebrados por unha Administración pública das citadas no art. 2. 2 da LCSP, carácter do cal o artigo 2. 3 da LCSP exclúe as entidades públicas empresariais e os organismos similares dependentes das administracións autonómicas e locais.

GONZÁLEZ GARCÍA entende que a tipificación de contrato administrativo se debe ao interese da lei en preservar para a Administración as potestades de interpretación e modificación dos contratos administrativos, como contrapeso lóxico ao maior risco que aquela asume durante a execución dos contratos³³. Trataríase de evitar que o principio de absorción da prestación de maior importancia económica (art. 12 LCSP) conduza á aplicación do réxime xurídico dos contratos privados (servizos patrimoniais, financeiros, etc). Este temor non se materializará facilmente cando algunha das prestacións consista na execución dunha infraestrutura. É criterio do TXCE que, en caso de concorreren prestacións propias do contrato de obras, se atenderá á prestación obxectivamente máis importante para os intereses públicos, con independencia do importe. Algo semellante podemos afirmar se comparecen prestacións propias dun contrato de xestión de servizos públicos.

2. O anterior impide que cada suposto concreto constitúa un **contrato unitario e complexo pero non mixto**, dada a variedade de obxectos que poden concorrer á vista do art. 11. 1 da LCSP. Pero tales prestacións non se traducen nun contrato mixto, nin por isto na aplicación do réxime xurídico destes contratos.

Esta conclusión non se ve contradita polo disposto no artigo 289 LCSP. A remisión ás “normas xerais contidas no título I do libro IV e ás *especiais correspondentes ao contrato típico cuxo obxecto se corresponda coa prestación principal daquel, identificada conforme o disposto no artigo 120. a*, verificase só e exclusivamente “no que -aquelas regras especiais- non se opoñan á súa natureza, funcionalidade e contido peculiar conforme o artigo 11”.

³³ GONZÁLEZ IGLESIAS, J. V., *op. cit.*, páx. 53.

3. Son **contratos sometidos a regulación harmonizada** por imperativo legal e con independencia da súa contía (art. 13. 1. LCSP). Non cabe dúbida de que as razóns desta previsión son a especial complexidade e indeterminación das prestacións, a difícil xestión do procedemento contractual e o elevado custo de execución da actividade.

O ser un contrato suxeito a regulación harmonizada implica que cada licitación estará suxeita á publicación no DOUE. Ademais, a publicidade nos diarios oficiais autonómicos ou locais non poderá suplir a que se efectúe no BOE (art. 126. 1 LCSP).

4. Son contratos suxeitos a unha **tramitación moi complexa e que xera elevados custos de transacción**. Unha simple lectura do artigo 11 da LCSP remite esta figura a prestacións complexas e dotadas dunha indeterminación inicial, polo cal se someten a un procedemento específico (o diálogo competitivo).

5. Por isto, son contratos **excepcionais e subsidiarios** respecto aos restantes contratos típicos. Só se poderán celebrar cando o documento de avaliación previa puxese de manifesto, na forma prevista no artigo 118, que outras fórmulas alternativas de contratación non permiten a satisfacción das finalidades públicas (art. 2 LCSP)³⁴.

6. A LCSP recoñece como único procedemento de adxudicación dos contratos de CPP o **diálogo competitivo** (art. 164. 3 LCSP).

7. É imprescindible que se verifique unha **repartición de riscos entre o socio público e o privado** (art. 199 LCSP). É un elemento obrigatorio para evitar que o custo do contrato consolide as contas públicas. Por isto, aínda que a lei non afonde demasiado sobre este aspecto, si que sinala que no clausulado do contrato deberán figurar as condicións de repartición de riscos entre a Administración e o contratista, desagregando e precisando a imputación dos riscos derivados da variación dos custos das prestacións e a imputación dos riscos de dispoñibilidade ou de demanda desas prestacións (art. 120. 1 b) LCSP). Dada a importancia da transferencia de riscos entre as partes, as mencións no clausulado do contrato deberán ser todo o extensas e precisas que sexa posible, co fin de evitar problemas no réxime de remuneración e na duración do contrato.

³⁴ COLLADO MARTÍNEZ, R., «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado». Revista Española de la Función Consultiva, número extra 8, 2007, páxs. 191-212.

8. A diferenza dos contratos clásicos, prodúcese **financiamento privado da operación**. A contraprestación a percibir polo contratista colaborador consistirá nun prezo que se satisfará durante toda a duración do contrato e que poderá estar vinculado ao cumprimento de determinados obxectivos de rendemento (art. 11. 4 LCSP).

Como observamos ao examinar o Libro Verde da Comisión sobre a colaboración público-privada, o feito de que o prezo sexa aboado pola Administración e non polos usuarios da infraestrutura ou servizo ocasiona que nos encontremos ante unha CPP contractual segundo o modelo de contrato público e non o modelo de concesión.

Na realidade, unicamente a exposición de motivos da LCSP, no seu número 5, establece que o prezo o paga a Administración. Ningunha expresión tan explícita se encontra no articulado. O artigo 11. 4 da LCSP non impide que o contrato de colaboración público-privada poida constituír, na realidade, nunha concesión en termos de dereito comunitario.

³⁵ E isto porque a súa dicción literal non exclúe que o empresario sexa remunerado polos usuarios, como tampouco o fai o artigo 120 f) da LCSP (refírese a “fórmulas de pagamento” e saldos pendentes de aboamento pola Administración, pero non indica a súa procedencia). Moi ao contrario, o artigo 120 d) da LCSP, prevé a remuneración derivada da explotación das obras ou equipamentos en caso de que sexa autorizada e compatible coa cobertura das necesidades da Administración.

Poderíase interpretar que o contrato de CPP exige ao menos un reintegro aboado pola Administración e, cando a explotación da infraestrutura sexa admitida, o operador recibirá o produto de tal explotación directamente dos usuarios ou indirectamente por medio da Administración (p. ex., vía ‘peaxe en sombra’ no caso de construción de estradas, ou cómputo de cama ou cela ocupada nos casos de construción de hospitais e cárceres).

Ao anterior súmase o detalle de que a remuneración se pode vincular ao cumprimento de determinados obxectivos de rendemento, cuxo control realizará a Administración ao longo de toda a vida do contrato (art. 120 g) da LCSP). Isto amplía o principio do risco para o contratista (art. 199 da LCSP) e remíteo a riscos de dispoñibilidade e/ou de demanda, que

³⁵ Os caracteres distintivos entre este contrato e a concesión recollidos no número 2 do Libro Verde teñen substantividade. Pero a súa transcendencia é maior naqueles sistemas que non atribúen á concesión un carácter contractual ou non a someten totalmente ás directivas de contratos. Non é este o caso do dereito español, dado que a LCSP inclúe o contrato de colaboración público-privada no núcleo “duro” do seu sistema garantista, como contrato administrativo e sometido a regulación harmonizada.

terán que se sumar ao risco de construción, e que outorgarían a esta figura un carácter colaborativo case puro.³⁶

En todo caso, a LCSP deixa aberto o tema do financiamento. A súa disposición derogatoria única mantén en vigor os artigos do 253 ao 260 do texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas. A disposición derradeira décima engade que no prazo dun ano a partir da súa entrada en vigor o Goberno someterá ao Congreso dos Deputados un proxecto de lei en que se regulen as modalidades de captación de financiamento nos mercados polos concesionarios de obras públicas ou polos titulares de contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado, así como o réxime de garantías que se pode aplicar a tal financiamento.

9. Como afirma GONZÁLEZ IGLESIAS³⁷, o réxime destes contratos permite **exceptuar a aplicación a eles dunha serie de principios tradicionais da contratación**, como son: a) a repartición de riscos entre as partes fronte ao principio de risco e ventura do contratista (art. 199 LCSP); b) o prezo diferido ao longo da vida do contrato e vinculado ao rendemento (art. 11. 4 LCSP); c) a posibilidade de contratar con prezos provisorios (art. 75 LCSP); a atribución da dirección das obras ao empresario (art. 11. 3 LCSP).

10. O carácter excepcional e subsidiario deste contrato -que impide acudir a el cando calquera outro contrato administrativo pode satisfacer en condicións suficientes as necesidades públicas- explícase polo **valor engadido ou nivel de calidade** que a Administración non pode obter a través doutra técnica contractual. É o denominado *value for money* do modelo anglosaxón³⁸. O contrato de CPP debe “proporcionar unha mellora significativa a respecto dos mecanismos públicos tradicionais de provisión e prestación de infraestruturas e servizos”. Pódese definir como o uso eficaz de fondos públicos a partir da combinación óptima de custos, calidade, eficiencia e eficacia.³⁹

As actuacións preparatorias do contrato procuran fundamentalmente que o procedemento garanta ese nivel de calidade. En particular, o documento de avaliación previa (art. 118 LCSP) examina comparativamente as distintas alternativas contractuais para concluír que a

³⁶ A mesma posición sostén CHINCHILLA MARÍN, *op. cit.*, páx., 628.

³⁷ GONZÁLEZ IGLESIAS, *op. cit.*, páx. 58.

³⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *op. cit.*, páx. 25.

³⁹ ACERETE GIL, J. B., *op. cit.*, páxs, 25-26.

opción máis racional é o contrato de CPP. Como veremos posteriormente, asume o papel do denominado *Public Sector Comparator*.

En segundo lugar, a garantía de calidade aparece como cláusula contractual no artigo 120 c) da LCSP (“Obxectivos de rendemento asignados ao contratista, particularmente no que concirne á calidade das prestacións dos servizos, á calidade das obras e fornecementos e ás condicións en que son postas ao dispor da Administración.”). En palabras de GONZÁLEZ GARCÍA, “o efecto sobre a estabilidade orzamentaria motiva que os baremos de calidade deban ser o suficientemente precisos para que variacións substanciais na calidade determinen modificacións relevantes nas prestacións. A isto hai que engadir, ademais, o feito de que nos supostos en que non se alcance un nivel mínimo, previamente pactado, se poida optar por operar como cláusula de resolución do contrato. En definitiva, do que se trata é de que sexa o contratista privado da Administración o que asuma o risco de dispoñibilidade”.⁴⁰

13. O **procedemento de adxudicación** adáptase á natureza aberta deste contrato. Por isto, os seus trámites son diferentes aos ordinarios, aínda que, como veremos, responden ás mesmas características de fondo.

12. A **duración do contrato** fixarase en función da duración da amortización dos investimentos ou das fórmulas de financiamento que se prevexan, pero non poderá exceder 20 anos. Non obstante, cando por razón da prestación principal que constitúe o seu obxecto e da súa configuración, o réxime aplicable sexa o propio dos contratos de concesión de obra pública, observarase o disposto no artigo 244 sobre a duración destas.

Salvo neste último caso, a LCSP non previu a **prórroga** do contrato de CPP. Moi brillantemente, CHINCHILLA MARÍN defende esta posibilidade. Argumenta que o artigo 290 non di que a duración do contrato non poderá exceder 20 anos, incluídas as prórrogas, senón que, simplemente, di que non poderá exceder 20 anos. Pero tampouco prohibe expresamente as prórrogas, polo cal, de acordo co disposto no artigo 121, en conexión co artigo 26. 1 g), o cal inclúe dentro do contido mínimo do contrato a cláusula sobre “a duración do contrato. . así como a da prórroga ou prórrogas se estiveren previstas”⁴¹.

⁴⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *op. cit.*, páx. 27.

⁴¹ CHINCHILLA MARÍN, C. *op. cit.*, páx. 643.

4. 2. Obxecto do contrato.

O artigo 11 da LCSP reconece un obxecto amplísimo ao contrato de colaboración público-privado. Esta é unha das razóns da súa escasa regulación e da remisión que fai o artigo 289 LCSP á normativa de cada contrato típico.

O artigo 11 considera obxecto deste contrato a encarga da Administración a un operador privado da realización dunha actuación global e integrada que, ademais do financiamento de investimentos inmateriais, de obras ou de fornecementos necesarios para o cumprimento de determinados obxectivos de servizo público ou relacionados con actuacións de interese xeral, comprenda algunha das seguintes prestacións:

- a) A construción, instalación ou transformación de obras, equipamentos, sistemas e produtos ou bens complexos, así como o seu mantemento, actualización ou renovación, a súa explotación ou a súa xestión.
- b) A xestión integral do mantemento de instalacións complexas.
- c) A fabricación de bens e a prestación de servizos que incorporen tecnoloxía especificamente desenvolvida co propósito de fornecer solucións máis avanzadas e economicamente máis vantaxosas que as existentes no mercado.
- d) Outras prestacións de servizos ligadas ao desenvolvemento pola Administración do servizo público ou actuación de interese xeral que lle fose encomendado.

A doutrina sinalou unanimemente que as prestacións citadas no artigo 11 converten o contrato de colaboración público-privado nun “caixón de xastre” ao cal asignar case calquera obxecto contractual. En efecto, o citado artigo acolle prestacións propias dos contratos de obras públicas, concesión de obra pública, servizos, fornecementos e - atendendo á extensión que se outorgue ao suposto da alínea d)- xestión de servizos públicos. Tal é a razón pola cal temos cualificado este contrato como “técnica de actuación ou de contratación multiforme”. No entanto, cabe facer unha serie de precisións sobre o obxecto deste contrato.

En primeiro lugar, o contrato de colaboración público-privado non consiste nunha prestación única, senón nunha ‘prestación global’. Posuirá sempre un obxecto plural e

complejo, xa se corresponda con prestacións dun único contrato administrativo xa co de varios.

En segundo lugar, que o operador privado asuma o financiamento dos investimentos, obras e fornecementos necesarios para a implementación da actividade é condición necesaria pero non suficiente: debe concorrer algunha outra prestación.

En terceiro lugar, débese resolver se as prestacións citadas nas alíneas da a) á d) do número 1 teñen carácter exhaustivo ou se poden introducir outras diferentes. No noso criterio, esta última é a solución acertada por responder ao *leit motiv* deste contrato na LCSP: encontrar unha fórmula para celebrar contratos complexos cando non existan fórmulas alternativas para a satisfacción das necesidades públicas (art. 11. 2 LCSP). Deste modo evítase caer en negocios indirectos, como os arrendamentos operativos ou acudir inadecuadamente á concesión de obras públicas, como nos xa comentados informes da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa 61/03 e 70/04. Por tanto, se se mantiver que a relación é *numerus clausus*, correríase o risco de que a adición de elementos diferentes dese lugar a un contrato mixto, posibilidade que, como vimos, se pretendeu evitar na lei.

De acordo coa reflexión anterior, cabería engadir prestacións diferentes ás citadas que se correspondesen co obxecto doutro contrato administrativo típico, pero tamén que fosen asignables a un contrato administrativo especial. En ambos os casos, o artigo 289 impón acudir ao réxime xurídico da prestación principal, en canto for compatible coa natureza, funcionalidade e contido peculiar que o artigo 11 asigna a este contrato.

O número 3 do artigo 11 permite ao contratista da Administración “asumir a dirección das obras que sexan necesarias, así como realizar, total ou parcialmente, os proxectos para a súa execución e contratar os servizos precisos”. É unha consecuencia implícita na asunción dos riscos de construción, e por isto un dos requisitos que exige o Eurostat para que proceda a desconsolidación do custo de construción da infraestrutura, de modo que esta non se inclúa nas contas públicas.

4. 3. Diferenzas co contrato de concesión de obra pública.

Como non podería ser doutro modo, este tema é obxecto de tratamento pola doutrina. As opcións van desde a identificación práctica de ambas as figuras até o sinalamento de características separadas entre elas⁴².

Como explicamos máis arriba, o dereito comunitario inclúe o contrato de colaboración público-privada e a concesión (de obras e de servizos públicos) na categoría de “CPP de carácter contractual”. No entanto, os parágrafos 22 e 23 do Libro Verde de Colaboración público-privada recollen dous elementos distintivos entre as dúas figuras aínda que concatenados entre si: o vínculo do socio privado cos destinatarios do servizo e modelo de remuneración. O “modelo de concesión” caracterízase polo vínculo que existe entre o socio privado e o usuario final: o socio privado presta un servizo á poboación “en lugar de” o socio público, pero baixo o seu control. Así mesmo, a remuneración ao contratista consiste en canons aboados polos usuarios do servizo, que se completan, se for o caso, con subvencións concedidas polos poderes públicos. No “modelo de contrato”, o socio privado realiza e xestiona unha infraestrutura para a Administración pública e percibe pagamentos periódicos da Administración, non dos usuarios. Estes pagamentos poden ser fixos ou variables, en función da dispoñibilidade da obra, dos servizos correspondentes ou mesmo da frecuentación da obra.

Na LCSP as diferenzas baseadas nos dous elementos citados resultan bastante matizadas polo feito, tamén indicado, de que a lei española somete as concesións ao réxime xurídico dos contratos públicos. Temos insistido no feito de que o artigo 11 da LCSP non exclúe o aboamento do prezo por parte dos particulares, que podería ser complementario do efectuado pola Administración no caso de que fose autorizada a explotación da infraestrutura pola súa compatibilidade co obxectivo público.

Ao anterior acrécentase que o citado artigo non recoñece explicitamente que as prestacións contractuais se executan directamente para a Administración, aínda que a dicción do

⁴² Un tratamento resumido deste punto pódese encontrar en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “El contrato de colaboración. . .”, *op. cit.*

número 1 parece apuntalo. Porén, o artigo 120 d) da lei contradí tal criterio, ao admitir a explotación da obra ou equipamento.⁴³

A esta posición, no entanto, oponse CHINCHILLA MARÍN, para quen a concesión de obra pública debe ser buscada cando o obxectivo sexa construír unha obra susceptible de ser explotada, mentres que, polo contrario, o contrato de CPP operaría cando o obxecto do contrato consistise na execución dunha obra que non fose susceptible de explotación con carácter xeral, sen prexuízo de que caiba certa explotación, ben da obra ben de bens ou equipamentos integrados ou relacionados con ela.⁴⁴

Non obstante, esta posición ignora o carácter dinámico do contrato de colaboración público-privada. Ao longo da vida do contrato, a Administración pode admitir unha cada vez maior explotación da obra ou do equipamento polos usuarios até se producir a completa amortización dos investimentos ou recuperación dos custos definidos polas fórmulas de financiamento empregadas, e coa finalidade de acelerar tal amortización ou recuperación.

Na realidade, a diferenza fundamental entre ambas as figuras radica na transferencia de riscos do sector público ao sector privado que resulta exixible no contrato de colaboración público-privado, tal como resulta do artigo 120 da LCSP e exixe o Eurostat para impedir a consolidación dos custos nas contas públicas, transferencia que afectará necesariamente os riscos de construción e os de dispoñibilidade ou de demanda. Como xa temos sinalado, os artigos 120 b) e g) da LCSP postulan a transferencia ao sector privado dos riscos de dispoñibilidade.

4. 4. Procedemento de adxudicación.

Como observamos máis arriba, o procedemento do contrato de colaboración público-privada é un trasunto da natureza aberta deste contrato destinado á obtención de prestacións complexas ou afectadas dunha certa indeterminación inicial. A LCSP regula as

⁴³ O contrato incluírá unha cláusula sobre a “remuneración do contratista, que deberá desagregar as bases e criterios para o cálculo dos custos de investimento, de funcionamento e de financiamento e, se for o caso, dos ingresos que o contratista poida obter da explotación das obras ou equipamentos en caso de que sexa autorizada e compatible coa cobertura das necesidades da Administración.”

⁴⁴ CHINCHILLA MARÍN, C. “El contrato de colaboración entre o sector público e o sector privado (CPP)”, no Libro *Comentarios a la LCSP* dirixido polo profesor Juan Francisco Mestre.

actuacións preparatorias (artigos 118, 119 e 120). O procedemento de adxudicación é o previsto para o diálogo competitivo (artigos do 163 ao 167 e 296).

4. 4. 1. Actuacións preparatorias.

A Administración, estudada a dificultade do proxecto e da utilización dun contrato administrativo típico para a súa implementación, procederá á redacción dun **documento de avaliación previa** (artigo 118 LCSP).⁴⁵ O papel deste documento é dobre: asegurar o acerto da decisión e encamiñar o procedemento e a natureza do contrato de CPP ás outras opcións posibles⁴⁶. En concreto, o documento de avaliación previa conterá necesariamente dous tipos de estipulacións:

En primeiro lugar, a expresión das dificultades para levar a cabo o proxecto contractual, e que se concretan nas dúbidas acerca dos medios técnicos necesarios, ou sobre os mecanismos xurídicos ou financeiros que exige a tramitación contractual. A expresión é practicamente idéntica á recollida no artigo 163 da LCSP para fundamentar o uso do diálogo competitivo como procedemento de adxudicación. Responde basicamente ao argumento de recoñecer as carencias da Administración para deseño de proxectos concretos e de aproveitar a eficiencia e racionalidade empresarial dos operadores privados.

En segundo lugar, o artigo 118 exige que se xustifique a necesidade de apelar a un contrato que presenta tantas dificultades de xestión e custos de transacción. Esta xustificación faise en termos comparativos cos restantes contratos administrativos e “en termos de obtención de maior valor por prezo, de custo global, de eficacia ou de imputación de riscos, os

⁴⁵ O documento de avaliación previa é o trasunto do *Public Sector Comparator* (PSC) do dereito anglosaxón. O PSC é a avaliación hipotética de todos os custos presumibles ao longo da vida do contrato se este fose realizado pola propia Administración Pública. Todo isto co fin de proceder a unha comparación entre as diversas opcións en termos de custos e riscos e consecución de resultados e decidir a fórmula contractual adecuada. O PSC exprésase en termos do custo actual neto que supón á Administración pública a prestación do servizo e que é comparado coas ofertas de operadores privados.

Á hora de crear un PSC a Administración debe considerar os seguintes compoñentes: 1) O custo básico da prestación dos servizos no caso de que o activo subxacente sexa propiedade da Administración ou esta asuma a responsabilidade do servizo; 2) O importe das vantaxes ou desvantaxes dun servizo ou infraestrutura polo feito de que sexa propiedade pública; 3) A valoración dos riscos, diferenciando entre aqueles susceptibles de seren transferidos ao sector privado dos que seguirán baixo xestión pública. Véxase, por exemplo, QUIGGIN, J., “Risk, PPP’s and the public sector comparator”, *Australian Accounting Review*, volume 14, nº 2, 2004, páxinas 51-61.

A finalidade esencial do PSC é a de comprobar se a colaboración do sector privado é máis eficiente e ofrece valor engadido fronte aos demais contratos (*value for money*). Véxase ACERETE GIL, J. B., *op. cit.*, páxs. 29-30.

⁴⁶ VALDIVIELSO CAÑAS, A. “El marco legal da colaboración público-privada en el proyecto de Ley de contratos del sector público”, *Presupuesto y Gasto Público*, 45-4

motivos de carácter xurídico, económico, administrativo e financeiro que recomenden a adopción desta fórmula de contratación”.

A pesar de que o contrato de CPP se caracteriza por ser excepcional e subsidiario, entendemos que existen tres razóns para reducir tales cualificativos. Por unha parte, a lei non limita esta opción contractual á imposibilidade ou gran dificultade de acudir a outros contratos típicos. Chega con que sexa “recomendable” á vista dos elementos de análise citados no artigo 118. Por outra, estes elementos non apelan á imposibilidade ou dificultade, senón ao *value for money*: a Administración ten que xustificar o valor engadido ou plus de calidade que resultará respecto doutros contratos. Por último, a posibilidade de realizar unha avaliación sucinta por razóns de urxencia parece tirar parte da solemnidade a este contrato, urxencia que, por certo, harmoniza pouco coa complexidade esencial atribuída a este contrato .

O documento de avaliación será redactado por un grupo de expertos con cualificación suficiente na materia sobre a cal verse o contrato. Trátase da Mesa Especial do Diálogo Competitivo, regulada no artigo 296, número 2, da LCSP.⁴⁷

Ademais dunha fundamentación interna, o contrato de CPP exige unha xustificación externa, dirixida aos hipotéticos licitadores. Este papel é cumprido polo **documento descritivo** (art. 165. 1 LCSP), que cumpre o papel de anuncio de licitación e no cal se darán a coñecer as necesidades da Administración e os requisitos para a súa consecución. Neste momento procedemental será de aplicación o disposto no artigo 150, números do 2 ao 5, no que respecta á documentación que debe acompañar as invitacións, ben que as referencias aos pregos hai que entendelas feitas ao documento descritivo.

No documento descritivo incluírase o denominado **programa funcional** (art. 119 LCSP), que conterá os elementos básicos que informarán o diálogo cos contratistas. Particularmente, identificarase no programa funcional a natureza e dimensión das necesidades a satisfacer, os elementos xurídicos, técnicos ou económicos mínimos que

⁴⁷ CHINCHILLA MARÍN crítica que a redacción do documento de avaliación previa sexa redactado por un órgano diferente á mesa de contratación. “Unha cousa -afirma- é que resulte necesaria a asistencia dese órgano especialmente cualificado, segundo a materia de que se trate, para levar a cabo a comparación do contrato de CPP con outras formas contractuais e xustificar a escolla daquel, que tamén é discutible, e outra moi distinta é que esa asistencia tamén sexa necesaria para que a Administración recoñeza, e así o poña de manifesto, a súa propia incapacidade para definir, por si soa e sen a colaboración do sector privado, o deseño xurídico, económico e financeiro do contrato”, op. cit., páx. 632.

deben incluír necesariamente as ofertas para seren admitidas ao diálogo competitivo e os criterios de adxudicación do contrato. Non cabe dúbida de que nos achamos ante o prego de cláusulas administrativas particulares do contrato de CPP. Ao ser redactado unilateralmente pola Administración reduce a extensión do diálogo cos licitadores, aínda que o artigo 166. 1 o configure de forma tan ampla.

4. 4. 2. Adxudicación e réxime xurídico resultante.

Como temos reiterado case até a saciedade, a adxudicación do contrato de colaboración público-privada faise polos trámites do **diálogo competitivo** (art. do 163 a 167 LCSP), en cuxo estudo non nos deteremos. Mais entendemos necesario facer dúas precisións:

En primeiro lugar, o diálogo competitivo non é o único procedemento de adxudicación concibido para este contrato. A LCSP admite tamén o procedemento negociado, pero só de forma excepcional.

En segundo lugar, á conclusión do diálogo competitivo, a oferta aceptada pode determinar que o contrato encaixe nalgunha outra categoría, caso en que o réxime xurídico ulterior será o que corresponda ao contrato típico de que se trate. Se, polo contrario, mantén a natureza de contrato de CPP, os seus efectos, cumprimento e extinción rexeranse polas normas aplicables aos contratos típicos cuxo obxecto se corresponda coa prestación principal do contrato de colaboración, sempre que elas non se opoñan á natureza, funcionalidade e obxectivos do contrato de CPP (art. 289 LCSP).

Terminado o procedemento de adxudicación, o artigo 120 LCSP regula o **clausulado do contrato**. Trátase dun artigo sumamente importante por canto recolle 13 cláusulas de mención obrigatoria no contrato e que se deberán sumar ás citadas no artigo 26 da lei. Xa indicamos algunhas delas e a súa importancia para efectos de entender o sistema de remuneración e o valor engadido deste contrato. Pero, ademais, tales cláusulas reforzan o control da Administración sobre a execución do contrato e o destino das infraestruturas e elementos unha vez finalizado aquel (letras g, h, i, j, k, m).

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA E LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS NA DOCTRINA DO TXUE.

ANTONIO LÓPEZ MIÑO.

Letrado de la Xunta de Galicia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTRATACIÓN PÚBLICA E LIBERDADES COMUNITARIAS. III. PUBLICIDADE E TRANSPARENCIA. IV. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS E PROTECCIÓN DOS TRABALLADORES. V. SERVICIOS LIBERALIZADOS.

I. INTRODUCCIÓN.

A pretensión deste traballo é a de recoller algúns dos últimos pronunciamentos emitidos polo TXUE en materia de contratación pública en relación coas liberdades de establecemento e prestación de servizos. Como fontes, empregaremos as propias sentenzas do TXUE, pero tamén as conclusións dos avogados xerais do Tribunal, en canto forman parte do *corpus* de doutrina da Corte de Luxemburgo.

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA E LIBERDADES COMUNITARIAS.

Asunto C-412/04. Comisión v. República Italiana. Conclusións do 8 de novembro de 2006. Avogado xeral Ruíz-Jarabo Colomer. Contratos excluídos.

“VI. Os principios comunitarios nos contratos excluídos

A. O recurso de incumprimento por vulneración dos principios comunitarios

40. Do artigo 10 CE despréndese que a pertenza á Comunidade implica para os Estados que a integran dous deberes: un positivo, de adoptar «todas as medidas xerais ou particulares apropiadas para asegurar o cumprimento das obrigas derivadas» do Tratado ou

«resultantes dos actos das institucións»; e outro negativo, de absterse das «que poidan pór en perigo a realización dos fins» perseguidos. Os artigos 226 CE e 227 CE facultan a Comisión e os Estados membros para acudir ao Tribunal de Xustiza cando coiden que un dos socios vulnera tales deberes.

41. Por tanto, o recurso por infracción do ordenamento comunitario ofrece unha ampla cobertura material, pois non só abrangue o dereito derivado, en que as directivas constitúen o terreo axeitado para este tipo de procesos.

42. Con estas ideas enténdese que a demanda omite argumentar acerca da violación pola regulación italiana de preceptos concretos das directivas sobre contratos e se centre na dos principios comunitarios inmanentes aos artigos 43 CE e 49 CE.

43. É dicir, partindo do feito de que o réxime xurídico dos contratos públicos difire en virtude da suxeición ás directivas nos termos detallados pola lexislación nacional de execución, a Comisión basea a denuncia na falta dunha previsión expresa de acatamento dos principios de transparencia e de igualdade de trato, ao asignar os negocios relegados pola contía.

B. Os principios de transparencia e igualdade de trato nos contratos excluídos

44. En conclusións precedentes avancei que o desenvolvemento dunha competencia aberta en materia contractual se logra se quen aspira á adxudicación se atopa en pé de igualdade, sen ningún asomo de preferencias inxustificadas, non bastando que a tramitación responda a pautas equilibradas, pois require tamén que impere a publicidade.

45. O Tribunal de Xustiza xa encarou noutras ocasións a incidencia dos principios de transparencia e de igualdade de trato no outorgamento de contratos que, polo seu importe, permanecen extramuros das directivas e, en consecuencia, das disposicións de transposición.

46. A sentenza do 7 de decembro de 2000, *Teleaustria e Telefonadress*, mantivo, para os contratos excepciónados da Directiva 93/38, que «as entidades que os celebren están obrigadas a acatar as normas fundamentais do Tratado e, en particular, o principio de non-discriminación por razón da nacionalidade» (punto 60). A teor da sentenza do 18 de novembro de 1999, *Unitron Scandinavia*, o mencionado principio «implica unha obriga de transparencia» que asegure o seu respecto (punto 31) e que garanta, conforme a primeira das sentenzas citadas, «en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade adecuada

que permita abrir á competencia o mercado de servizos e controlar a imparcialidade dos procedementos de adxudicación» (punto 62). Por esta causa, como declarou a sentenza do 13 de outubro de 2005, Parking Brixen, a ausencia total de licitación «non responde aos requisitos dos artigos 43 CE e 49 CE nin aos principios de igualdade de trato, non-discriminación e transparencia»(punto 50), aínda que, para a sentenza do 21 de xullo de 2005, Coname, a transparencia non impón «a convocatoria dunha licitación» (punto 21).

47. Estes postulados, reiterados con posterioridade, baséanse, pois, na distinción entre os contratos incluídos nos respectivos ámbitos de aplicación das directivas, que se deben someter aos trámites recollidos nos seus textos, e os alleos a esas normas, afectados unicamente polos principios fundamentais.

C. O alcance da obriga de respecto da transparencia e da igualdade

48. Recoñecido o deber de asumir a transparencia e a igualdade nas concesións dos contratos que escapan ás regras específicas, procede delimitar ese deber, dilucidando se se debe plasmar no dereito escrito.

49. O Tribunal de Xustiza non despexou a incógnita na xa aludida sentenza Coname, pese ao estudo pormenorizado da avogada xeral Stix-Hackl nas conclusións. Porén, hai varios asuntos pendentes de resolver, nos cales podería reconducir o debate.

50. A diferenza deses casos, que afectan contratos determinados, o de autos reviste un carácter máis amplo, que exige fixarse nas directivas e no Tratado.

1. A referencia das directivas

51. Como salientou a sentenza do 11 de xaneiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, o obxectivo principal dos preceptos comunitarios sobre contratos radica non só na libre circulación de mercadorías e de servizos, senón tamén na súa apertura á competencia non falseada en todos os Estados membros (punto 44).

52. Pero a lectura das directivas delata a falta dunha codificación completa no seo da Unión, pois, por un lado, concirnen esencialmente ao outorgamento, aínda que tamén inciden nas demais etapas, como na execución; por outra banda, exclúen certos contratos; e, finalmente, carecen de disposicións xerais ás cales se deban acomodar os contratos exceptuados.

53. A limitación da regulación á preparación, ao procedemento e ás formas de adxudicación, anunciada no propio nome das directivas, xustifícase porque son as fases que inflúen na libre circulación de mercadorías, na liberdade de establecemento, na libre prestación de servizos e nos principios derivados desas liberdades.

54. Así mesmo hai explicación para a exención dalgúns contratos polo seu delicado obxecto –como os secretos ou os suxeitos a fortes medidas de seguranza–, por encontrarse na órbita doutras directivas –como os relativos ás telecomunicacións– ou pola súa contía –pola súa escasa relevancia–.

55. Máis difícil parece entender a ausencia dunha normativa común para calquera contrato público que recolla indicacións sobre a igualdade de oportunidades, sobre a interdición da discriminación, sobre a transparencia e sobre a publicidade, facendo as excepcións necesarias, pois tales indicacións redundarían en beneficio dos propósitos comunitarios, sen xerar inconvenientes insalvables.

56. O lexislador de cada país goza da facultade de encher este silencio, pero non se lle pide implantar unhas regras que nin sequera se adoptaron no dereito comunitario derivado. Así, cabe recordar que o artigo 249 CE prescribe que «a directiva obrigará o Estado membro destinatario en canto ao resultado que se deba conseguir, deixando, porén, ás autoridades locais a elección da forma e dos medios», o que comporta que a trasposición debe comprender toda a directiva, pero só a directiva.

57. Por tanto, no momento actual do dereito comunitario, nin a finalidade nin o contido das directivas, tampouco o seu efecto útil, requiren que os principios que as inspiran sexan aludidos explicitamente polos ordenamentos dos Estados membros en relación cos contratos estraños ao ámbito de aplicación.

2. A referencia ao Tratado

58. A sentenza do 5 de decembro de 1989, Comisión/Italia, deduciu que os artigos 43 CE e 49 CE constitúen unha expresión particular do principio de igualdade de trato (punto 8) que, como anunciou a sentenza do 25 de abril de 1996, Comisión/Bélxica, significa que todos os interesados deben desfrutar de idénticas oportunidades cando formulan as súas ofertas, con independencia da nacionalidade (puntos 33 e 54).

59. A difusión das posibilidades de contratar eríxese no elemento clave para os principios do Tratado que, con todo, adoece de falta de indicios que mostren o modo de materializar

os anuncios. A este respecto, a xurisprudencia deixou o camiño libre, aínda que impondo uns mínimos. Así, dentro da xurisprudencia xa citada, a sentenza Parking Brixen proclamou que «corresponde á autoridade pública concedente ponderar, baixo o control dos tribunais competentes, a adecuación das modalidades de licitación ás particularidades de cada concesión de servizos públicos», sen que valla a inexistencia de tramitación (punto 50, que cita os puntos 61 e 62 da sentenza Teleaustria e Telefonadress), idea trasladable a calquera tipo contractual.

60. A sentenza Coname insistiu nos aspectos relatados, ao analizar a asignación directa por unha entidade local italiana do servizo de mantemento, xestión e vixilancia da rede de gas de metano. Por ser un contrato alleo ás directivas, fixo entrar en xogo o dereito primario (punto 16), aducindo que a infracción da transparencia orixinaba unha discriminación indirecta prohibida polos artigos 43 CE e 49 CE (puntos 17 a 19), disculpable en atención a «circunstancias específicas, como a escasa trascendencia económica, que permitan razoablemente soste que a concesión en cuestión carecía de interese» para empresas doutros países e que, por tanto, «os efectos sobre as liberdades fundamentais eran demasiado aleatorios e demasiado indirectos para poder apreciar unha eventual vulneración destas» (punto 20).

61. Cunhas miras máis amplas, a avogada xeral Stix-Hackl, nas conclusións do asunto Coname, expresa as súas dúbidas acerca de que as liberdades fundamentais reclamen a uniformidade dos requisitos de todas as adxudicacións (punto 70), propondo un réxime simplificado que valore as distintas categorías sobre a relevancia no mercado interior (puntos 75 e seguintes).

62. Do exposto deduzo, por un lado, que a igualdade de trato e a transparencia que emerxen do Tratado deben estar presentes sempre, sen necesidade de preceptos de dereito derivado ou de dereito nacional que así o declaren; e, por outro lado que, no momento actual, o grao de divulgación das ofertas incumbe a cada Estado membro, con algúns límites.

D. Corolario

63. En atención á exéxese realizada, coído que nin as directivas nin o Tratado constrinxen os socios comunitarios a recoller explicitamente prevencións xerais para os contratos excluídos acerca da vixencia dos principios de igualdade de trato e de transparencia ou da

publicidade que exige a libre competencia. Se o intentasen, a súa conduta respondería ao seu libre albedrío, non a un deber dimanante da súa pertenza á Unión.

64. O contrario provocaría importantes problemas prácticos, enunciados nas repetidas conclusións do asunto Coname, como a elección do medio de publicación ou o contido mínimo do anuncio (puntos 96 e 97), pois as propias directivas diferencian segundo a importancia económica das prestacións. Tamén se afastaría da xurisprudencia que, na sentenza Coname, admite certas hipóteses de atribución directa, sen chamada á licitación (punto 21).

65. En todo caso, subsiste a posibilidade de controlar o acatamento daqueles principios polos actos individuais, como se fixo, por exemplo, nas sentenzas Parking Brixen e Coname, xa identificadas”

III. PUBLICIDADE E TRANSPARENCIA.

Asunto C-532/03. Comisión v. Irlanda. Conclusións do 14 de setembro de 2006. Avogada xeral Stix-Hackl. Adxudicación de contrato sen publicidade.

“B. Principio: deber de transparencia

55. A cuestión litixiosa no presente procedemento por incumprimento é se se infrinxiu o deber de transparencia nunha actuación concreta.

56. Tal e como expuxen nas miñas conclusións no asunto Coname, das propias directivas dedúcese que a transparencia comprende toda unha serie de aspectos. O caso de autos refírese exclusivamente a determinadas obrigas de publicidade en relación coa adxudicación de certos servizos.

57. Segundo a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, débese garantir en beneficio de todo licitador potencial «unha publicidade adecuada que permita abrir á competencia a concesión de servizos» e que, así mesmo, permita un control a posteriori. Evidentemente, este deber non rexe soamente no caso das adxudicacións excluídas da Directiva 92/50 por referirse a unha concesión, senón tamén no caso daquelas excluídas por outros motivos desa ou dalgunha outra directiva sobre adxudicación de contratos. Téñase en conta, dito

sexa para meros efectos aclaratorios, que non a todas as adxudicacións, con independencia do seu obxecto e do seu valor, lles resulta aplicable o mesmo estándar.

58. O baremo para avaliar a licitude da actuación do Estado membro demandado é se se garantiu un nivel adecuado de transparencia.

59. Por conseguinte, débese analizar se, no caso concreto, a omisión dun anuncio de licitación constitúe unha infracción dese deber. Como sinalou o Tribunal de Xustiza no asunto Coname, procede «verificar se a adxudicación [...] cumpre o requisito de transparencia, o cal, sen impor necesariamente a convocatoria dunha licitación, permite, en particular, que unha empresa establecida noutro Estado membro [...] poida ter acceso a unha información adecuada sobre esa concesión antes da súa adxudicación, de forma que, de o desexar, estea en condicións de manifestar o seu interese por obter tal concesión».

60. Así pois, da xurisprudencia pódese deducir que o nivel «adequado» depende dos interesados na concreta adxudicación. Para estes efectos, non abonda con atender os provedores efectivamente interesados, senón que tamén se debe atender os potencialmente interesados noutros Estados membros.

61. Polo tanto, débese optar polo nivel de transparencia que satisfaga este requisito. Agora ben, a cuestión é se iso require necesariamente que se proceda a un anuncio de licitación (anuncio).

1. Sobre a necesidade de proceder a un anuncio de licitación

62. En primeiro lugar, procede aclarar se o dereito primario exige que en todo caso se proceda a un anuncio de licitación [«Ausschreibung»].

63. Poderían avogar a favor disto as sentenzas ditadas pola sala primeira nos asuntos Parking Brixen e ANAV, nas cales o Tribunal de Xustiza declarou en dereito que «os Estados membros non deben manter en vigor unha normativa nacional que permita a adxudicación de concesións de servizos públicos sen licitación [«ohne Ausschreibung» na versión alemá], posto que tal adxudicación infrinxe os artigos 43 CE ou 49 CE, ou vulnera os principios de igualdade de trato, non-discriminación e transparencia».

64. Porén, isto podería obedecer a unha inexactitude na versión alemá da sentenza. Na versión francesa de ambas as sentenzas e, de forma similar, na versión italiana do asunto ANAV, figuran respectivamente «mise en concurrence» e «procedura concorrenziale». Dun modo consciente non se utiliza «appel d'offres» ou «bando di gara», é dicir,

«Vergabebekanntmachung» [anuncio] no sentido das directivas sobre adxudicación de contratos.

65. Ademais, na sentenza Coname, ditada pola Gran Sala, o Tribunal de Xustiza destacou expresamente que o dereito primario non exige en todos os casos a convocatoria dunha licitación [«Ausschreibung»], no sentido dun anuncio [«Vergabebekanntmachung»].

66. Por conseguinte, procede considerar que esta sentenza do Tribunal de Xustiza constitúe a decisión principal e, por tanto, será tomada como punto de partida para a avaliación que se expón a continuación. Isto non só se infire da circunstancia de que a sentenza Coname a ditase a Gran Sala e que as outras sentenzas conteñan inexactitudes lingüísticas, senón tamén dunha reflexión de principios.

67. A interpretación segundo a cal, como regra xeral, resultan inadmisibles a adxudicación sen anuncio (de licitación) e a toma de contacto directa con determinadas empresas, non se pode compartir polo mero feito de que incluso as directivas sobre adxudicación de contratos establecen excepcións á publicidade obrigatoria. Mesmo a Comisión sinala expresamente que non pretende trasladar a publicidade obrigatoria da Directiva 92/50 ao dereito primario. Se o dereito primario exixise en todos os casos un anuncio, as entidades públicas adxudicadoras excluídas das directivas sobre adxudicación de contratos estarían sometidas a regras máis estritas que as incluídas no ámbito de aplicación de tales directivas.

68. Débese engadir que, na sentenza Coname, o Tribunal de Xustiza recoñeceu determinadas excepcións á observancia das obrigas establecidas polo dereito primario. Estas excepcións serán obxecto dunha análise separada.

69. Polo tanto, débese constatar que pode haber contratacións para as cales non sexa necesario proceder a un anuncio de licitación (anuncio).

70. Neste contexto, coido conveniente lembrar a consideración que expuxen nas miñas conclusións ao asunto Coname, segundo a cal o dereito primario non establece un réxime uniforme en materia de adxudicacións, senón que é preciso diferenciar en función das circunstancias da adxudicación concreta. O presente procedemento brinda ao Tribunal de Xustiza a oportunidade de proporcionar as aclaracións oportunas.

2. Diferenciación en función da adxudicación concreta

71. Procede, daquela, partir do principio de que os pormenores do deber de transparencia se desprenden das circunstancias do caso concreto.

72. As seguintes consideracións refírense, tendo en conta o obxecto do presente procedemento por incumprimento, aos requisitos para poder prescindir dun anuncio de licitación e á cuestión de se tales requisitos se cumprían no caso concreto.

73. Como puntos de referencia pódense citar, por unha parte, o principio conforme o cal debe ser posible efectuar un control a posteriori, así como os principios de proporcionalidade e igualdade de trato. Por outra parte, débese atender ás finalidades do dereito comunitario en materia de adxudicacións, como a salvagarda da competencia e do mercado interior, así como ao «effet utile» das normas do dereito primario.

74. O contido da concreta obriga de transparencia depende de diversos factores, tales como o obxecto, é dicir, se se trata dun servizo, subministración ou obra, e o valor estimado da adxudicación.

75. Dado que o presente procedemento se refire a servizos citados no anexo I B da Directiva 92/50, é dicir, a servizos non prioritarios, débese analizar se a diferenciación establecida na directiva entre servizos prioritarios e non prioritarios tamén ten relevancia no dereito primario.

76. Esta clasificación, que se pode atopar nas directivas, parece basearse na idea, de aplicación xeral no ámbito das adxudicacións, de que determinadas adxudicacións son máis relevantes para o mercado interior que outras, é dicir, interesan a un maior número de operadores económicos e tamén a empresas doutros Estados membros. Este aspecto podería ser significativo de cara á aplicación das liberdades fundamentais, posto que estas requiren que exista un elemento transfronteirizo.

77. Ben que o lexislador comunitario só somete determinadas categorías de servizos, os servizos prioritarios, ao réxime pleno da Directiva 92/50, non se pode concluír por iso que outros servizos, os non prioritarios, non sexan relevantes para o mercado interior, é dicir, que esencialmente non poidan ser transfronteirizos. Mesmo cando o lexislador comunitario mantivese esa bipartición, tras a reforma, na Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras, de subministracións e de servizos (DO L

134, p. 114) –incluso coa mesma motivación–, isto non abonda para excluír a aplicación do dereito primario.

78. Se se partise da presunción de que os servizos non prioritarios carecen de interese para provedores doutros Estados membros, a Comisión tería que demostrar en cada procedemento por incumprimento o potencial interese transfronteirizo da adxudicación litixiosa.

79. Certamente, nun procedemento por incumprimento, a Comisión ten a obriga de acreditar as súas alegacións desde o punto de vista fáctico e xurídico. Diso poderíase deducir que a Comisión debe demostrar mediante unha análise de mercado a qué operadores económicos lles interesa a adxudicación proxectada para efectos da competencia potencial, para o cal resultan determinantes o valor e o obxecto da adxudicación.

80. As alegacións presentadas pola Comisión, quer por escrito, quer de forma oral, non cumpren estes requisitos. Así pois, se se adoptase este criterio estrito para a repartición da carga da proba, procedería desestimar por infundada a pretensión da Comisión.

81. Porén, neste contexto non se pode ignorar que, ata a data, o Tribunal de Xustiza non aplicou no ámbito das adxudicacións un criterio tan estrito. Antes ben parece presumir que, en caso de dúbida e salvo proba en contrario, unha adxudicación de determinada magnitude ten potencialmente interese para empresas doutros Estados membros.

82. Polo tanto, no caso de autos procede aterse ao principio de que se debe proporcionar tanta información como necesiten as empresas potencialmente interesadas para poder decidir sobre a súa participación no procedemento de adxudicación ou sobre a presentación dunha oferta. O dereito primario non obriga en ningún caso a facilitar aqueles datos que prescriben os modelos de anuncios recollidos nas directivas sobre adxudicación de contratos.

83. Nin da documentación existente en autos nin da vista se desprende que a adxudicación en cuestión xustifique, polas características do seu contido, a omisión de toda publicación. Tampouco o valor anual ou o obxecto dos servizos avogan a favor de que tal omisión sexa conforme co dereito comunitario.

84. Procede analizar, a continuación, se tal omisión se puido basear nalgunha excepción establecida expresamente no dereito primario ou ben nas causas de xustificación

recoñecidas pola xurisprudencia relativa ás liberdades fundamentais en xeral ou ao ámbito das adxudicacións.

85. Dado que no caso de autos non houbo ningún tipo de publicación en relación cos servizos planeados, non é necesario analizar en detalle o medio de publicación que se debería ter elixido e cal debería ser o contido mínimo do anuncio de licitación.

C. Excepcións e causas de xustificación

86. A seguir, procede analizar se as liberdades fundamentais non se viron afectadas debido aos reducidos efectos das restricións; se o Estado membro demandado se pode acoller a algunha das disposicións do Tratado que exceptúan con carácter xeral as medidas dos Estados membros da aplicación do dereito primario; se concorre algunha das causas de xustificación previstas expresamente no Tratado ou recoñecidas xurisprudencialmente, ou se resulta de aplicación o artigo 86 CE, punto 2. Finalmente, débese comprobar se cabe aplicar directamente ou por analogía as excepcións das directivas, en particular o artigo 6 da Directiva 92/50.

1. Efectos reducidos da adxudicación

87. Na sentenza Coname, o Tribunal de Xustiza retomou a liña xurisprudencial sentada no ámbito da libre circulación de mercadorías, conforme a cal poden concorrer «circunstancias específicas, como a escasa transcendencia económica, que permitan razoablemente soste que a concesión en cuestión carecía de interese para unha empresa establecida nun Estado membro distinto [...] e que debía, por tanto, considerarse que os efectos sobre as liberdades fundamentais de que se trata eran demasiado aleatorios e demasiado indirectos para poder apreciar unha eventual vulneración destas».

88. Con independencia das dúbidas que poida suscitar onde está o límite da «escasa» transcendencia, é evidente que a adxudicación controvertida, cuxo valor ascende a varios millóns de libras irlandesas anuais, non cumpre eses requisitos. Aparentemente, no ano 2001, o valor dos servizos prestados anualmente xa superaba os sete millóns de libras. Con iso superouse amplamente mesmo o limiar da Directiva 92/50.

2. Causas de xustificación reguladas expresamente no Tratado

89. En primeiro lugar, débense lembrar as disposicións do Tratado que exceptúan con carácter xeral –ben que baixo determinadas condicións– as medidas dos Estados membros da aplicación do dereito primario. No ámbito das adxudicacións, teñen relevancia ante todo

as excepcións en materia de seguraza recollidas nos artigos 296 CE e 297 CE. Porén, no caso de autos procede descartar esas excepcións por falta de proba.

90. Por outro lado, os Estados membros pódense acoller ás causas de xustificación reguladas expresamente no Tratado, en virtude do artigo 46 CE en relación co artigo 55 CE, tales como a orde pública ou a saúde pública. Porén, no caso de autos débese observar que o Estado membro demandado non formulou a súa defensa de tal modo que acreditase a existencia dunha causa de xustificación deste tipo.

91. Pola súa parte, unha xustificación relacionada co poder público, baseada por tanto no artigo 45 CE, presupón o cumprimento de determinados requisitos. Conforme reiterada xurisprudencia, «os artigos 45 CE e 55 CE deben ser interpretados de tal modo que o seu alcance quede limitado ao estritamente necesario para salvagardar os intereses cuxa protección lles está permitida aos Estados membros por esta disposición».

92. Segundo reiterada xurisprudencia, a excepción prevista por eses artigos debe limitarse ás actividades que, consideradas en si mesmas, estean relacionadas directa e especificamente co exercicio do poder público.

93. No caso de autos non concorren os requisitos establecidos xurisprudencialmente para a aplicación desas causas reguladas expresamente.

3. Causas de xustificación non reguladas expresamente no Tratado ou causas de interese xeral

94. Segundo a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza (trasladada en principio tamén ao ámbito das adxudicacións), as restricións á liberdade de establecemento e á libre prestación de servizos poderán estar xustificadas se cumpren determinados requisitos.

95. Segundo esa xurisprudencia, tales restricións deben estar xustificadas por razóns imperiosas de interese xeral, deben ser adecuadas para garantir a realización do obxectivo que persigan e non deben ir máis alá do necesario para alcanzar ese obxectivo. En todo caso, deben aplicarse de modo non discriminatorio.

96. Porén, neste contexto procede sinalar que o Estado membro demandado non puido acreditar que o modo de proceder elixido estea xustificado por causas recoñecidas xurisprudencialmente ou por razóns de interese xeral, como por exemplo a protección do consumidor.

97. Para rematar, débese facer referencia á causa de xustificación por «circunstancias obxectivas», desenvolvida polo Tribunal de Xustiza. Non cómpre analizar en detalle tanto esta posibilidade de xustificar determinadas normas dos Estados membros, non explicada con maior precisión polo Tribunal de Xustiza, como os requisitos para a súa aplicación, toda vez que Irlanda non presentou ningunha alegación pertinente ao respecto.

4. Artigo 86 CE

98. No caso de autos citouse, así mesmo, o artigo 86 CE.

99. En relación coa adxudicación controvertida, débese sinalar que, en rigor, se trata da concesión de dereitos exclusivos no ámbito dos servizos de socorro, en particular no das ambulancias de urxencias.

100. A este respecto propónse a cuestión de se o artigo 86 CE, punto 1, comprende a propia concesión de semellantes dereitos ou tan só as medidas estatais posteriores relativas ás empresas ás cales os Estados membros conceden dereitos especiais ou exclusivos. Da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza pódense desprender indicacións de que a propia concesión de dereitos exclusivos, en concreto mediante a creación dunha posición dominante no mercado, tamén está incluída no ámbito do artigo 86 CE, punto 1, en relación co artigo 82 CE. Porén, isto non significa que tal concesión estea prohibida. Para determinar se a concesión, por exemplo o dereito do DCC á prestación de servizos de socorro, é compatible co dereito comunitario, haberá que aplicar outras disposicións distintas do 86 CE, punto 1. Entre os preceptos material e xuridicamente pertinentes a este respecto atópase igualmente o artigo 86 CE, punto 2. Deste modo, este precepto tamén cobra relevancia en relación con medidas estatais, ademais das medidas adoptadas polas empresas sometidas a el.

101. Porén, no caso de autos non se trata da concesión de dereitos á autoridade, senón da actuación desta no ámbito de servizos de interese xeral. Concretamente, trátase das adxudicacións efectuadas pola autoridade e, en particular, da delegación dos servizos de socorro ao DCC. O artigo 86 CE, punto 2, adquire relevancia xurídica con respecto á actuación das entidades ás que se lles concedesen determinados dereitos.

102. En relación coa delegación dos servizos de socorro ao DCC, procede analizar se a autoridade cumpre os requisitos do artigo 86 CE, punto 2, a saber, se se trata dunha empresa encargada da xestión de servizos de interese económico xeral e se a aplicación das

normas do dereito primario tería impedido, de feito ou de dereito, o cumprimento da misión específica que se lle confiou.

103. En principio, débese recoñecer que a tramitación dun procedemento de adxudicación que inclúa un anuncio de licitación pode impedir, en determinados supostos, o cumprimento da misión a causa do período preparatorio intrínseco ao procedemento e dos prazos que se deben sinalar para a presentación de ofertas. Así sucedería, por exemplo, no caso dunha empresa de subministración, se por este motivo se interrompese ou atrasase a prosecución da subministración de enerxía ou de auga.

104. En consecuencia, en virtude da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, trátase de examinar en que medida era necesaria unha restrición da competencia ou, incluso, a exclusión de toda competencia doutros operadores económicos, para permitir ao titular do dereito exclusivo cumprir a súa misión de interese xeral e, en particular, desfrutar de condicións economicamente aceptables.

105. Mesmo cando non sexa necesario que a tramitación dun anuncio de licitación supuxese unha ameaza para a supervivencia da empresa, débese acreditar polo menos que se tería comprometido, de feito ou de dereito, o cumprimento das obrigas específicas desa empresa.

106. A este respecto, o Estado membro demandado non puido demostrar que o modo de proceder elixido fose necesario para facer posible que o DCC cumprise a súa misión en condicións economicamente aceptables.

107. Por conseguinte, cabe prescindir do exame de se o DCC realmente é unha empresa á que se confiaron misións de interese económico xeral.

108. Neste contexto, lémbrese así mesmo que o artigo 86 CE, punto 2, como disposición que consinte excepcións aos preceptos do Tratado, debe interpretarse en sentido estrito. No caso de autos, tampouco do artigo 16 CE se desprende outra interpretación.

5. Aplicación das excepcións das directivas

109. Finalmente, débese considerar a posible aplicación das excepcións reguladas nas directivas respecto da obriga de publicar un anuncio previo.

110. Débese partir do principio de que no ámbito de aplicación do dereito primario non poden rexer exactamente as mesmas normas reguladoras do procedemento de adxudicación que no ámbito das directivas. Evidentemente, iso non exclúe que algunhas normas, como por exemplo a prohibición de discriminación, rexan igualmente –ben que en virtude dunha base xurídica distinta, como acaso un principio xeral do dereito– á marxe das directivas.

111. Tal e como se salientou en reiteradas ocasións, no ámbito do dereito primario procede recoñecer excepcións equivalentes ás reguladas polas directivas. En consecuencia, non hai que excluír que poidan existir supostos en que estea permitido tramitar un procedemento de adxudicación sen previo anuncio, é dicir, sen anuncio de licitación.

112. Porén, con respecto a este tipo de excepcións, débese constatar que, no caso de autos, o Estado membro demandado non se acolleu a ningunha das excepcións reguladas na Directiva 92/50 para a tramitación dun procedemento negociado sen anuncio”.

IV. - Libre prestación de servizos e protección dos traballadores.

Asunto C-346/06. STXUE do 3 de abril de 2008, Dirk Rüffert e Land Niedersachsen. Procedementos de adxudicación de contratos públicos de obras. Desprazamento de traballadores efectuado no marco dunha prestación de servizos.

“21 En virtude do artigo 3, punto 1, parágrafo primeiro, guións primeiro e segundo, da Directiva 96/71, débenselles garantir aos traballadores desprazados, en relación coas prestacións de servizos transnacionais no sector da construción, as condicións de traballo e de emprego relativas ás materias a que se refiren as letras a) a g) desa disposición, entre as que figuran, na letra c), as contías de salario mínimo. Estas condicións de traballo e de emprego establécense mediante disposicións legais, regulamentarias ou administrativas e/ou mediante convenios colectivos ou laudos arbitrais declarados de aplicación xeral. Segundo o punto 8, parágrafo primeiro, do mesmo artigo, os convenios colectivos e laudos arbitrais no sentido desta disposición son aqueles que deben respectar todas as empresas pertencentes ao sector ou á profesión de que se trate correspondentes ao ámbito de aplicación territorial daqueles.

(...).

26 Agora ben, en resposta a unha pregunta escrita formulada polo Tribunal de Xustiza, o Land Niedersachsen confirmou que o convenio colectivo «Edifícios e obras públicas» non

é un convenio colectivo declarado de aplicación xeral no sentido da AEntG. Polo demais, os autos remitidos ao Tribunal de Xustiza non conteñen ningún indicio do cal se poida inferir que ese convenio pode, non obstante, ser cualificado de aplicación xeral no sentido do artigo 3, punto 1, parágrafo primeiro, segundo guión, da Directiva 96/71, en relación co punto 8, parágrafo primeiro, do mesmo artigo.

(...).

29 En efecto, nun contexto como o do litixio principal, o efecto vinculante dun convenio colectivo como o controvertido no asunto principal só se estende a unha parte do sector da construción comprendida no ámbito de aplicación territorial daquel, na medida en que, por unha parte, a normativa que lle outorga tal efecto só se lles aplica aos contratos públicos, con exclusión dos contratos privados, e que, por outra, ese convenio colectivo non foi declarado de aplicación xeral.

30 Do que precede despréndese que unha medida como a controvertida no procedemento principal non establece unha contía de salario segundo un dos mecanismos previstos no artigo 3, puntos 1, parágrafo primeiro, guións primeiro e segundo, e 8, parágrafo segundo, da Directiva 96/71

(...).

34 En consecuencia, sen prexuízo da facultade das empresas establecidas noutros Estados membros de se adheriren voluntariamente no Estado membro de acollida, en particular, no marco dun compromiso asumido cara ao seu propio persoal desprazado, a un convenio colectivo de traballo eventualmente máis favorable, o grao de protección que se lles debe garantir aos traballadores desprazados ao territorio do Estado membro de acollida limítase, en principio, ao previsto no artigo 3, punto 1, parágrafo primeiro, letras a) a g), da Directiva 96/71, salvo que tales traballadores xa desfrutasen, en virtude da lexislación ou de convenios colectivos no Estado membro de orixe, de condicións de traballo e emprego máis favorables en relación coas materias previstas nesa disposición (sentenza Laval un Partneri, antes citada, punto 81). Non obstante, non parece que sexa así no asunto principal.

35 Do que precede despréndese que un Estado membro non lles pode exixir, en virtude da Directiva 96/71, ás empresas establecidas noutros Estados membros, mediante unha

medida como a controvertida no asunto principal, unha contía de salario como a prevista en virtude do convenio colectivo «Edificios e obras públicas».

36 Confirma esa interpretación da Directiva 96/71 a lectura desta á luz do artigo 49 CE, xa que o obxectivo de tal directiva consiste, en particular, na consecución da libre prestación de servizos, a cal é unha das liberdades fundamentais garantidas polo Tratado.

37 Como sinalou o avogado xeral no punto 103 das súas conclusións, ao obrigar os adxudicatarios de contratos públicos de obras e, de maneira indirecta, os seus subcontratistas a aplicar a retribución mínima prevista no convenio colectivo «Edificios e obras públicas», unha norma como a Lei do Land pode impor aos prestadores de servizos establecidos noutro Estado membro, en que os salarios mínimos sexan inferiores, unha carga económica adicional que pode impedir, obstaculizar ou facer menos interesante a execución das súas prestacións no Estado membro de acollida. Polo tanto, unha medida como a controvertida no asunto principal pode constituír unha restrición no sentido do artigo 49 CE.

38 Por outra parte, contrariamente ao que alegan o Land Niedersachsen e algúns dos Gobernos que presentaron observacións ao Tribunal de Xustiza, non se pode considerar que tal medida poida estar xustificada polo obxectivo da protección dos traballadores.

39 En efecto, como se sinalou no punto 29 da presente sentenza, en relación coa contía de salario fixada por un convenio colectivo como o controvertido no asunto principal, polos efectos dunha normativa como a Lei do Land, aquela só se lle impón a unha parte do sector da construción, na medida en que, por un lado, esa normativa se aplica unicamente aos contratos públicos, con exclusión dos contratos privados, e que, por outro, ese convenio colectivo non foi declarado de aplicación xeral.

40 Pois ben, os autos remitidos ao Tribunal de Xustiza non conteñen ningún indicio que permita chegar á conclusión de que a protección que resulta de tal contía de salario, que, por outra parte, como sinala igualmente o órgano xurisdiccional remitente, excede a contía do salario mínimo aplicable en virtude da AEntG, só resulta necesaria a un traballador que desenvolve a súa actividade no sector da construción cando este se empregase no marco dun contrato público de obras e non cando traballa en méritos dun contrato privado.

41 Polos mesmos motivos que os mencionados nos puntos 39 e 40 da presente sentenza, tampouco se pode considerar que esa restrición poida estar xustificada polo obxectivo de

garantir a protección da organización autónoma da vida profesional mediante sindicatos, a que se refire o Goberno alemán.

42 Por último, en relación co obxectivo de estabilidade financeira dos réximes de seguranza social, a que igualmente alude o Goberno alemán, sostendo que a eficacia do réxime de seguridade social depende do nivel dos salarios dos traballadores, dos autos remitidos ao Tribunal de Xustiza non se desprende que sexa necesaria unha medida como a controvertida no asunto principal para alcanzar o obxectivo, do que o Tribunal de Xustiza recoñeceu que non se pode excluír que poida constituír unha razón imperiosa de interese xeral, de evitar un risco de prexuízo grave para o equilibrio financeiro do sistema de seguridade social (véxase, en particular, a sentenza do 16 de maio de 2006, Watts, C- 372/04, Rec. p. I- 4325, punto 103 e xurisprudencia citada)”.

V. SERVICIOS LIBERALIZADOS.

Asunto 220/06. Sentenza do 18 de decembro de 2007, Asociación Nacional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia e Administración Xeral do Estado español. Liberalización dos servizos postais.

“63 Por conseguinte, procede concluír que un convenio de colaboración como o controvertido no litixio principal non cumpre os requisitos lembrados no punto 58 da presente sentenza e non pode, por iso, quedar á marxe da aplicación da Directiva 92/50.

64 Non obstante, a existencia dun dereito exclusivo pode xustificar a non aplicación da Directiva 92/50, dado que, a teor do seu artigo 6, esa directiva «non se aplicará aos contratos públicos de servizos adxudicados a unha entidade que sexa, pola súa vez, unha entidade adxudicadora consonte a letra b) do artigo 1, sobre a base dun dereito exclusivo do que goce en virtude de disposicións legais, regulamentarias e administrativas publicadas, sempre que esas disposicións sexan compatibles co Tratado».

65 Pois ben, sen que resulte necesario analizar se Correos cumpre o primeiro dos tres requisitos enumerados no citado artigo 6 –relativo á condición de entidade adxudicadora de tal sociedade–, e mesmo supoñendo que esta goce, en virtude do artigo 58 da Lei 14/2000, do dereito exclusivo a lles proporcionar ás administracións públicas os servizos postais que constitúen o seu obxecto social, abonda con observar que, en calquera caso, non se cumpre

o terceiro dos mencionados requisitos, segundo o cal a disposición que atribúa o dereito exclusivo debe ser compatible co Tratado.

66 En efecto, mesmo supoñendo que a disposición nacional de que se trata lle atribúa ao provedor nacional do servizo postal universal o dereito exclusivo a prestar ás administracións públicas os servizos postais non reservados conforme o artigo 7 da Directiva 97/67 –servizos a que se circunscribe a presente análise–, esa disposición nacional é incompatible coa finalidade desta directiva.

67 Segundo resulta da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, os Estados membros non poden ampliar segundo a súa vontade os servizos reservados aos provedores do servizo postal universal en virtude do artigo 7 da Directiva 97/67, xa que tal ampliación sería contraria á finalidade desa directiva que, en virtude do seu oitavo considerando, persegue establecer unha liberalización progresiva e controlada no sector postal (sentenza do 11 de marzo de 2004, Asemple e Asociación Nacional de Empresas de Externalización y Gestión de Envíos y Pequeña Paquetería, C- 240/02, Rec. p. I- 2461, punto 24).

68 Esta constatación non só é válida para unha reserva horizontal, é dicir, para a reserva dun determinado servizo postal en canto tal, senón que, co fin de garantir o efecto útil do artigo 7 da Directiva 97/67, tamén o é para a reserva vertical dun servizo deste tipo que consista, como no asunto principal, na prestación exclusiva de servizos postais a determinados clientes. En efecto, tal como indica a Comisión das Comunidades Europeas, a aplicación da normativa española controvertida no litixio principal suporía que, na práctica, todos os servizos postais que calquera entidade pública española necesitase poderían ser potencialmente prestados por Correos, con exclusión de calquera outro operador postal, o que resultaría manifestamente contrario á finalidade da citada directiva.

(...)

En virtude de todo o exposto, o Tribunal de Xustiza (Sala Primeira) declara:

1) O dereito comunitario debe interpretarse no sentido de que non se opón a unha normativa dun Estado membro que permite que as administracións públicas, actuando á marxe das normas de adxudicación dos contratos públicos, encarguen a prestación de servizos postais reservados, consonte a Directiva 97/67/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 15 de decembro de 1997, relativa ás normas comúns para o desenvolvemento do mercado interior dos servizos postais da Comunidade e a mellora da calidade do

servizo, a unha sociedade anónima pública de capital integramente público e que é o provedor do servizo postal universal nese Estado membro.

2) A Directiva 92/50/CEE do Consello, do 18 de xuño de 1992, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de servizos, na súa versión modificada pola Directiva 2001/78/CE da Comisión, do 13 de setembro de 2001, debe interpretarse no sentido de que se opón a unha normativa dun Estado membro que permite que as administracións públicas, actuando á marxe das normas de adxudicación dos contratos públicos, encarguen a prestación de servizos postais non reservados conforme a Directiva 97/67 a unha sociedade anónima pública de capital integramente público e que é o provedor do servizo postal universal nese Estado, sempre que os convenios a que tal normativa se aplique

- acaden o limiar pertinente segundo o previsto no artigo 7, punto 1, da Directiva 92/50 e

- constitúan, conforme o artigo 1, letra a), da Directiva 92/50, na súa versión modificada pola Directiva 2001/78, contratos celebrados por escrito e a título oneroso, extremo cuxa verificación corresponde ao órgano xurisdiccional remitente.

3) Tanto os artigos 43 CE, 49 CE e 86 CE como os principios de igualdade de trato, non-discriminación por razón da nacionalidade e transparencia, deben interpretarse no sentido de que se opoñen a unha normativa dun Estado membro que permite que as administracións públicas, actuando á marxe das normas de adxudicación dos contratos públicos, encarguen a prestación de servizos postais non reservados conforme a Directiva 97/67 a unha sociedade anónima pública de capital integramente público e que é o provedor do servizo postal universal nese Estado, sempre que os convenios a que tal normativa se aplique

– non alcancen o limiar pertinente segundo o previsto no artigo 7, punto 1, da Directiva 92/50, na súa versión modificada pola Directiva 2001/78, e

– non constitúan, en realidade, un acto administrativo unilateral que imponha obrigas exclusivamente a cargo do provedor do servizo postal universal e que se afaste sensiblemente das condicións normais da oferta comercial deste último, extremo cuxa verificación corresponde ao órgano xurisdiccional remitente. ”

CONTRATACIÓN DOS ENTES INSTRUMENTAIS NA LEI 30/2007, DO 30 DE OUTUBRO, DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.

ISABEL NOVO CASTRO.

Letrada da Xunta de Galicia.

Non pretendo con este artigo facer un estudo rigoroso da contratación dos entes instrumentais da Comunidade Autónoma, senón precisar cal é o réxime de suxeición de cada ente en función da súa tipoloxía, partindo para iso das xa difundidas instrucións en materia de contratación elaboradas pola Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia.

O artigo 2 da Lei 30/2007, do 30 de outubro, establece como o seu ámbito de aplicación o propio dos contratos do sector público e, en consecuencia, o dos contratos celebrados polos entes do artigo 3, que se estende tamén aos contratos subvencionados polos ditos entes, de acordo co artigo 17, e os contratos que celebren os concesionarios públicos nos casos do artigo 250.

Os suxeitos integrantes do sector público poden ser clasificados en tres categorías: administracións públicas, poderes adxudicadores e outros entes do sector público que non son nin Administración pública nin poder adxudicador.

As ditas categorías non son poderes estancos; así, as administracións públicas serán sempre poderes adxudicadores, polo que concorre nelas unha dobre natureza.

Do mesmo xeito, poderemos falar de poderes adxudicadores que non son Administración pública e que estarán suxeitos á aplicación da Lei 30/2007, do 30 de outubro, aínda que nun réxime máis laxo e menos estrito que os poderes adxudicadores que si son administracións públicas.

O concepto de poder adxudicador áchase intimamente unido ao de ente instrumental da Administración pública.

Que é un poder adxudicador?

O concepto de poder adxudicador é comunitario e caracterízase pola presenza de tres notas: personalidade xurídica propia, desenvolvemento de fins de interese xeral non mercantís nin industriais e control maioritario por un ente público.

Cabe destacar que a existencia dun poder adxudicador non depende da personificación pública ou privada do ente, nin de se desenvolve ou non actividades industriais ou mercantís, senón da finalidade da súa actuación, é dicir, se está orientado ou non a satisfacer necesidades de interese xeral.

A configuración como poder adxudicador exixirá ponderar diversas cuestións que necesariamente deben estar presentes, así, a falta de competencia no mercado, unida á falta de ánimo de lucro, á ausencia de risco empresarial e ao eventual financiamento público da actividade de que se trate.

O concepto de poder adxudicador debe ser analizado no seo da Administración autonómica galega pola súa peculiaridade respecto da lexislación estatal.

AS SOCIEDADES PÚBLICAS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA.

Segundo se dispón non artigo 12 do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia:

1. - Son sociedades públicas da Comunidade Autónoma de Galicia para os efectos desta lei:

a) As sociedades mercantís en cuxo capital exista participación maioritaria, directa ou indirecta, da Comunidade ou dos seus organismos autónomos e as demais entidades de dereito público da Comunidade Autónoma.

b) As entidades de dereito público con personalidade xurídica propia que por lei teñan que adecuar a súa actividade ao ordenamento xurídico privado.

En cales das ditas sociedades podemos falar de poder adxudicador?

De conformidade co disposto no artigo 3. 2 e) da Lei de contratos do sector público, terán a consideración de Administración pública as entidades de dereito público vinculadas a unha ou varias administracións públicas ou dependentes destas que cumpran algunha das características seguintes:

"1ª Que a súa actividade principal non consista na produción en réxime de mercado de bens e servizos destinados ao consumo individual ou colectivo, ou que efectúen operacións de redistribución da renda e da riqueza nacional, en todo caso sen ánimo de lucro, ou

2ª Que non se financien maioritariamente con ingresos, calquera que sexa a súa natureza, obtidos como contrapartida á entrega de bens ou á prestación de servizos ".

Polo tanto, aqueles entes cuxa actividade principal consista na produción en réxime de mercado de bens e servizos ou cuxo financiamento maioritario proveña de ingresos obtidos como contrapartida desas entregas de bens ou prestacións de servizos non serán administracións públicas.

Porén, as sociedades públicas galegas do artigo 12. 1. b) si son administracións públicas pois, de acordo coas súas normas de creación, estas entidades non realizan auténticas actividades empresariais para o mercado, posto que desenvolven as políticas públicas nun sector determinado da acción administrativa ou constrúen obras e infraestruturas encargadas e pagadas pola Administración autonómica e se financian non polos seus ingresos no mercado, senón por transferencias dos orzamentos da Comunidade Autónoma.

Así, o concepto de poder adxudicador que non é Administración pública quedará atribuído só ás sociedades mercantís do artigo 12. 1 a) do TRLRFO.

AS FUNDACIÓNS DO SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO.

En cales das categorías mencionadas encaixan as fundacións do sector público?

O artigo 3 da Lei de contratos do sector público (en diante LCSP) exige para falar da existencia dunha fundación do sector público a presenza dun dos dous requisitos seguintes:

- 1) Que estean constituídas cunha achega maioritaria, directa ou indirecta, de entidades do sector público.

- 2) Que o seu patrimonio estea integrado de forma permanente en máis dun 50% por bens ou dereitos achegados polas referidas entidades do sector público.

Este concepto de fundación do sector público axústase ao previsto no artigo 44 da Lei estatal 50/2002, do 26 de decembro, de fundacións.

Con todo, o concepto de fundación do sector público é distinto no ámbito autonómico; o artigo 58 da Lei 12/2006, do 1 de decembro, de fundacións de interese galego, define as fundacións do sector público como aquelas que reúnan algún dos seguintes requisitos:

- 1) Que estean constituídas maioritariamente ou na súa totalidade con achegas provenientes da Comunidade Autónoma de Galicia, dos seus organismos públicos ou das demais entidades do sector público autonómico.

- 2) Que os seus ingresos proveñan maioritariamente de subvencións con cargo aos orzamentos da Comunidade Autónoma sempre que esta forme parte dos seus órganos de goberno ou dirección.

Por tanto, fronte ás fundacións do sector público estatal as autonómicas non existen unha participación permanente no capital, basta que no momento da súa constitución exista esa achega maioritaria da Administración autonómica ou basta cunha participación nos órganos de goberno e dirección que non ten por que ser maioritaria, sempre que os seus ingresos proveñan maioritariamente de subvencións con cargo aos orzamentos da Comunidade Autónoma.

Isto pode provocar que existan fundacións que teñan a dobre condición de fundación do sector público estatal e autonómico.

Ao mesmo tempo, o concepto permite que existan fundacións en cuxos órganos de goberno e dirección estea presente a Comunidade Autónoma cuxos ingresos proveñan un ano de subvencións e outro non; varía así a súa configuración como sector público ou non en función de se son subvencionadas e o grao de financiamento que respecto do seu total supón esa subvención; a dita situación dá lugar ao chamado concepto dinámico do poder adjudicador.

O concepto dinámico de poder adjudicador foi precisado pola xurisprudencia comunitaria na súa sentenza "University of Cambridge" no asunto C 380-98, do 3 de outubro de 2000, segundo a cal: "Tendo en conta as consideracións expostas, procede responder á cuarta cuestión que a cualificación de «entidade adjudicadora» dun organismo como a universidade debe efectuarse sobre unha base anual, e que o período que debe considerarse máis axeitado para calcular o modo de financiamento do dito organismo é o exercicio orzamentario en que se inicia o procedemento de adjudicación dun contrato determinado, debendo entenderse que o dito cálculo se debe efectuar tomando como base as cifras dispoñibles ao inicio do exercicio orzamentario, aínda que teñan o carácter de previsións. Un organismo que na data en que se inicia un procedemento de adjudicación dun contrato constitúe unha «entidade adjudicadora», no sentido das directivas 92/50, 93/36 e 93/37, seguirá estando sometido ás exixencias das ditas directivas, no que atinxe a tal contrato, ata a terminación do procedemento de que se trate".

En definitiva, seguindo a xurisprudencia comunitaria, podemos concluír que, cando a entidade ou organismo actúe con financiamento propio nun determinado exercicio orzamentario, durante a súa vixencia carecerá do carácter de poder adxudicador.

Pola contra, cando o dito financiamento proveña dun ou varios suxeitos que deban considerarse poder adxudicador de acordo cos criterios fixados na lei, adquirirán a condición de poder adxudicador para o dito exercicio orzamentario.

É mais, parece que, segundo a dita sentenza, para apreciar ese financiamento maioritario debemos observar o exercicio orzamentario en que se inicia a tramitación do expediente de adxudicación do contrato.

Fixado o concepto de fundacións do sector público autonómico, se nos centramos na tipoloxía das fundacións existentes na Comunidade Autónoma que reciben tal cualificativo, atopámonos co feito de que algunha delas non é propiamente unha fundación.

Debemos distinguir as fundacións públicas sanitarias das restantes fundacións do sector público autonómico.

FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS

No ámbito europeo unha das medidas comunmente adoptadas para mellorar a xestión dos centros sanitarios foi a súa configuración como organizacións autónomas dotadas de personalidade xurídica.

Estas medidas, dotadas de notable éxito segundo a Oficina Rexional para Europa da OMS, parten en España dun acordo parlamentario de decembro de 1997 para a modernización do Sistema Nacional da Saúde.

En desenvolvemento do dito acordo ditouse a Lei 15/1997, do 25 de abril, de novas formas de xestión do Sistema Nacional da Saúde, que ampara a xestión dos centros sanitarios mediante calquera entidade de titularidade e natureza pública sen excluír ningunha forma de xestión, sempre que se respecte o carácter público da súa personalidade.

O artigo 111 da Lei 50/1998, de medidas fiscais, administrativas e de orde social, posibilitou a creación de fundacións no ámbito do Sistema Nacional da Saúde.

O devandito precepto cualifica as fundacións públicas sanitarias como organismos públicos, dotados de personalidade xurídica propia, con patrimonio e tesouraría propios, con persoal suxeito a réxime estatutario, cun réxime orzamentario, económico, contable e cun sistema de intervención e control financeiro suxeitos á Lei xeral orzamentaria (LXO).

A súa creación, modificación e extinción debe ser autorizada polo Consello de Ministros.

O seu réxime de contratación de bens e servizos é o da LCSP.

Esta conceptualización estatal das fundacións públicas sanitarias supón unha aproximación destas á definición que a LOFAXE fai das entidades públicas empresariais, das cales só se diferencian en que estas últimas se constitúen por lei e o seu persoal está suxeito ao réxime laboral e non estatutario; son, por tanto, unha adaptación das entidades públicas empresariais ao ámbito sanitario.

Con todo, a lexislación estatal é moi clara, en materia de contratación de bens e servizos están suxeitas á aplicación da LCSP.

A experiencia estatal trasladouse ao ámbito autonómico, todas as comunidades autónomas, teñan ou non transferida a xestión sanitaria, viron a transformación dos centros sanitarios en persoas xurídicas que lograban así un incremento da súa capacidade operativa a través de fórmulas diversas (consorcios, empresas públicas, fundacións. . .).

AS FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS EN GALICIA

A Lei 5/2000, do 28 de decembro, de medidas fiscais, de réxime orzamentario e

administrativo, estableceu na súa disposición adicional sétima un prazo de seis meses para que as fundacións sanitarias existentes en Galicia se transformasen en fundacións de natureza e titularidade pública.

A modificación das ditas fundacións e dos seus estatutos, e a creación, modificación e extinción das novas exixirían aprobación por decreto do Consello da Xunta de Galicia.

Con todo, e canto ao réxime de contratación de bens e servizos, só exixe o respecto aos principios de publicidade e concorrència rexéndose polas previsións contidas respecto diso na lexislación de contratos das administracións públicas.

Co fin de adaptar as fundacións sanitarias ás exixencias da mencionada disposición adicional sétima, ditouse o Decreto 276/2001, do 29 de setembro.

No seu artigo 1. 3 sinala que as fundacións sanitarias xa constituídas ou que se creen no futuro só poderán ser de natureza e titularidade pública.

No seu artigo 2 sinala que a creación, modificación e extinción das fundacións sanitarias exixirá decreto do Consello da Xunta.

No seu artigo 13 sinala que o réxime de contratación das fundacións sanitarias respectará os principios de publicidade e concorrència e materializarase conforme o disposto na Lei 10/1996, do 5 de novembro, de actuación de entes e empresas nas cales é maioritaria a participación da Xunta de Galicia.

Por último a Lei 7/2003, do 9 de decembro, de ordenación sanitaria de Galicia, sinala no seu artigo 70 que todas as fundacións sanitarias constituídas polas comunidades autónomas son de titularidade e natureza públicas, e a súa creación, modificación e extinción serán aprobadas por decreto do Consello da Xunta.

No seu artigo 72 sinala que o réxime de contratación respectará os principios de

publicidade, concorrencia e obxectividade que rexen a lexislación de contratos das administracións públicas de acordo co previsto na Lei 10/1996, do 5 de novembro.

Esta referencia á Lei 10/1996, do 5 de novembro, supón o sometemento das fundacións públicas sanitarias ao mesmo réxime de contratación que as restantes fundacións do sector público.

Con todo, este réxime contractual non se axustaba ao TRLCAP nin se axusta á actual Lei de contratos do sector público, xa que, atendendo á natureza e titularidade pública das fundacións sanitarias e ás características descritas, está claro que se encadran no artigo 1. 3 do TRLCAP e 3. 1 e) da Lei de contratos do sector público, xa que é innegable que se crearon para satisfacer necesidades xerais que non teñen carácter mercantil ou industrial e se achan maioritariamente financiadas, controladas e xestionadas polo sector público autonómico.

Na LCSP as fundacións públicas sanitarias encaixan perfectamente no perfil do artigo 3. 2 e) que define como administracións públicas as entidades de dereito público vinculadas a unha ou varias administracións públicas ou dependentes destas que cumpran algunha das características seguintes:

- 1) Que a súa actividade principal non consista na produción en réxime de mercado de bens e servizos destinados ao consumo individual ou colectivo, ou que efectúen operacións de redistribución da renda e riqueza nacional, en todo caso sen ánimo de lucro.
- 2) Que non se financien maioritariamente con ingresos, calquera que sexa a súa natureza, obtidos como contrapartida pola entrega de bens ou a prestación de servizos.

As fundacións públicas sanitarias galegas son sen dúbida administracións públicas e aplícaselles a LCSP na súa totalidade.

AS RESTANTES FUNDACIÓNS DO SECTOR PÚBLICO GALEGO

A Lei 12/2006, do 1 de decembro, de fundacións de interese galego, establece no seu artigo 61. 2 que en materia de contratación de obras, de subministracións, de servizos ou de asistencia será aplicable o disposto na lexislación de contratos das administracións públicas.

Esta referencia á Lei de contratos debe coordinarse coas previsións da Lei 10/1996, do 5 de novembro; por tanto, parece que segundo o artigo 3. 3 b) da LCSP son poderes adjudicadores os entes, organismos e entidades con personalidade xurídica propia distintos das administracións públicas creados para satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter mercantil ou industrial sempre que un ou máis suxeitos que deban considerarse poder adjudicador financien maioritariamente a súa actividade, controlen a súa xestión ou nomeen máis da metade dos membros do seu órgano de administración, dirección ou vixilancia.

Sentado que as fundacións do sector público autonómico son poderes adjudicadores, convén sinalar que o artigo 60. 3 da Lei 12/2006, do 1 de decembro, permite que cando a súa dotación fundacional fose totalmente achegada pola Xunta de Galicia e sempre que teña sobre elas un control análogo ao que ten sobre os seus propios servizos ou unidades terán a consideración de entes instrumentais para os efectos do artigo 3 da Lei de contratos.

A Xunta de Galicia poderá encomendarlles como entes instrumentais a execución de obras, subministracións ou servizos públicos da súa competencia a través de encargos de realización obrigatoria cuxa execución supervisará o ente encomendante.

Establecendo a exixencia de que nos casos en que, para a efectividade de encomenda, a fundación precise prestacións por parte de terceiros, a adjudicación quedará sometida á LCSP nos termos previstos na Lei 12/2006, do 1 de decembro.

O concepto de ente instrumental debe instrumentarse partindo da xurisprudencia europea, exixindo a presenza de tres elementos que necesariamente deben concorrer:

- 1) Control análogo ao que se exerce sobre os propios servizos.
- 2) Dependencia estrutural e control efectivo de maneira que as tarefas encomendadas non se fixeron de maneira distinta se as asumiu o ente dominante (a titularidade ou propiedade maioritaria non implica control análogo).
- 3) Realización da parte substancial da súa actividade co ente dominante. O exposto permite que, con carácter xeral, poidamos configurar as fundacións do sector público autonómico como poderes adxudicadores e as sanitarias, ademais, como administracións públicas.

OUTROS ENTES DO SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO.

A tipoloxía dos entes do sector público autonómico é tan variable como a estatal e cada vez nos sorprendemos coa aparición dun novo ente de difícil encadramento e, como acabamos de analizar, atopámonos con entes que reciben unha cualificación que non se axusta á súa verdadeira natureza xurídica.

Non procede analizar aquí toda esa vertente de entes, baste indicar que o concepto de poder adxudicador que non reúne os requisitos de Administración pública só é predicable dos entes analizados, é dicir, das sociedades mercantís do artigo 12. 1 a) do TRLRFO e das fundacións do sector público autonómico, coa excepción das fundacións públicas sanitarias.

Os restantes entes, é dicir, organismos autónomos, consorcios administrativos, axencias públicas autonómicas e as fundacións públicas sanitarias son administracións públicas integramente suxeitas á Lei de contratos do sector público.

REGRAS DOS CONTRATOS CELEBRADOS POLOS PODERES ADXUDICADORES QUE NON SON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

A Lei 30/2007, do 30 de outubro, realiza unha dobre clasificación dos contratos; así, xunto á clásica de contrato administrativo e privado, distingue entre contratos suxeitos ou non a regulación harmonizada.

Esta última clasificación baséase non en criterios substantivos senón no dobre criterio de superación dos limiares comunitarios e a existencia de certos criterios procedementais para a selección do contratista.

Atendendo a esta clasificación, os poderes adxudicadores que non son administracións públicas só celebran contratos privados, nunca contratos administrativos, tal e como sinala a LCSP no seu artigo 20. 1.

Estes contratos privados poden estar ou non suxeitos a regulación harmonizada en función de se superan ou non os límites ou limiares sinalados nos artigos 14 ao 17 da LCSP.

Non procede pola ausencia de espazo e tempo facer unha exposición longa e detallada da normativa que a Lei 30/2007 establece para a contratación dos entes instrumentais, pero si debemos facer referencia ás previsións contidas nos artigos 173, 174 e 175.

CONTRATOS SUXEITOS A REGULACIÓN HARMONIZADA.

Cando un poder adxudicador realiza un contrato suxeito a regulación harmonizada, de acordo co artigo 173 da LCSP, está suxeito ás mesmas regras de preparación e adxudicación dos contratos previstas para as administracións públicas; con todo, no artigo 174 establécense varias excepcións que fan que a suxeición destes entes á LCSP se deba cualificar como media; así, non se aplicarán as normas sobre publicidade, basta a publicidade no DUE e na plataforma de contratación do ente.

Tampouco serán de aplicación as regras relativas aos criterios para apreciar o carácter

anormal ou desproporcionado das ofertas, o cal non quere dicir que non poidan apreciar cando estamos en presenza ou non dunha oferta desproporcionada ou temeraria, senón que o que parece é que non ten que determinarse nos pregos de contratación.

Tampouco as relativas ao exame das propostas e proposta do adxudicatario, xa que parece que ambos os actos poden ser feitos directamente polo órgano de contratación, nin as relativas á formalización do contrato, o cal non quere dicir que o contrato non teña que formalizarse por escrito, senón que o dito escrito non terá obviamente a consideración de documento administrativo.

Tampouco serán aplicables as regras relativas á intervención dunha comisión de expertos para valorar os criterios subxectivos (é dicir, aqueles non avaliábeis mediante a mera aplicación de fórmulas previstas nos pregos).

Para estes efectos non debemos esquecer que os actos de preparación e adxudicación dos contratos privados suxeitos a regulación harmonizada son actos separables susceptibles de impugnarse ante a xurisdición contencioso-administrativa fronte aos relativos á execución e extinción do contrato, que serán impugnables ante a xurisdición civil.

CONTRATOS NON SUXEITOS A REGULACIÓN HARMONIZADA

Nos contratos non suxeitos a regulación harmonizada celebrados polos entes do sector público que non teñan o carácter de poder adxudicador, a LCSP sinala no seu artigo 175 a necesaria elaboración dunhas instrucións internas que rexerán o procedemento de selección e adxudicación do contrato que deberán pórse á disposición dos interesados e publicarse no perfil do contratante da entidade (publicidade na web dos datos relativos á contratación do ente), instrucións internas cuxa natureza non é obviamente normativa, xa que os entes do sector público que non teñen a natureza de Administración pública carecen de potestade normativa, e cuxo contido non precisa a lei, o que deixa unha ampla marxe ao ente canto ao seu establecemento; iso si, a inexistencia dunhas instrucións de contratación levan á imposición da normativa prevista para a contratación suxeita a regulación harmonizada, é dicir, a falta de previsión do ente instrumental canto ás instrucións aplicables aos contratos

non suxeitos á regulación harmonizada leva consigo a suxeición ao réxime de contratación máis rigoroso aplicable.

**AS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN E O DEREITO DA
COMPETENCIA: A STXUE *PRESSETEXT*.**

ANTONIO LÓPEZ MIÑO.

Letrado da Xunta de Galicia.

SUMARIO: I. A CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO EXPRESIÓN DO DEREITO DA COMPETENCIA. II. A CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO EXCEPCIÓN AO DEREITO DA COMPETENCIA. III. A SENTENZA DO TRIBUNAL DE XUSTIZA DA UNIÓN EUROPEA DO 19 DE XUÑO DE 2008 (*PRESSETEXT*) OU A NEGATIVA DE SUBMINISTRACIÓN A UN COMPETIDOR NUN PROCEDEMENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. FEITOS E CUESTIÓN PRE-XUDICIAL. 2. PRESUPOSTOS DE EXERCICIO. 3. NEGATIVA A PROVER (*REFUSAL*). DOUTRINA DAS *ESSENTIALFACILITIES*. 4. CONCLUSIÓN DA AVOGADA XERAL KOKOTT: 1ª. *SUFICIENCIA DO DEREITO DA CONTRATACIÓN PÚBLICA*. 2ª. *O LICITADOR DEBE GOZAR “EFECTIVAMENTE” DE CAPACIDADE E SOLVENCIA*. 3ª. *INTEGRACIÓN DA SOLVENCIA ECONÓMICA E TÉCNICA*.

**I. A CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO EXPRESIÓN DO DEREITO DA
COMPETENCIA.**

A ausencia dunha regulación expresa da contratación pública nas distintas versións do Tratado da Comunidade Europea obrigou o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (actual TXUE) a fundar a acción do dereito comunitario e a súa propia intervención noutros preceptos do Tratado. E, significativamente, remitiuse ás liberdades fundamentais de circulación de mercadorías, establecemento e prestación de servizos (artigos 23, 43 e 49 TCE) e non ás normas sobre dereito da competencia (art. 81 e ss. TCE).

Agora ben, unha vez que disposicións comunitarias e nacionais garantan unha protección suficiente destas liberdades, mediante o acceso dos operadores comunitarios aos procedementos de contratación pública en condicións de igualdade de trato, non-

discriminación, transparencia e publicidade, faise necesario que esas mesmas disposicións protexan a participación efectiva de tales operadores nos concretos procedementos de contratación, en defensa do propio mercado e dos consumidores e usuarios. No ámbito da contratación pública, a defensa da competencia pretende impedir que a contratación pública se vexa afectada por concertos anticompetitivos entre as empresas participantes, comportamento abusivo da empresa dominante no mercado afectado pola contratación, e moi en especial, pola inferencia entre os contratos administrativos e as axudas de Estado que vulneren as normas comunitarias.

Por isto o TXUE recoñeceu que “o obxectivo principal dos preceptos comunitarios sobre contratos radica non só na libre circulación de mercadorías e de servizos, senón tamén na *súa apertura á competencia non falseada en todos os Estados membros*”¹²⁵.

Agora ben, o anterior non implica necesariamente a aplicación da normativa comunitaria da competencia ao ámbito da contratación pública. Pola contra, a Comunidade Europea desenvolveu un importante corpus de normativa derivada –especialmente en forma de directiva- que, sumado ás leis estatais de incorporación, conforma un sistema xurídico autónomo respecto do dereito *antitrust* e integrado no dereito público dos Estados membros.

II. A CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO EXCEPCIÓN AO DEREITO DA COMPETENCIA.

A evidente implicación dos principios e fins da normativa *antitrust* non conduciu, como sinalamos, á súa aplicación directa aos procedementos de contratación pública.

Un segundo ámbito de diferenzas céntrase nos mecanismos operativos de ambas as disciplinas xurídicas. O dereito da competencia busca achegarse o máis posible ao ideal da “competencia perfecta”: mercados guiados polo equilibrio entre a oferta e a demanda; oferentes (e de ser o caso, demandantes) non limitados, inexistencia de barreiras de entrada aos competidores. Nos supostos de competencia imperfecta, o dereito *antitrust* pugna por reducir os efectos perniciosos das ineficiencias do mercado, en beneficio dos consumidores.

Pola contra, o dereito da contratación pública establece un procedemento dotado de garantías. O efecto último da aplicación de tal normativa e a tramitación do expediente de

¹²⁵ STXUE do 11 de xaneiro de 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Considerando 44.

contratación materialízanse en que unha soa empresa (ou máis dunha, pero en unidade de actuación fronte á Administración) executará a prestación. A competencia é, daquela, procedemental, non de mercado. De aí a limitación da regulación comunitaria – e nacional – á preparación, ao procedemento e ás formas de adxudicación; pois estas son as fases que inflúen na libre circulación de mercadorías, na liberdade de establecemento, na libre prestación de servizos e nos principios derivados desas liberdades¹²⁶.

En terceiro lugar, o dereito da competencia non opera, *nin por asomo* nas cada vez máis frecuentes encomendas de xestión (*in house*) articuladas polas administracións públicas con entidades dotadas de personalidade xurídica, pero sometidas ao control absoluto daquelas. Ben que non afondaremos máis na análise desta figura, debemos concluír que esta xera auténticas reservas de mercado a favor das entidades *in house*. Nalgúns supostos, a porcentaxe da oferta pública sobre a privada é tan grande que a encomenda pode ocasionar a exclusión de todos ou de gran parte dos operadores privados (*foreclosure*) do mercado, convertendo a entidade *in house* en monopolista de feito. Neste sentido, o caso *ASEMFO* (ou caso *TRAGSA*) é paradigmático¹²⁷.

III. A SENTENZA DO TRIBUNAL DE XUSTIZA DA UNIÓN EUROPEA DO 19 DE XUÑO DE 2008 (*PRESSETEXT*) OU A NEGATIVA DE SUBMINISTRACIÓN A UN COMPETIDOR NUN PROCEDEMENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

O asunto pre-xudicial “*presstext Nachrichtenagentur GmbH*”(C-454/06) é, ante todo, un caso relativo á modificación de contratos públicos, aspecto que en absoluto nos ocupa. Porén, das sete cuestións pre-xudiciais, a quinta presenta a posibilidade de usar técnicas *antitrust* para corrixir abusos exclusionarios de posición de dominio nun procedemento contractual.

A sentenza non aborda este tema, pero unicamente porque entende innecesario o tratamento das catro últimas cuestións pre-xudiciais. Si o fai a avogada xeral, Juliane

¹²⁶ Conclusións do avogado xeral RUIZ-JARABO COLOMER ao Asunto C-412/04, 8 de novembro de 2006, *Comisión das Comunidades Europeas contra a República Italiana*.

¹²⁷ STXUE do 19 de abril de 2007, C-295/05, *ASEMFO*. á vista da sentenza pre-xudicial do TXUE, o TS ditou a sentenza do 30 de xaneiro de 2008 (RE. 548/2002, relator: Ledesma Bartret). O proceso “*TRAGSA*” pode ser cualificado, tanto no plano comunitario como no nacional, como mínimo, de desconcertante. En particular, a Corte de Xustiza comunitaria non se pronunciou sobre a terceira cuestión pre-xudicial formulada polo TS, relativa á detracción do réxime de libre competencia das obras que a Administración encarga a *TRAGSA*.

Kokott, nas súas excelentes conclusións ao asunto. Será nelas, daquela, nas que nos deteñamos prioritariamente.

1. - Feitos e cuestión pre-xudicial.

APA constituíuse en Austria, como cooperativa rexistrada de responsabilidade limitada, tras a Segunda Guerra Mundial. A práctica totalidade dos diarios austríacos, así como a radiotelevisión austríaca, a ORF, eran membros desta cooperativa. Xunto coas súas filiais, APA é o principal operador do mercado austríaco de axencias de prensa e realiza para a Republik Österreich (Bund) diversas prestacións de axencia de prensa.

PN actúa no mercado austríaco de axencias de prensa desde o ano 1999, pero non elaborou máis que un número moi reducido de comunicados de prensa para as autoridades federais austríacas. PN emprega menos periodistas colaboradores que APA e non dispón de arquivos tan extensos como os desta última.

No transcurso do ano 1994, é dicir, antes da súa adhesión á Unión Europea, a Republik Österreich (Bund) celebrou un contrato (no sucesivo, «contrato marco») con APA, que prevé a prestación de determinados servizos a cambio dunha remuneración. Este contrato permítelles en esencia ás autoridades federais austríacas consultar e utilizar información de actualidade (función denominada «servizo básico»), solicitar información e comunicados de prensa de carácter histórico procedentes dunha base de datos de APA denominada «APADok», así como utilizar o servizo de textos orixinais de APA, denominado «OTS», tanto para a súa información como para a difusión dos seus propios comunicados de prensa. A base de datos APADok contén os datos do servizo básico desde o 1 de xaneiro de 1988 e os comunicados tratados polo servizo OTS desde o 1 de xuño de 1989.

O contrato marco formalizouse por tempo indefinido, sen prexuízo dunha cláusula pola que as partes renunciaban á resolución deste até o 31 de decembro de 1999¹²⁸.

Na quinta cuestión pre-xudicial, o órgano xudicial remitente do asunto pregunta: “Se se responde á cuarta cuestión no sentido de que a entidade adxudicadora pode adxudicar, nun único procedemento de adxudicación, a prestación de servizos non sometidos á protección de dereitos exclusivos xunto coa adxudicación de servizos sometidos á protección de dereitos exclusivos: en caso de que unha empresa non estea facultada para dispor de información protexida por dereitos exclusivos doutra empresa, que ocupa unha posición de

¹²⁸ Sentenza *pressetext*. Considerandos 8 a 11.

dominio do mercado, ¿pode aquela xustificar a súa capacidade, conforme as normas sobre adxudicación de contratos, para prestar a totalidade do servizo á entidade adxudicadora, invocando o artigo 82 CE e a obriga, que impón este artigo á empresa que dispón dos datos e que ocupa unha posición dominante nun Estado membro, de transmitir a información en condicións razoables?”.

2. - Presupostos de exercicio.

Os elementos que en abstracto poden sustentar o exercicio dunha acción *antitrust* nun procedemento de contratación pública están citados na formulación da quinta cuestión prejudicial. Podémoslos clasificar en dous grandes grupos:

En primeiro lugar, os establecidos polo dereito da competencia. Aínda que falaremos máis sobre iso, debemos comezar por dicir que, como regra xeral, a negativa a conceder unha licenza non constitúe un abuso de posición dominante. Só o será se concorren acumulativamente, “en especial”, as seguintes circunstancias “excepcionais” establecidas pola xurisprudencia (Test Magill). Primeira: que a negativa teña por obxecto un produto ou un servizo indispensable para o exercicio dunha actividade determinada nun mercado conexo. Segunda: que a negativa poida excluír toda competencia efectiva nese mercado conexo. Terceira: que a negativa obstaculice a aparición dun produto novo, para o cal existe unha demanda potencial dos consumidores. Cuarta: que a negativa estea obxectivamente xustificada. Como en todo abuso de posición dominante de natureza exclusionaria, a eles únese a posición de dominio da empresa denegadora no mercado correspondente.

En segundo lugar, os derivados do dereito da contratación pública: que a empresa licitadora posúa todos os requisitos necesarios para participar no procedemento, excepto a capacidade (solvencia técnica) requirida porque os medios para a prestación do servizo son monopolizados por unha competidora.

Nas súas conclusións, a avogada xeral Kokott rexeita acertadamente a alegación da negativa a prover no marco dun procedemento de contratación con base na non-concorrenza dos requisitos previstos nas directivas de contratos públicos. Non entra daquela, na concorrencia da exixencias de dereito *antitrust*, as cales aparecen como inoperantes en materia de contratación pública.

3. - Negativa a prover (*refusal*). Doutrina das *essential facilities*.

A alegación esencial contida na quinta cuestión pre-xudicial parte da negativa dunha empresa (APA) en posición de dominio no mercado de axencias de prensa en Austria a lle subministrar á súa competidora no procedemento de licitación dun contrato público a información contida en determinados arquivos, dos cales APA é a titular exclusiva. Esta conduta é coñecida en dereito da competencia como negativa a comerciar ou negativa a prover (*refusal to deal, refusal to supply*).

O modelo básico desta construción dogmática e xurisprudencial consiste en que unha empresa que ten unha posición dominante en relación con recursos considerados como esenciais para a subministración de bens ou servizos en mercados conexos ou próximos comete un abuso de tal posición se, de forma obxectivamente inustificada, denega o acceso a estes a terceiros que o solicitan¹²⁹.

Agora ben, a información contida nos arquivos de APA –ademais de esencial para os competidores- está protexida por dereitos exclusivos de propiedade intelectual e industrial a favor da empresa dominante. Pola súa propia natureza, tales dereitos teñen un efecto excluínate para os competidores. Se estes tivesen acceso aos elementos protexidos por tales dereitos con base na súa esencialidade para o exercicio da súa actividade – mesmo a cambio dunha contraprestación razoable –, a empresa titular carecería dos incentivos inherentes ao monopolio para realizar os gastos e investimentos para a produción de tales elementos.

Na súa recente sentenza *Microsoft*, o Tribunal de Primeira Instancia resume a xurisprudencia comunitaria sobre negativa a prover, tanto na vertente das *essential facilities* como no suposto de implicación de dereitos de propiedade intelectual e industrial. Así, o Tribunal de Xustiza considerou que unha sociedade en posición dominante no mercado das materias primas que, con obxecto de reservar esas materias para a súa propia produción de produtos derivados, negaba a súa subministración a un cliente, produtor pola súa vez dos mesmos derivados, con perigo de eliminación de toda competencia por parte dese cliente, explotaba a súa posición dominante de forma abusiva no sentido do artigo 82 CE (sentenza do Tribunal de Xustiza do 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Comisión, 6/73 e 7/73, Rec. p. 223; véxase, respecto á

¹²⁹ DIEZ ESTELLA, F., “A doutrina do abuso nos mercados conexos: do “monopoly leveraging” ás “essential facilities”. *Revista de Dereito Mercantil*, nº 248, xullo 2003. Páx. 40.

negativa a prestar un servizo, a sentenza do Tribunal de Xustiza do 3 de outubro de 1985, CBEM, 311/84, Rec. p. 3261).

No asunto que deu lugar á súa sentenza do 5 de outubro de 1988, Volvo (238/87, Rec. p. 6211), preguntaba ao Tribunal de Xustiza, que coñecía dunha cuestión pre-xudicial en virtude do artigo 234 CE, se o feito de que un fabricante de automóbiles, titular dun dereito de modelo relativo a pezas para carrozaría, se negase a conceder a terceiros unha licenza para a subministración de pezas que incorporasen o modelo protexido, debía considerarse como un abuso de posición dominante no sentido do artigo 82 CE. Na súa sentenza o Tribunal de Xustiza destacou que a facultade do titular dun modelo protexido de impedir a terceiros fabricar e vender ou importar, sen o seu consentimento, produtos que incorporasen o dito modelo constituía o contido mesmo do seu dereito exclusivo. O Tribunal de Xustiza concluíu (punto 8) que «unha obriga imposta ao titular do modelo protexido de conceder a terceiros unha licenza para subministrar produtos que incorporen o modelo protexido, mesmo a cambio dunha compensación económica razoable, suporía privar a ese titular do contido do seu dereito exclusivo, e a negativa a conceder tal licenza non constitúe en si mesma un abuso de posición dominante». O Tribunal de Xustiza engadiu, porén, que «o exercicio do dereito exclusivo polo titular dun modelo relativo a pezas para carrozaría de vehículos automóbiles [podía] estar prohibido polo artigo [82 CE] se [daba] lugar, por parte dunha empresa que ocupe unha posición dominante, a determinados comportamentos abusivos tales como a negativa arbitraria a subministrar pezas de recambio aos talleres independentes, a fixación dos prezos para as pezas de recambio a un nivel non equitativo ou a decisión de non seguir producindo pezas de recambio para un determinado modelo cando aínda [circulaban] moitos vehículos dese tipo, a condición de que tales comportamentos [puidesen] afectar o comercio entre Estados membros»(punto 9).

Na sentenza Magill, citada no punto 107 supra, tamén se lle pedira ao Tribunal de Xustiza, que coñecía dun recurso de casación, que se pronunciara sobre a cuestión da negativa por parte dunha empresa dominante a conceder a un terceiro unha licenza para a utilización dun dereito de propiedade intelectual. O asunto que deu lugar a esa sentenza tiña por obxecto unha decisión da Comisión en que esta consideraba que tres sociedades de teledifusión abusaran da posición dominante que ocupaban no mercado representado polas súas respectivas listas semanais de programas e no das guías de televisión en que aquelas

se publicaban, ao ampararse nos seus dereitos de autor sobre as listas de programas para impedir a terceiros publicar guías semanais completas dos programas das diferentes canles de televisión. A Comisión ordenara, en consecuencia, a esas sociedades de teledifusión que se facilitasen mutuamente, e que lles facilitasen aos terceiros que o solicitasen, sobre unha base non discriminatoria, as súas respectivas listas co avance semanal de programas, e que permitisen que esas partes reproducisen esas listas. A Comisión precisara en particular que, se as citadas sociedades optaban por facilitar e permitir a reprodución deses programas mediante licenzas, as cantidades que existisen debían ser razoables.

Na sentenza Magill, citada no punto 107 supra (punto 49), o Tribunal de Xustiza, facendo referencia á sentenza Volvo, citada no punto 321 supra, declarou que «o dereito excluín-te de reprodución [formaba] parte das prerrogativas do autor, de modo que unha negativa a conceder a licenza, aínda que a faga unha empresa en posición dominante, non pode constituír en si mesma un abuso desta». Con remisión de novo á sentenza Volvo, citada no punto 321 supra, o Tribunal de Xustiza precisou, non obstante, que «o exercicio do dereito excluín-te polo titular [podía] dar lugar, en circunstancias excepcionais, a un comportamento abusivo”(punto 50).

O Tribunal de Xustiza considerou pertinentes, para apreciar o carácter abusivo do comportamento imputado ás sociedades de teledifusión, as seguintes circunstancias. En primeiro lugar, a negativa imputada ás últimas tiña como obxecto un produto, os programas semanais das canles de televisión, cuxa entrega era indispensable para o exercicio da actividade en cuestión, a edición dunha guía semanal completa dos programas de televisión (punto 53). En segundo lugar, esa negativa obstaculizara a aparición dun produto novo, unha guía semanal completa de programas de televisión, que as sociedades de teledifusión referidas non ofrecían, e para a que había unha demanda potencial por parte dos consumidores, o que constituía un abuso conforme o artigo 82 CE, parágrafo segundo, letra b) (punto 54). En terceiro lugar, a mencionada negativa non estaba xustificada (punto 55). En cuarto lugar, por último, esas sociedades de teledifusión reservaran para si mediante o seu comportamento un mercado secundario, o das guías semanais de televisión, excluín-do calquera competencia en tal mercado (punto 56).

No asunto que deu lugar á sentenza Bronner, citada no punto 112 supra, solicitábaselle ao Tribunal de Xustiza, ao que se lle formulara unha cuestión pre-xudicial en virtude do artigo 234 CE, que se pronunciase sobre se o feito de que unha empresa xornalística, cunha cota

considerable do mercado austríaco de diarios e que explotaba o único sistema de repartición de xornais a domicilio de ámbito nacional existente en Austria, lle negase o acceso ao dito sistema, a cambio dunha contraprestación adecuada, ao editor dun xornal competidor, ou só o concedese se este último lle encargaba a esa empresa determinados servizos complementarios, constituía un abuso de posición dominante contrario ao artigo 82 CE.

Nesa sentenza (punto 38), o Tribunal de Xustiza sinalou ante todo que, ben que nas sentenzas *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Comisión e CBEM*, citadas no punto 320 supra, o Tribunal de Xustiza considerara abusivo o feito de que unha empresa que ocupaba unha posición dominante nun mercado determinado se negase a abastecer a unha empresa coa cal competía nun mercado afín, das materias primas e dos servizos indispensables para o exercicio das actividades da súa competidora, respectivamente, o fixo na medida en que o citado comportamento podía eliminar toda competencia por parte desta última.

Seguidamente, o Tribunal de Xustiza indicou (punto 39) que, nos puntos 49 e 50 da sentenza *Magill*, citada no punto 107 supra, confirmara que a negativa a conceder unha licenza por parte do titular dun dereito de propiedade intelectual, aínda que se tratase dunha empresa en posición dominante, non podía constituír en si mesma un abuso desta; pero que o exercicio do dereito excluínτε polo titular podía dar lugar, en circunstancias excepcionais, a un comportamento abusivo.

Por último, o Tribunal de Xustiza lembrou as circunstancias excepcionais que definira na sentenza *Magill*, citada no punto 107 supra, e a continuación manifestou (punto 41):

«[...] mesmo supoñendo que esta xurisprudencia relativa ao exercicio dun dereito de propiedade intelectual sexa aplicable ao exercicio dun dereito de propiedade doutro tipo, para que [esa] sentenza [...] poida ser invocada con obxecto de afirmar a existencia dun abuso no sentido do artigo [82 CE] nunha situación como a que é obxecto da [...] cuestión pre-xudicial, sería preciso, ademais, non só que a denegación do servizo que constituíe a repartición a domicilio puidese eliminar toda competencia no mercado dos xornais por parte de quen solicita o servizo e non se puidese xustificar obxectivamente, senón, ademais, que o servizo, en si mesmo, fose indispensable para o exercicio da actividade deste, no sentido de que non houbera ningunha alternativa real ou potencial ao citado sistema de repartición a domicilio. »

Na sentenza IMS Health, citada no punto 107 supra, o Tribunal de Xustiza pronunciouse de novo sobre as condicións en que a negativa dunha empresa a lle outorgar a un terceiro unha licenza para a utilización dun produto protexido por un dereito de propiedade intelectual podía constituír un abuso de posición dominante no sentido do artigo 82 CE.

O Tribunal de Xustiza reafirmou ante todo (punto 34), con referencia á sentenza Volvo, citada no punto 321 supra, e á sentenza Magill, citada no punto 107 supra, que, segundo reiterada xurisprudencia, o dereito exclusivo de reprodución formaba parte das prerrogativas do titular dun dereito de propiedade intelectual, polo que a negativa a conceder unha licenza, aínda que fose por parte dunha empresa en posición dominante, non podía constituír en si mesma un abuso desta. Sinalou tamén (punto 35) que resultaba desa mesma xurisprudencia que o exercicio do dereito exclusivo polo titular podía dar lugar, en circunstancias excepcionais, a un comportamento abusivo. A continuación, tras lembrar as circunstancias excepcionais enunciadas na sentenza Magill, citada no punto 107 supra, o Tribunal de Xustiza declarou (punto 38) que desa xurisprudencia se desprendía que, para que a negativa dunha empresa titular dun dereito de autor a permitir o acceso a un produto ou a un servizo indispensable para desenvolver unha actividade determinada se puidese cualificar de abusiva, abonda que se cumpran tres requisitos con carácter acumulativo, a saber, que esa negativa obstaculice a aparición dun produto novo para o que exista unha demanda potencial dos consumidores, que careza de xustificación e que poida excluír toda competencia nun mercado derivado.

Da xurisprudencia antes evocada resulta que o feito de que unha empresa en posición dominante denegue a concesión a un terceiro dunha licenza para a utilización dun produto protexido por un dereito de propiedade intelectual ou industrial non pode constituír por si mesmo un abuso de posición dominante no sentido do artigo 82 CE. Só en circunstancias excepcionais o exercicio do dereito exclusivo polo titular do dereito de propiedade intelectual ou industrial pode dar lugar a tal abuso.

Tamén desa xurisprudencia resulta que deben considerarse circunstancias excepcionais, en especial, as seguintes:

- en primeiro lugar, que a negativa teña por obxecto un produto ou un servizo indispensable para o exercicio dunha actividade determinada nun mercado conexo;
- en segundo lugar, que a negativa poida excluír toda competencia efectiva nese mercado conexo;

– en terceiro lugar, que a negativa obstaculice a aparición dun produto novo para o que existe unha demanda potencial dos consumidores.

Cando se demostre que concorren tales circunstancias, a negativa do titular en posición dominante a conceder unha licenza pode infrinxir o artigo 82 CE, a menos que estea obxectivamente xustificada.

Procede observar que a circunstancia de que a negativa obstaculice a aparición dun produto novo para o que existe unha demanda potencial dos consumidores só figura na xurisprudencia relativa ao exercicio dun dereito de propiedade intelectual ou industrial.

Por último, hai que engadir que, para que a negativa a dar acceso a un produto ou a un servizo indispensable para o exercicio dunha actividade determinada se poida considerar abusiva, deben diferenciarse dous mercados, a saber, por unha parte, un mercado constituído por ese produto ou servizo e no cal a empresa que denega a subministración deste ten unha posición dominante e, por outra, un mercado conexo en que o produto ou o servizo en cuestión se utiliza para a elaboración doutro produto ou para a prestación doutro servizo. Cómpre precisar que o feito de que o produto ou o servizo indispensable non sexa comercializado de maneira separada non exclúe, de entrada, a posibilidade de identificar un mercado diferente (véxase, nese sentido, a sentenza IMS Health, punto 107 supra, punto 43). De tal forma, o Tribunal de Xustiza expuxo no punto 44 da sentenza IMS Health, citada no punto 107 supra, que bastaba que se puidese determinar un mercado potencial, incluso hipotético, e que así sucedía cando os produtos ou servizos eran indispensables para desenvolver unha actividade determinada e existía unha demanda efectiva deles por parte das empresas que pretendían desempeñar esa actividade. O Tribunal de Xustiza concluíu no punto seguinte da súa sentenza que era decisivo que se puidesen determinar dúas fases de produción distintas, que estivesen relacionadas entre si porque o produto anterior fose un elemento indispensable para subministrar o produto derivado¹³⁰.

4. - Conclusión da avogada xeral Kokott.

Ao analizar a quinta cuestión pre-xudicial, a avogada xeral responde á pregunta de se un empresario pode demostrar a súa capacidade para a execución dun contrato público de servizos simplemente afirmando que outra empresa está obrigada, conforme o artigo 82 CE, a pór á súa disposición determinados datos en condicións razoables.

¹³⁰ STPI do 17 de setembro de 2007, *Microsoft*, (T-201/04), Considerandos 320 a 335.

Os antecedentes desta cuestión constitúenos o feito de que a prestación de servizos de axencia de prensa como os que aquí demandan as autoridades federais austríacas presúpon o acceso a un extenso arquivo en que se poden consultar, entre outras cousas, informacións e textos históricos. Segundo a información da resolución de remisión, PN non dispón de ningún arquivo histórico que se poida comparar, nin de lonxe, ao de APA. Esta, pola súa parte, tampouco lles concede aos seus competidores o acceso aos seus arquivos, ao menos non co fin da revenda dos datos consultados. Polo tanto, débese dilucidar se PN pode alegar, malia o anterior, como proba da súa capacidade, no sentido do artigo 31 da Directiva 92/50, que ten dereito a acceder aos arquivos de APA e, en particular, á súa base de datos APADok.

Con iso faise alusión á doutrina das «essential facilities», sobre a que se discute no dereito da competencia. Conforme a xurisprudencia aplicable, no marco do artigo 82 CE pódese considerar que existe un comportamento abusivo (en todo caso, só en determinadas circunstancias extraordinarias) cando unha empresa en posición de dominio se nega a conceder a outras empresas o acceso a bens, servizos ou datos indispensables («essential facilities»). En tales casos pódese deducir do artigo 82 CE unha obriga de contratar para a empresa en posición de dominio¹³¹.

A avogada xeral responde negativamente á aplicación da doutrina das *essential facilities* aos procedementos de contratación pública polas razóns que seguen:

1ª. - Suficiencia do dereito da contratación pública.

No presente caso, porén, non é necesario abordar a cuestión de se unha base de datos como o arquivo APADok mantido por APA contén datos indispensables para os seus competidores e, xa que logo, representa unha «essential facility», e se existen aquí circunstancias extraordinarias que obriguen a APA a conceder aos seus competidores o acceso aos seus arquivos nunhas condicións razoables¹³².

2ª. - O licitador debe gozar “efectivamente” de capacidade e solvencia.

En efecto, un prestador de servizos que, con vistas á súa admisión nun procedemento de licitación, se refira a medios doutros organismos, debe probar que pode efectivamente dispor deses medios. En caso contrario, a entidade adxudicadora non poderá establecer

¹³¹ Conclusións *pressetext*. Considerandos 131 a 133.

¹³² *Id.* Considerando 134.

unha comparación válida da súa capacidade coa doutros posibles prestadores de servizos¹³³.

A Directiva 2004/18/CE inclúe no seu artigo 48, puntos 2 e 3, unha relación *numerus clausus* de medios para “avaliar e comprobar” as capacidades técnicas e económicas dos operadores económicos que se presenten a un procedemento de contratación pública. Facilmente se advirte que os citados son instrumentos que permiten probar a realidade actual da solvencia (así, relación de contratos anteriores acompañada por certificados de boa execución, indicación do persoal técnico e das instalacións e medios materiais, mostras, descricións e fotografías dos produtos)¹³⁴.

Se a entidade adxudicadora confiase na meramente potencial disposición do prestador de servizos sobre os medios en cuestión, correría o risco de lle adxudicar o contrato a un empresario cuxa capacidade posteriormente (por exemplo, en caso de dificultades para acceder aos medios necesarios) se demostre dubidosa. E, asemade, podería estar privando do contrato a outro empresario que conte realmente coa capacidade necesaria. Tal forma de proceder non satisfaría nin a igualdade de oportunidades para todos os prestadores de servizos nin o principio de boa xestión financeira no procedemento de licitación¹³⁵.

3ª. - Integración da solvencia económica e técnica.

Nos seus números 3 e 4, o artigo 48 da directiva permítelles aos licitadores “integrar”, “completar”, “suplir”, “substituír” ou, en termos literais, “e para un contrato determinado, basearse nas capacidades doutras entidades, independentemente da natureza xurídica dos vínculos que teña con elas. En tal caso, deberá demostrar ante o poder adxudicador que disporá dos medios necesarios para a execución do contrato, por exemplo, mediante a presentación do compromiso destas entidades de pór á disposición do operador económico os medios necesarios. Nas mesmas condicións, as agrupacións de operadores económicos poderanse basear nas capacidades dos participantes nas agrupacións ou doutras entidades”.

¹³³ *Id.* Considerando 135.

¹³⁴ Non obstante o anterior, o artigo 48. 2 cita tres medios que incorporan elementos de virtualidade e de futuro en canto á actualidade da solvencia afirmada: f) *para os contratos públicos de obras e de servizos indicando, unicamente nos casos adecuados, as medidas de xestión ambiental que o operador económico poderá aplicar ao executar o contrato*; g) *declaración que indique o cadro de persoal medio anual do prestador de servizos ou do empresario e a importancia do persoal directivo durante os tres últimos anos*; h) *declaración sobre a maquinaria, o material e o equipamento técnico de que disporá o prestador de servizos ou o empresario para executar o contrato*; e en particular, i) *indicación da parte do contrato que o prestador de servizos ten eventualmente o propósito de subcontratar*;

¹³⁵ *Id.* Considerando 135

En termos similares pronúnciase o artigo 47, puntos 2 e 3, para a solvencia económica e financeira.

A directiva é así moi xenerosa á hora de facilitar a proba da solvencia. Segundo o noso criterio, a habilitación concedida polos artigos 47 e 48 presenta tres vantaxes. 1) Non presenta límites cuantitativos ou porcentuais; 2) Non exige un vínculo organizativo entre o licitador e a “entidade terceira”; 3) A Administración contratante non pode exixir máis alá do “compromiso” de ambas as entidades para a posta en disposición dos medios suficientes para a execución do contrato.

Aínda que este extremo mereza un estudo máis profundo, entendemos que a Directiva 2004/18 non establece límites á integración da solvencia económica e técnica por terceiros. Nisto, así como no momento da súa operatividade, diferénciase da subcontratación, cuxa limitación a unha “parte” do contrato foi recoñecida polas normativas comunitaria e nacional¹³⁶.

En segundo lugar, a directiva habilita este sistema de integración da solvencia tanto para as empresas que formen parte dun grupo de sociedades como para aquelas que adopten canles de cooperación non asociativa senón tan só mercantil. Por iso, non exige a constitución dunha unión temporal de empresas, respecto á cal se ofrece como instrumento alternativo.

Abonda, pois, un mero ‘compromiso’ entre as entidades. O termo utilizado non se cinxe á presenza dun contrato; bastaría cun acordo de colaboración ou calquera outro instrumento cooperativo, sempre que constituíse garantía suficiente para a Administración contratante. Será, pois, aquela a que deba valorar a suficiencia do compromiso en cada caso concreto

En relación co caso, Kokott conclúe que unha axencia de prensa como PN non pode afirmar que ten dereito a acceder aos arquivos de APA, senón que debe demostrar de forma

¹³⁶ O artigo 25 dispón que no prego de condicións o poder adxudicador poderá pedir ou poderá ser obrigado por un Estado membro a pedir ao licitador que mencione na oferta a *parte* do contrato que se propoña subcontratar a terceiros, así como os subcontratistas propostos.

En canto ao contrato de concesión de obras públicas, o artigo 60 da Directiva dispón que “O poder adxudicador poderá: a) ben impor ao concesionario de obras públicas que confíe a terceiros unha *porcentaxe* dos contratos que represente, como mínimo un 30% do valor global das obras obxecto da concesión, prevendo, ao mesmo tempo, a facultade de que os candidatos incrementen esa porcentaxe; esta porcentaxe mínima deberá constar no contrato de concesión de obras; b) ben invitar os candidatos á concesión a que indiquen nas súas ofertas, se procede, a porcentaxe do valor global das obras obxecto da concesión que se propoñen confiar a terceiros”.

A LCSP é máis nidia á hora de establecer o carácter parcial da subcontratación, a cal non excederá, salvo previsión do prego en contrario, a porcentaxe do 60% do importe da adxudicación

concreta que ese acceso lle foi efectivamente concedido, ben en forma de compromiso expreso, ben mediante un contrato de licenza xa celebrado. Do contrario, non poderá xustificar satisfactoriamente a súa capacidade nun procedemento de licitación referíndose aos arquivos de APA¹³⁷.

Os prazos, xeralmente curtos, en que se deben resolver os procedementos de adxudicación a cotío non permiten a aclaración, con frecuencia ardua, de cuestións xurídicas complexas en relación con o artigo 82 CE e a doutrina das «essential facilities». Calquera conflito xurídico que xurda ao respecto debe ser dirimido pola empresa afectada antes de licitar para un contrato público.

Por conseguinte, acerca da quinta cuestión procede declarar que un empresario non pode demostrar a súa capacidade para a execución dun contrato público de servizos afirmando simplemente que outra empresa está obrigada, consonte o artigo 82 CE, a pór á súa disposición determinados datos en condicións razoables¹³⁸.

¹³⁷ *Id.* Considerando 136.

¹³⁸ Conclusións *pressetext*. Considerandos 131 a 138.

**REVISTA DA ASESORÍA
XURÍDICA DA XUNTA DE GALICIA**

**XUNTA DE GALICIA
PRESIDENCIA
Asesoría Xurídica Xeral**