

LA FUTURA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

MARÍA JESÚS MADRIGAL ESTEBAN
MANUEL VÉLEZ FRAGA
GUILLERMO GONZÁLEZ DE OLANO
Abogados ()*

El pasado 8 de septiembre de 2006 se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (el «Proyecto»), iniciándose así la tramitación parlamentaria de una profunda reforma de la contratación pública en España; tramitación que en este momento se encuentra en fase de enmiendas en el Congreso de los Diputados.

La Exposición de Motivos del Proyecto indica el doble objetivo de la reforma. De un lado, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (la «Directiva 2004/18/CE»). De otro, con motivo de la adaptación de la Directiva, acometer una reforma global de la contratación pública, que afecta sustancialmente a la filosofía y sistemática tradicionales de la materia.

El plazo de transposición de la Directiva 2004/18/CE a nuestro Derecho interno finalizó el 31 de enero de 2006. Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, los preceptos de esta Directiva que sean incondicionales y suficientemente precisos, gozan desde ese momento de efecto directo. En este sentido, y hasta que este Proyecto vea la luz, es obligación de las Administraciones públicas velar por darles cumplimiento, y es derecho de las empresas que contratan con ellas invocarlos.

1 · INTRODUCCIÓN. REFLEXIONES SOBRE ALGUNAS NOVEDADES DE CARÁCTER GENERAL PREVISTAS EN EL PROYECTO

Este artículo no pretende abarcar —ello sería imposible— un análisis de las múltiples novedades que introduce el Proyecto. Su finalidad es llamar la atención sobre algunas cuestiones relevantes que plantea. Siendo éste el objetivo propuesto, el análisis se limitará a aspectos generales de hondo calado y a identificar algunas de las novedades más significativas en la regulación del ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del Proyecto, y de la fase de preparación y adjudicación de los contratos.

1.1 · La nueva categoría legal de los contratos sujetos a «regulación armonizada»

Quizás la novedad más importante del Proyecto aparece con la introducción de la categoría de los «contratos sujetos a regulación armonizada», sometidos a las previsiones establecidas por las normas comunitarias; en contraposición de los «contratos no sujetos a regulación armonizada», en los que el legislador nacional goza de libertad regulatoria. Es pretensión del Proyecto, por tanto, deslindar el sector normativo de la contratación vinculado al Dere-

(*) Del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid).

cho comunitario del marco regulatorio del que pueden dotarse los Estados miembros para aquellos contratos no sujetos a esa normativa.

De la Exposición de Motivos del Proyecto no se desprenden con claridad las razones por las que se ha considerado oportuno introducir ahora esta «dualidad» de regímenes jurídicos en función de su sujeción o no a la Directiva 2004/18/CE. La ampliación del ámbito subjetivo del Proyecto a la mayor parte de los entes que integran el sector público, algunos de ellos no sujetos a la Directiva 2004/18/CE, parece ser la principal razón que ha llevado al redactor del Proyecto a establecer este doble régimen. La inclusión de determinadas entidades en el ámbito subjetivo de la futura Ley hasta ahora no sometidas, sin limitar los contratos de estas entidades sometidos a ella, hubiera supuesto introducir una mayor rigidez en la contratación en determinadas áreas de actividad económica, en las que tradicionalmente se ha considerado necesario que estuviera dotada de mayor flexibilidad. Esta diferenciación aparece, pues, plenamente justificada en este caso.

En la categoría de contratos no sujetos a regulación armonizada, el Proyecto incluye los contratos que celebran las Administraciones públicas y demás entidades de Derecho público, no sometidas a la Directiva en atención a su cuantía; esto es, los contratos de obras, concesión de obras públicas, suministros y servicios de importe inferior a los umbrales comunitarios. Sorprende, sin embargo, que el Proyecto haya optado por «liberar» a buena parte de la contratación administrativa de las exigencias de la Directivas, sin establecer de forma paralela un «auténtico» marco regulatorio para esos contratos, más allá de previsiones puntuales como el incremento de las cuantías que permiten adjudicar los distintos tipos de contratos mediante procedimiento negociado o el de los contratos menores. No es baladí que, conforme a los últimos datos publicados por el Registro Público de Contratos, los contratos adjudicados por el conjunto de las Administraciones públicas, inferiores a los umbrales comunitarios, suponen más del 80 por 100 del total que celebran.

Quizás la introducción de ese diferente marco jurídico para los contratos no sujetos a regulación armonizada se hubiera entendido mejor desde la perspectiva de abordar el establecimiento de procedimientos de contratación más ágiles y simplificados, siempre desde el respeto a los principios comunitarios. Se está haciendo referencia, por

ejemplo, a la regulación de nuevos procedimientos de licitación (i.e. atribuyendo el carácter de ordinario al procedimiento negociado como ocurre en Alemania), la sustitución de la publicidad de los anuncios en los Boletines Oficiales por sistemas telemáticos o páginas web centralizadas por Administraciones, la supresión de ciertos requisitos formales, mediante la inclusión de procedimientos abreviados o simplificados —como ocurre en el caso de los contratos menores— o el establecimiento de plazos mínimos de licitación más ajustados a las necesidades de estos contratos.

Así las cosas, un marco jurídico incompleto —como el del Proyecto— puede plantear en el futuro notables dudas interpretativas o sobre la aplicación, de forma directa o por analogía, de unas u otras normas a contratos semejantes, sólo diferentes en razón de su cuantía. Sería deseable, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, que durante la tramitación parlamentaria pudieran realizarse modificaciones en el texto que aclaren o regulen estas cuestiones.

1.2 · El nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación

Tras varios intentos del legislador nacional de dar cumplimiento al fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («TJCE») de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-214/00 *Comisión contra España*) —y pronunciamientos similares posteriores— por la que se condenaba al Reino de España por incorrecta transposición de la Directiva 89/665/CEE —en materia de recursos— (hasta el momento considerados insuficientes por la Comisión Europea) el Proyecto, en su artículo 37, articula un recurso administrativo especial en materia de contratación.

La necesidad de un sistema de recursos propio en el ámbito de la contratación pública es una reivindicación antigua de buena parte de los sectores implicados. Para que el sistema de la contratación pública funcione con transparencia, objetividad y eficiencia es preciso dotarlo de un sistema eficaz de garantías; esto es, un sistema rápido y efectivo de resolución de conflictos. Para que el sistema sea eficaz, debe estar basado en mecanismos de control que los licitadores vislumbren como fiables, razón por la que un recurso en materia de contratación no debería resolverse por el órgano de contratación, sino por un órgano independiente integrado por especialistas en materia de contratación. El artículo 81 de la Directiva 2004/18/CE recuerda que los Estados

miembros «asegurarán la aplicación de la presente Directiva mediante mecanismos eficaces, accesibles y transparentes» pudiendo a tales efectos «designar o establecer», entre otras cosas, «una agencia independiente». La configuración de un sistema de recursos a través de entidades independientes ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de Estados miembros, poniendo de manifiesto así su idoneidad para la resolución rápida y transparente de este sistema.

Este reto regulatorio —configurar un sistema de recursos ante un organismo independiente y extenderlo a todos los contratos sujetos a la futura Ley— no ha sido afrontado por el Proyecto, que ha optado por tratar de dar estricto cumplimiento a los pronunciamientos del TJCE, estableciendo un sistema de recurso y medidas cautelares, limitado a los contratos sujetos a regulación armonizada¹.

Este recurso podrá interponerse contra los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Podrán interponer este recurso quienes puedan ver perjudicados por esos actos sus derechos o intereses legítimos y, en todo caso, los licitadores. Hubiera sido deseable la inclusión expresa como legitimados a los licitadores potenciales (esto es, toda persona que habiendo tenido un interés en presentar una oferta

haya sido disuadida o impedida de ello), tal y como la consolidada doctrina del Tribunal Supremo² y del TJCE reconocen. No puede descartarse, pues, que la Comisión Europea considere que, en este extremo, el Proyecto no transpone de forma adecuada la Directiva 2004/18/CE.

El precepto contempla como cuestión novedosa, en relación con el régimen general de los recursos administrativos, la suspensión automática del expediente de contratación hasta que el recurso se resuelva expresamente, cuando éste se interponga contra el acto de adjudicación provisional.

Por último, debe destacarse que el artículo 38 del Proyecto, al regular las medidas provisionales, se separa del vigente artículo 60 *bis* del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio («TRLCAP»), al hacer depender la pervivencia de las medidas provisionales acordadas de la necesaria interposición del recurso especial previsto en el artículo 37. Sin embargo, la posibilidad de acordar medidas provisionales con independencia de que se interponga o no recurso ha sido declarada inequívocamente por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-214/00, *Comisión contra España*). Esta nueva redacción parece suponer un retroceso en este ámbito, que podría plantear problemas de incorrecta transposición de la Directiva 89/665/CEE.

1.3 · El nuevo régimen de la subcontratación

La subcontratación es una de las cuestiones de la contratación pública que ha suscitado, continúa suscitando y, sin duda, suscitará un amplio debate una vez aprobada la futura Ley. Y es que las repercusiones económicas de la regulación de esta figura son de indudable calado, especialmente, en los contratos de obras y los de concesión de obras públicas.

El vigente régimen de la subcontratación en el ámbito de los contratos administrativos se encuentra regulado en el artículo 115 del TRLCAP. Este régimen, básicamente, se caracteriza por (i) requerir una mera comunicación a la Administración de los aspectos fijados en el artículo 115; (ii) no ser

¹ Interesa recordar aquí que el Consejo de Estado en el Dictamen emitido con fecha 25 de mayo de 2006 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (Dictamen 514/2006), puso de manifiesto la conveniencia de extender el régimen de recursos instaurado a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del texto. En este sentido manifestó lo siguiente:

«La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.

Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley».

² Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000 (Ref. Aranzadi 2000\9227), 23 de noviembre de 2000 (Ref. Aranzadi 2000\9622) y de 21 de diciembre de 2001 (Ref. Aranzadi 2002\10527).

preciso que el subcontratista acredite ninguna capacidad o solvencia específica para la realización de la prestación que se le subcontrata; y (iii) la imposibilidad de subcontratar con empresas incursas en causas de prohibición para contratar.

El Proyecto sustituye este régimen por otro notablemente más rígido, yendo mucho más allá de la disciplina incluida —con cierta prudencia— por la Directiva 2004/18/CE. El artículo 210.2.a) del Proyecto prevé que, si así se establece en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe y el nombre o perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica de esos subcontratistas.

Si tal exigencia no se ha establecido en el pliego o en el anuncio, y el adjudicatario pretende subcontratar parte de las prestaciones del contrato estará obligado a comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración su intención de celebrar subcontratos. En esa comunicación, deberá identificar al subcontratista y justificar suficientemente la aptitud de éste para ejecutar la prestación por referencia a elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. Si el subcontratista dispusiera de clasificación adecuada para realizar esa prestación será suficiente con su aportación.

Se introduce así, con carácter general, la exigencia de que deba acreditarse por el licitador o el contratista principal que sus subcontratistas disponen de la solvencia técnica o profesional suficiente para la ejecución de la prestación a realizar.

La regulación de la subcontratación se completa con la introducción de un régimen de penalidades, por infracción de las condiciones y requisitos a los que se ha hecho referencia, que pueden llegar hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato.

De esta nueva regulación, ha de valorarse positivamente que los licitadores deban incluir en su oferta los datos de los subcontratistas con quienes pretendan subcontratar parte del contrato al que licitan, pues permitirá que se seleccione a las empresas con la capacidad más adecuada para la ejecución del contrato desde una visión general previa. En este sentido, la valoración de las capacidades de los terceros subcontratistas en la fase de selección de las empresas permitirá garantizar la concurrencia y favorecerá el mejor cumplimiento del contrato.

Pero deben significarse también efectos menos positivos que esta reforma puede provocar. Una modifi-

cación como la introducida, de la que no se vislumbra una clara justificación, puede suponer un importante «freno» de la actividad económica en la que se desenvuelve la práctica habitual de los sectores empresariales que contratan con las Administraciones públicas. La extensión con carácter general del requisito de acreditar la solvencia de la que disponen los subcontratistas para realizar la parte del contrato que se les pretende subcontratar, puede constituir un obstáculo insalvable en muchos ámbitos, toda vez que eso supondrá tener que poner en manos de un tercero —el contratista principal—, que no deja de ser un competidor en el mercado, información confidencial y sensible de la empresa. Quizás deba replantearse si esta regulación no supone una intromisión en las relaciones privadas de las empresas, que excede del ámbito de regulación de la contratación pública.

En este sentido, hubiera sido deseable que el precepto distinguiera con nitidez los supuestos en los que la solvencia de los subcontratistas se valora en la fase de selección del contratista —por pretender beneficiarse el licitador de medios externos para acreditar su solvencia—, en los que ese régimen más rígido es plenamente coherente con el artículo 25 de la Directiva 2004/18/CE y la doctrina del TJCE; de aquéllos otros en los que el adjudicatario, una vez producida la adjudicación, subcontrata la ejecución de una parte de las prestaciones. En este segundo caso, la nueva regulación no parece justificada. No existen estudios que revelen con certeza que la problemática que surge en la ejecución de algunos contratos derive de una falta de solvencia de los subcontratistas, por lo que la necesidad de acreditar esas capacidades unido al régimen de penalidades que pueden imponerse al contratista principal por el incumplimiento de formalidades introducidas, puede provocar un efecto contrario al perseguido.

2 · ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROYECTO

2.1 · Ámbito subjetivo

La delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la regulación sobre contratos públicos ha sido, en los últimos años, uno de los aspectos donde se han producido mayor número de reformas de los textos normativos vigentes³. La causa principal ha

³ Cfr. Disposición Final Cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007;

sido la conflictividad generada por la incorrecta transposición de las Directivas comunitarias, según ha declarado en varias ocasiones el TJCE, tal y como se ha visto.

En ese contexto, una de las principales preocupaciones del Proyecto, según se anuncia en su Exposición de Motivos, es la de solventar, en cumplimiento del Derecho comunitario, la definición del ámbito subjetivo de aplicación de la futura Ley, con el fin de «no dejar entidades del sector público exentas de regulación» y abordar una «delimitación de los entes sujetos [...] en términos muy amplios». Destaca así, como principal novedad en la definición del ámbito subjetivo de aplicación, la modificación de la sistemática seguida hasta ahora en el TRLCAP.

En su artículo 2, el Proyecto establece que son contratos del sector público todos aquellos que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3. Asimismo, se prevé el sometimiento a la futura Ley, en ciertos supuestos, de los contratos celebrados por cualquier persona física o jurídica, cuando estén subvencionados por los entes pertenecientes al sector público, así como los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas, también en determinados casos.

En el elenco de entidades pertenecientes al sector público, contenido en el artículo 3 del Proyecto, se aprecia un ánimo de particular exhaustividad. Así, el apartado 1 de dicho artículo incluye dentro del concepto de sector público un extenso listado en el que, amén de la obligada referencia a las Administraciones públicas de base territorial, destacan las expresas menciones a: (i) las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; (ii) los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas —mención incluida, según la Memoria justificativa del Proyecto para «despejar posibles dudas»—, las Agencias Estatales y las denominadas «Administraciones independientes»; (iii) las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta de entidades del sector público sea superior al 50 por 100; (iv) los consorcios dotados de personalidad jurídica propia creados al amparo del artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («LRJPAC»)⁴; (v) las fundaciones en las que participe mayoritariamente de forma directa o indirecta una entidad del sector público; (vi) las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social⁵ y (vii) las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en cualquiera de los apartados anteriores.

Como cierre de esa lista, el Proyecto contiene en el apartado h) del artículo 3.1 una cláusula residual, por la que se incluye en el sector público a cualquier ente dotado de personalidad jurídica propia, que haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que un sujeto perteneciente al sector público financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. Esta cláusula de cierre se inspira directamente en el concepto de «*poder adjudicador*» construido por las Directivas comunitarias y la jurisprudencia del TJCE —hoy incluido en el apartado 9 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE—. La redacción de esta cláusula se aleja de uno de los aspectos que habían motivado los pronunciamientos de condena de la jurisprudencia comunitaria respecto de la legislación española: el carácter público o privado de la entidad de que se trate. La redacción de este apartado, como se ve, omite toda referencia a la naturaleza del ente que pueda resultar «*poder adjudicador*» —naturaleza pública o privada considerada como irrelevante por la jurisprudencia comunitaria— para afirmar su inclusión en el sector público úni-

Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública; y Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁴ El Comité Económico y Social, en su Dictamen 4/2006 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, consideró conveniente la necesidad de contemplar la futura aparición de nuevos tipos de entidades públicas. En particular, el Comité Económico y Social se refería a los llamados consorcios de cooperación interterritorial, respecto de los cuales se ha dado conocer en diversos círculos la existencia de un Anteproyecto de Ley. Dichos consorcios no estarían contemplados en el concepto tradicional del artículo 6.5 de la LRJPAC. En cualquier caso, sí podrían entenderse incluidos en el concepto de asociaciones constituidas por entes del sector público (apartado «i» del artículo 3.1 del Proyecto).

⁵ Cfr. en sentido crítico a la inclusión de dichas Mutualidades, J.M. Gimeno Feliú, «Observaciones al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y consecuencias del vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 18/2004», en Contratación Administrativa Práctica, 2006, núm. 52, págs. 33 a 46 (en pág. 37).

camente sobre la base del cumplimiento de los requisitos apuntados.

El artículo 3 del Proyecto incorpora, finalmente, dos apartados adicionales en los que, dentro de las entidades del sector público, se distingue cuáles son las que tienen carácter de Administraciones públicas y cuáles las que, sin considerarse Administraciones públicas, se calificarán como «*poderes adjudicadores*». En este aspecto, resulta particularmente llamativa la exclusión del concepto de Administración pública de las entidades públicas empresariales, toda vez que la LRJPAC —en precepto de carácter básico— sí las considera como tales⁶.

Debe indicarse que la sistemática aludida fue criticada parcialmente por el Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el entonces Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. En particular, el Alto Órgano Consultivo estimó que resultaba más ajustado a la Directiva 2004/18/CE el establecimiento de una cláusula «de cabecera» que definiese el concepto de poder adjudicador, en lugar de una cláusula «de cierre». A esa definición podría seguir una lista ejemplificativa y no exhaustiva de poderes adjudicadores, siguiendo así la sistemática del Derecho comunitario⁷.

Esta distinción entre Administraciones públicas y otras entidades es la que, a la postre, resulta esencial para establecer el grado de sometimiento de cada sujeto a la futura ley. Así, recogiendo la categorización clásica, el artículo 18 del Proyecto prevé que los contratos del sector público puedan ser administrativos o privados. Son administrativos, en términos semejantes a los previstos en el actual TRLCAP, los contratos celebrados por Administraciones públicas cuando se trate de contratos típicos definidos como tales por la ley; o contratos atípicos vinculados al giro o tráfico de la Administración. Por el contrario, son contratos privados todos aquellos que se celebren por «*poderes adjudicadores*» que no tengan el carácter de Administración pública o, teniendo ese carácter, que no cumplan los requisitos establecidos para calificarse de administrativos.

El Proyecto sigue también en este aspecto la sistemática del vigente TRLCAP y dispone que los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción ínte-

gramente por las disposiciones de Derecho administrativo y supletoriamente por el Derecho privado. Por el contrario, los contratos privados —siguiendo la concepción de los «*actos separables*»— se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación por las normas de contratación pública y de Derecho Administrativo (y supletoriamente por el Derecho privado) y, en cuanto a sus efectos y extinción, por el Derecho privado.

Esta clasificación, sin embargo, se ve matizada en el Proyecto por la incidencia de la nueva tipología establecida en torno a los «*contratos sujetos a regulación armonizada*», en cuanto contratos sometidos al Derecho comunitario y, por consiguiente, a un régimen singular respecto de los restantes contratos. Así, y en especial para los contratos privados celebrados por entidades que no tengan la consideración de Administración pública: (i) el artículo 174 del Proyecto prevé que, cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada, se aplicarán los preceptos relativos a la adjudicación de contratos administrativos, con algunos matices; y (ii) el artículo 175 del Proyecto prevé que, cuando se trate de contratos no sujetos a regulación armonizada, la adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación; y será necesario que el órgano competente haya adoptado unas instrucciones de ámbito interno a este efecto. Se configura así, con diversas novedades —como las aludidas instrucciones de ámbito interno—, un esquema similar al existente actualmente entre los artículos 2.1 y la Disposición Adicional sexta del TRLCAP.

Sobre esa delimitación, el artículo 21 del Proyecto regula la jurisdicción competente en materia de contratación administrativa e introduce una importante novedad que viene a aclarar una de las dudas surgidas en la práctica judicial a este respecto. Se trata de la atribución al orden civil de la competencia para conocer de los actos de preparación y adjudicación de los contratos privados que celebren entidades que no tengan la naturaleza de Administración pública, cuando aquéllos no estén sujetos a regulación armonizada⁸.

6 Cfr. J.M. Gimeno Feliú, op. cit., pág. 37.

7 En el mismo sentido que el Consejo de Estado se pronuncia J.M. Gimeno Feliú, op. cit., pág. 37.

8 La cuestión del orden jurisdiccional competente para conocer del cumplimiento de la actual Disposición Adicional sexta del TRLCAP (antecedente del artículo 175 del Proyecto) ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios en el orden civil y en el orden contencioso-administrativo. Así, en el sentido de considerar la competencia del orden civil, se pronuncian la

La delimitación del ámbito subjetivo del Proyecto se completa con una serie de Disposiciones Adicionales con la que se pretende establecer el régimen específico de diversas entidades singulares que, en nuestra historia reciente, han planteado algunos problemas en cuanto a su encuadre en la legislación de contratos públicos:

(i) La Disposición Adicional vigésima quinta establece que el régimen de contratación del Instituto Español de Comercio Exterior («ICEX»), la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales («SEPI»), el ente público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias será el previsto en la futura ley para las entidades públicas empresariales (esto es, el régimen de «*poderes adjudicadores*» que no tienen la consideración de Administraciones públicas, según el artículo 3.2 *in fine* del Proyecto).

La inclusión del ICEX en el ámbito subjetivo de la legislación de contratos públicos suscitó, bajo la vigencia de la antigua Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas («LCAP»), ciertas discrepancias en la Administra-

ción. Esas discrepancias motivaron el Dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1995 (Exp. nº 2718-1). En ese Dictamen, el Alto Cuerpo Consultivo se mostró favorable a la exclusión del ICEX del ámbito subjetivo de la entonces LCAP⁹. No obstante, tras la reforma del TRLCAP producida por la Ley 62/2003, que redefinió el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, podía ya entenderse incluido al ICEX en el grupo de entidades mencionadas en el vigente artículo 2.1. La Disposición Adicional vigésima quinta del Proyecto vendría así a clarificar esta cuestión, por la vía de la identificación del ICEX con las entidades públicas empresariales.

En lo que se refiere al ente público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, la novedad radica en su incorporación al régimen subjetivo de aplicación de la legislación de contratos públicos —por asimilación a las entidades públicas empresariales—, en oposición a su localización actual en la regulación sobre contratación en los sectores excluidos (Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones).

(ii) La Disposición Adicional trigésima se ocupa del régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima («TRAGSA»), entidad protagonista de cierta problemática surgida en torno a las consecuencias derivadas de la contratación pública y del Derecho de la competencia¹⁰. TRAGSA se encuentra configurada legalmente como un medio propio de la Administración, obligada con carácter exclusivo a realizar los trabajos que le puedan encomendar la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas o los organismos dependientes de éstas (artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

El Proyecto prevé en este punto la derogación del artículo 88 de la mencionada Ley 66/1997 y establece un régimen que, siguiendo la estructura de ese precepto, adapte TRAGSA a la nueva regulación de contratos del sector público. En líneas generales,

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 29 de julio de 2002 (Ref. Aranzadi 2003\102210); y las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de junio de 2004 (Ref. Aranzadi 2004\300697) y 21 de noviembre de 2002 (Ref. Aranzadi 2003\153451). Por el contrario, en el sentido de entender que el orden contencioso-administrativo es el competente, se pronuncian la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 12 de enero de 2001 (Ref. Aranzadi 2001\98171) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de junio de 2000 (Ref. Aranzadi 2000\293039). El Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1995 mencionaba expresamente la competencia de ese orden jurisdiccional para controlar el cumplimiento de dichos principios.

Por otra parte, la doctrina mayoritaria ha interpretado que, con la redacción vigente de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debe entenderse que la competencia corresponde en estos casos al orden civil (cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, en Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo, VV.AA., Madrid, 1999, pág. 85; y F. García Gómez de Mercado, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, VV.AA., Pamplona, 1999, pág. 107). Otro sector, aun aceptando que ésa es la interpretación que se deduce del tenor literal de la Ley, considera más acertada la opción del Anteproyecto de 1995 y aboga por una exégesis finalista que determine la inclusión de dichos actos en el ámbito de competencias del orden contencioso-administrativo (cfr. J. Leguina Villa, en Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón —directores—, Valladolid, 1999, págs. 56 y 57). En cualquier caso, téngase en cuenta que en el Dictamen del Consejo de Estado se propone suprimir esta atribución competencial al orden civil.

⁹ Con relación a estas cuestiones, cfr. A. Ruiz Ojeda (director) y otros, Derecho de la Contratación Pública y Regulada, Madrid, 2004, págs. 67 a 69.

¹⁰ C. Amoedo Souto identifica hasta ocho problemas del régimen jurídico de TRAGSA (cfr. C. Amoedo Souto, TRAGSA, Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo, Barcelona, 2004, págs. 89 a 162).

el Proyecto sigue considerando a TRAGSA como un medio propio de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, que, en lo que se refiere a su contratación, se considera como un «*poder adjudicador*» que no tiene carácter de Administración pública.

Conviene tener presente, a estos efectos, el conflicto más reciente suscitado en torno a TRAGSA a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo ante el TJCE sobre la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con el Derecho comunitario¹¹. En el proceso judicial comunitario, se han suscitado algunas dudas relevantes en este sentido por parte del Abogado General, que emitió sus Conclusiones en septiembre del pasado año. En especial, la Conclusiones del Abogado General han formulado la tesis de que TRAGSA, para ser considerada como medio propio de las Comunidades Autónomas, debería contar con una mayor participación de éstas en sus decisiones estratégicas¹².

2.2 · Ámbito objetivo: Tipos contractuales

En cuanto a la definición de los contratos típicos del sector público, la novedad más destacada es la que se refiere a la introducción de un nuevo contrato típico: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, definido en el artículo 11 del Proyecto. La Exposición de Motivos del Proyecto dedica un apartado específico a esta nueva figura contractual que se considera particularmente idónea para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de cierta indeterminación inicial, y en las que tendrá un papel destacado la financiación privada del proyecto.

Es conocido el creciente interés en los ordenamientos de nuestro entorno por la denominada «colaboración público-privada» o CPP, que incluso ha motivado la redacción de un Libro Verde al respecto por parte de la Comisión Europea¹³. Se ha subrayado que las fórmulas CPP resultan particularmente adecuadas cuando se trata de la construcción,

mantenimiento y explotación de infraestructuras vinculadas a sectores que, en principio, no son susceptibles de generar recursos económicos directos (hospitales o centros penitenciarios, por ejemplo)¹⁴. También se ha destacado su utilidad a los efectos de que el endeudamiento asociado a la construcción, mantenimiento y explotaciones de infraestructuras no compute en el déficit público y permita a las Administraciones públicas cumplir los objetivos de estabilidad presupuestaria¹⁵.

Parece que esta nueva figura contractual tiene por finalidad proporcionar un esquema contractual propio a este tipo de iniciativas que en la actualidad vienen sustanciándose a través de diversas fórmulas jurídicas: concesión de obras públicas; derechos de superficie junto a arrendamientos, etc.

La definición que contiene el Proyecto de esta figura se caracteriza por las siguientes notas:

(i) Son contratos que únicamente podrá celebrar una Administración pública y que se conciertan con una entidad de Derecho privado.

(ii) Su objeto viene constituido por la «*realización de una actuación global e integrada*» que comprenderá la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de servicios vinculados al interés general, así como alguna de las siguientes prestaciones: construcción de obras, gestión del mantenimiento de instalaciones complejas, fabricación de bienes y prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada, u otras prestaciones conectadas con el servicio o actuación de interés general que le haya encomendado la Administración¹⁶.

11 Autos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2005 (Ref. Aranzadi 2005\4119) y de 13 de junio de 2005 (Ref. Aranzadi 2005\150415).

12 Cfr. Conclusiones del Abogado General Sr. L.A. Geelhoed, presentadas el 28 de septiembre de 2006 en el asunto C-295/05, ASEMFO c. TRAGSA y Administración del Estado.

13 «Libro Verde sobre la colaboración-público privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones» [COM (2004) 327 final], presentado por la Comisión Europea el 30 de marzo de 2004 y accesible en la siguiente dirección de Internet: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l22012.htm>.

14 Cfr. Apartado 23 del Libro Verde ya mencionado, en el que se pone como ejemplo típico de este modelo la organización anglosajona PFI (Private Finance Initiative), como programa implantado por el Gobierno británico que permite la modernización de infraestructuras y que ha inspirado otras figuras como el «Betriebmodell» en Alemania.

15 Cfr. J.V. González García, «Contrato de colaboración público-privada», en Revista de Administración Pública, 2006, núm. 170, págs. 7 a 39; E. Arimany Lamoglia, «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales», en Cuadernos de Derecho local, 2006, núm. 11, págs. 23 a 37; y F. Uría Fernández, «Primeras impresiones en relación con el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público», en Diario La Ley, 2006, núm. 6435, págs. 1 a 6 (en pág. 4).

16 En su Dictamen sobre el Anteproyecto, el Comité Económico y Social se mostró crítico con esta definición del objeto del contrato de colaboración público-privada, considerando que debía realizarse un esfuerzo por delimitar con mayor nitidez sus contornos.

(iii) Se celebran por un tiempo determinado. Ese plazo se establecerá en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean.

(iv) La contraprestación que recibe el contratista se configura como un precio que habrá de satisfacer la Administración durante toda la duración del contrato y que puede estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento. El pago por objetivos parece orientarse así hacia fórmulas semejantes a los pagos por disponibilidad actualmente utilizados en determinadas fórmulas concesionales que posibiliten el traspaso de riesgos al contratista y la consiguiente exclusión del déficit público del endeudamiento anudado al contrato. Y ello, en especial, en aquellos contratos en que no existan unos usuarios finales que puedan abonar tarifas por la utilización de la infraestructura.

(v) La preparación de estos contratos tiene un régimen singular. En primer término es preciso llevar a cabo una evaluación previa sobre la necesidad de acudir a este contrato como consecuencia de la complejidad de su objeto. A la vista de los resultados de esa evaluación, el órgano de contratación ha de elaborar un programa funcional con los elementos básicos del contrato, con el fin de informar el diálogo con los contratistas (ya que la fórmula del diálogo competitivo —como nuevo procedimiento de adjudicación— se aplicará por norma general para este tipo de contratos).

(vi) El régimen jurídico del contrato viene determinado por las normas generales aplicables a todo contrato público y por las especiales del contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél. Todo ello, siempre que no se oponga a la naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar de la colaboración público-privada. Esta previsión tiene impacto en la determinación de la duración máxima de estos contratos, que se fija en veinte años con carácter general, salvo que el régimen aplicable sea el propio del contrato de concesión de obra pública.

Junto a la introducción de esta nueva figura contractual, existen otras novedades destacables con relación a los contratos típicos.

En primer término, el artículo 7 del Proyecto incluye una nueva definición del contrato de concesión de obra pública, que difiere de la actualmente contenida en el vigente artículo 220.1 del TRLCAP.

La diferencia más llamativa se refiere a la desaparición de la mención expresa del texto vigente a que la concesión de obra pública pueda consistir no sólo en la construcción y explotación de una obra, sino también solamente en su explotación. Con la redacción del artículo 7 del Proyecto, parece excluirse esa posibilidad. De ese modo, la explotación quedaría excluida de las notas caracterizadoras del objeto del contrato y de las obligaciones del contratista, si bien se mantendría en su vertiente de contraprestación total o parcial que recibe aquél.

En este sentido, la concepción del contrato de concesión de obra pública, en lo que atañe a la «*explotación*» de la obra, no ha sido pacífica. Tradicionalmente, se han producido ciertas dificultades para deslindar la concesión de obra pública del contrato de gestión de servicios públicos. Esa situación se ha producido principalmente por considerar que la fase de explotación de la obra no sería otra cosa distinta que la concatenación de un contrato de gestión de servicios públicos a un contrato de obra¹⁷. Sin embargo, cuando el legislador introdujo como contrato típico la concesión de obra pública en virtud de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, se siguió la opción de considerar que la explotación de una obra pública es algo diferente de la gestión de un servicio público. Conforme a esa concepción, «*explotar*» la obra pública forma parte de las prestaciones debidas por el contratista al servicio del interés general, sin que su único fin sea retribuir el coste de la obra. Esto es, la explotación no consistiría en el ejercicio de una actividad prestacional —como sí sucedería en el contrato de gestión de servicios públicos— e incorporaría obligaciones peculiares, como la llamada «*cláusula de progreso*» del artículo 244.4 del TRLCAP —el mantenimiento de la obra de conformidad con lo que en cada momento se deduzca del estado de la ciencia—¹⁸. Conviene advertir, no obstante, que esa cláusula de progreso se mantiene en el artículo 230.4 del Proyecto.

Los contratos centrados en la exclusiva explotación de una obra pública existente al quedar excluidos de la definición legal deberían reconducirse a otras

¹⁷ Un completo repaso sobre las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales a este respecto puede consultarse en F. Sanz Gandásegui, «El concepto de contrato de concesión de obra pública», en Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, A. Menéndez Menéndez (director), Madrid, 2003, págs. 95 a 99.

¹⁸ F. Sanz Gandásegui, op. cit., pág. 98.

figuras contractuales como el contrato de obras públicas, el propio de concesión de obras públicas si se entiende que puede existir construcción además de explotación e incluso al nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, con una estructura similar a la del actual contrato de concesión de obra pública, en cuanto al traslado de riesgos al contratista. No obstante, el encaje de esta figura en el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado podría presentar una dificultad, toda vez que, conforme al artículo 11.3 del Proyecto, en principio en estos contratos ha de existir un precio que la entidad contratante satisfará al contratista durante toda la duración del contrato. En la concesión de obra pública, según su estructura, puede no ser obligado que exista ese precio.

Otra de las novedades en la delimitación de los contratos típicos se encuentra en el artículo 10 del Proyecto. En él, para adaptarse a la tipología fijada en la normativa comunitaria, se definen de forma unitaria los contratos de servicios, suprimiendo la denominación vigente de este grupo de contratos como contratos de consultoría y asistencia, y de servicios. Así, la definición de estos contratos parte en el Proyecto de un concepto general por el que se califican como contratos de servicios todos aquellos que tengan por objeto prestaciones de hacer cuyo destinatario directo sea la entidad contratante. A los efectos de la aplicación de la futura ley, el Proyecto establece una serie de categorías para los contratos de servicios incluida como Anexo II.

Finalmente, aparece una modificación en lo que afecta al régimen de los contratos mixtos. Como es conocido, el artículo 6 del vigente TRLCAP se decantó por la «teoría de la absorción», de tal modo que, cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a varios contratos administrativos de distinta clase, se atenderá, «para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen», al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico¹⁹. El artículo 12 del Proyecto, al regular los contratos mixtos, limita esa absorción a las normas que deban aplicarse en la adjudicación del contrato. Esto es, en la adjudicación de los contratos mixtos se aplicarán las normas

que correspondan a la prestación económicamente más relevante. Nada se dice en el precepto respecto del régimen aplicable a los efectos y extinción, por lo que debe entenderse que los contratos mixtos se regirán por las disposiciones propias de cada tipo de prestación. Según se desprende del Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la Ley, se ha seguido esta opción con la finalidad de adecuarse al contenido de la Directiva 2004/18/CE, que contiene preceptos en este sentido, así como por la consideración de que la «teoría de la absorción» puede no dar respuesta adecuada a los problemas del régimen de un contrato mixto, siendo preferible la yuxtaposición de regímenes para cada prestación.

Por otra parte, en lo que se refiere a los contratos mixtos, el artículo 25.2 del Proyecto incluye una limitación relevante, como es la prohibición de fusionar en un contrato las prestaciones correspondientes a otros, a menos que éstas se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a un fin concreto.

3 · NOVEDADES EN LA ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR Y DE LA SOLVENCIA ECONÓMICA, FINANCIERA Y TÉCNICA O PROFESIONAL

Son numerosas las novedades que el Proyecto introduce en materia de requisitos para contratar con las Administraciones públicas, algunas de ellas derivadas de la transposición de la Directiva 2004/18/CE; otras de la voluntad de avanzar en la simplificación y racionalización de la gestión en la tramitación de los procedimientos de contratación. Algunas de las más significativas se refieren a continuación.

3.1 · Novedades relativas a la clasificación de los contratistas

La exigencia de clasificación vuelve a extenderse a los actualmente denominados contratos de consultoría y asistencia (artículo 196.2 del TRLCAP), que, como se ha visto, pasan a denominarse genéricamente «contratos de servicios». Siguen exceptuándose del requisito de la previa clasificación los contratos de servicios financieros, investigación y desarrollo, servicios jurídicos, los de esparcimiento, culturales y deportivos y la categoría residual de «otros servicios» prevista en el Anexo II del Proyecto.

¹⁹ Esta opción del vigente TRLCAP ha sido, en ocasiones, matizadamente cuestionada (cfr. Ministerio de Justicia, Ministerio de Fomento y Boletín Oficial del Estado, Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Madrid, 1997, pág. 72).

Se incrementa la cuantía a partir de la cual será exigible la clasificación para los contratos de obras, fijándose en 350.000 euros. Se mantiene la cifra de 120.000 euros para los contratos de servicios.

El plazo de vigencia de la clasificación pasa a ser indefinida —en lugar de la vigencia de dos años actual— en tanto que el empresario siga manteniendo las condiciones y circunstancias en las que se basó su otorgamiento. No obstante, para la conservación de la clasificación deberá justificarse anualmente el mantenimiento de la solvencia económica y financiera y, cada tres años, el de la solvencia técnica y profesional. Para esta justificación, el empresario deberá aportar la documentación que reglamentariamente se determine. Esta medida flexibiliza notablemente la tramitación de los expedientes de clasificación y será bien acogida por los empresarios que debían renovar periódicamente su clasificación como contratistas de obras o como empresas de servicios.

En cuanto al momento en el que debe acreditarse la clasificación, el Proyecto introduce una importante novedad. Conforme al marco normativo actual y a la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que lo interpreta, la acreditación de la clasificación exigida en el pliego debe realizarse en el acto de apertura y calificación de la documentación administrativa por la Mesa de contratación, considerándose su falta de aportación un defecto o error material no subsanable, razón por la cual —su no aportación en ese momento— se considera causa de exclusión de la licitación.

Ese régimen es modificado por el Proyecto al permitir que las empresas que se encuentren en trámite de obtener la clasificación puedan aportar el certificado en el plazo de subsanación de defectos u omisiones en la documentación, siempre que haya aportado con la documentación el documento acreditativo de haber presentado la correspondiente solicitud. Esta modificación no altera la necesidad de la vigencia de la clasificación en el momento de la adjudicación del contrato, al propio tiempo que aparece como una novedad más respetuosa con los principios de igualdad y concurrencia.

3.2 · La acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional a través de la capacidad de otras entidades

La Directiva 2004/18/CE ha recogido la consolidada doctrina del TJCE sobre la posibilidad de que los licitadores puedan valerse de las capacidades de terceros para acreditar su solvencia económica, finan-

ciera y técnica o profesional. En concreto, esta doctrina hace referencia a dos supuestos distintos: (i) la posibilidad de que cualquiera de las empresas de un grupo —sin limitación a que sea la empresa dominante o matriz, como está definido en el actual artículo 15.1 segundo párrafo del TRLCAP— puedan beneficiarse de la solvencia del resto; y (ii) la utilización de los medios de las entidades con las que se pretende subcontratar parte de las prestaciones objeto del contrato. Particular interés reviste en este sentido la Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004 (Siemens AG), en la que se afirma:

«A este respecto, debe recordarse que la Directiva 92/50, cuyo objeto es eliminar los obstáculos a la libre circulación de servicios con motivo de la adjudicación de contratos públicos de servicios, prevé expresamente, en su artículo 25, la posibilidad de que el licitador subcontrate a terceros una parte del contrato, ya que esta norma dispone que la entidad adjudicadora podrá exigir al licitador que mencione en su oferta la parte de dicho contrato que se proponga subcontratar. Además, en cuanto a los criterios de selección cualitativa, el artículo 32, apartado 2, letras c) y h), de dicha Directiva establece expresamente la posibilidad de justificar la capacidad técnica del prestador de servicios mediante la descripción del equipo técnico o de los organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa del prestatario, de los que éste disponga para la realización del servicio, o incluso mediante la indicación de la parte del contrato que, en su caso, se proponga subcontratar».

Los artículos 47.2 —capacidad económica y financiera— y 48.3 —capacidad técnica y profesional— de la Directiva 2004/18/CE, regulan de forma muy similar la posibilidad de que, para un determinado contrato, los licitadores puedan basarse en las capacidades de otras entidades —con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas— para acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional. Ambos preceptos establecen que el licitador deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato, indicando, a modo de ejemplo, que a tal fin será suficiente la presentación del compromiso de dichas entidades de poner a disposición del licitador los medios necesarios.

Estas previsiones encuentran su adaptación al Derecho interno, con carácter general, en el artículo 52 del Proyecto titulado «integración de la solvencia con medios externos». El precepto establece que «[P]ara acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse

en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que se demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios». Debe interpretarse que el precepto se refiere tanto a la solvencia económica y financiera como a la solvencia técnica y profesional, pues así se establece en la Directiva 2004/18/CE. No obstante, en el artículo 64 del Proyecto, al establecer los concretos medios para acreditar la solvencia económica y financiera, no se menciona la posibilidad de que esos medios puedan pertenecer a entidades independientes del licitador. Sería deseable, para evitar errores de aplicación del precepto, que contuviera expresamente esa posibilidad en los términos previstos en la Directiva.

Los artículos 65, 66 y 67 del Proyecto, al regular los medios mediante los cuales puede acreditarse la solvencia técnica o profesional, respectivamente, en los contratos de obras, suministros y servicios, permite que los medios técnicos de los que se disponga para la ejecución del contrato puedan estar o no integrados en la empresa licitadora. Sin embargo, estos preceptos no recogen la misma posibilidad respecto del criterio de la experiencia, lo que podría llegar a ser considerado contrario a la doctrina del TJCE.

4 · PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN. PROPOSICIÓN DE OFERTAS Y CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

4.1 · El diálogo competitivo

Después de regular los procedimientos abierto, restringido y negociado, el Proyecto introduce una nueva figura de adjudicación: el diálogo competitivo²⁰.

Aunque las primeras referencias en el ámbito comunitario son anteriores a 2004, ese año la Comisión Europea, en el mencionado «Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones», puso de manifiesto la necesidad de contar con un método de selección abierto y flexible, que permitiese a los propios licitadores colaborar con la Administración en la definición del contrato. Este tipo de relación resulta muy conveniente para la preparación de ciertos contratos cuya complejidad técnica hace muy difícil que la Administración pueda definir, anticipadamente y

con detalle, las características técnicas del producto o servicio demandados —ej. redes informáticas de gran tamaño, proyectos que requieran financiación compleja y estructurada, etc.—. Como ha manifestado gráficamente la Comisión Europea, el diálogo competitivo es un procedimiento pensado para supuestos en los cuales «los compradores saben cuáles son sus necesidades pero no saben previamente cuál es la mejor técnica para satisfacerlas»²¹.

De este modo, siguiendo con lo previsto en la Directiva 2004/18/CE, el Proyecto regula el diálogo competitivo como un procedimiento que deberá aplicarse en aquellos contratos «particularmente complejos» en los que el órgano de contratación considere que no es posible acudir al procedimiento abierto o al restringido.

El procedimiento se desarrolla en las siguientes fases:

(i) *Publicación del anuncio de licitación*: Los órganos de contratación darán a conocer sus necesidades y requisitos a través de un anuncio de licitación, o mediante un «documento descriptivo», que estará a disposición de los interesados.

(ii) *Selección de los interesados*: Serán de aplicación las normas del procedimiento restringido, sin que el número de empresas seleccionadas pueda ser menor de tres.

(iii) *Invitación a las empresas seleccionadas a tomar parte en el diálogo competitivo*: Los órganos de contratación deberán remitir una invitación para dialogar a las empresas seleccionadas.

(iv) *Diálogo competitivo*: A través de este diálogo el órgano de contratación definirá los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. Una vez que el órgano de contratación haya sido capaz de determinar las soluciones que responden a sus necesidades declarará cerrado el diálogo e invitará a los participantes a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones alcanzadas.

(v) *Presentación y examen de las ofertas*: Que serán evaluadas en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo.

20 F. Uría Fernández, op. cit., pág. 2.

21 «Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 1998: La contratación pública en la Unión Europea» [COM (1998) 143 final].

La regulación del diálogo competitivo contenida en el Proyecto hace surgir ciertas dudas sobre los efectos y ámbito de aplicación que en la realidad tendrá este procedimiento de selección. Entre otras cuestiones, se ha objetado que el hecho de que todo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado deba ser tramitado conforme a este procedimiento puede resultar una carga injustificadamente onerosa.

4.2 · Supresión de la denominación tradicional de las formas de adjudicación

El nuevo Proyecto trae consigo la desaparición de la denominación tradicional de las formas de adjudicación históricamente aplicadas en la contratación pública, el *concurso* y la *subasta* (hoy recogidas en el artículo 74 del TRLCAP), adaptándose así a la terminología de la Directiva 2004/18/CE. En el sentido que se define en la Directiva, el Proyecto distingue dos formas de adjudicación:

- (i) Aquélla en la que, para seleccionar al adjudicatario del contrato, hay más de un criterio de valoración (concurso).
- (ii) La que utiliza sólo un criterio, que debe ser el del precio más bajo (subasta).

En ambos casos el contrato debe ser adjudicado —al menos provisionalmente— al licitador que haya presentado la oferta que resulte «económicamente más ventajosa». En el caso de que no haya más criterio de selección que el precio, la oferta económicamente más ventajosa será aquella que incorpore el precio más bajo.

De forma similar al actual TRLCAP, el Proyecto, en su artículo 134.3, enumera qué contratos deberán ser adjudicados valorando necesariamente más de un criterio y cuáles serán adjudicados atendiendo únicamente al criterio del precio más bajo.

En cuanto a la facultad de declarar desierta la licitación, el Proyecto dispone que dicha declaración no será posible cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el Pliego (artículo 135.1).

4.3 · Limitaciones a la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas

Otra de las novedades del Proyecto es la prohibición de que *empresas vinculadas* presenten proposiciones diferentes a un mismo procedimiento (artículo 129.4). Se consideran «empresas vinculadas»

aquéllas que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

Esta prohibición, que no figuraba en el texto del Anteproyecto —lo cual fue objeto de reproche por parte del Consejo de Estado—, pone fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal existente sobre si en la actualidad el TRLCAP permite dichas proposiciones simultáneas.

Bajo el actual TRLCAP sólo se prohíbe expresamente la formulación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas en el contrato de concesión de obras públicas (artículo 234.4). En los demás contratos cabría entender que la formulación de propuestas es posible, pues el TRLCAP parece admitirlas implícitamente al regular ciertos aspectos relacionados con la apreciación del carácter temerario de las bajas (artículo 83.3)²². Según esta interpretación, sostenida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa²³, la regulación existente únicamente conduce a la exclusión de ofertas de empresas vinculadas *a los solos efectos de determinación de la media aritmética* de las ofertas, pero ello no implica que a dichas ofertas se les excluya de la licitación. Sin embargo, esta interpretación no ha sido siempre acogida por los Tribunales que han conocido de supuestos como el que se plantea²⁴, de ahí que es de agradecer que el nuevo texto ponga fin a la situación de inseguridad jurídica existente hasta ahora.

4.4 · Aspectos novedosos en los criterios de valoración de las ofertas y forma de expresión en el pliego

Como resultado de su transposición al ámbito interno, el Proyecto añade dos nuevos criterios de inspi-

²² En concreto, el artículo citado considera que para apreciar el carácter desproporcionado o temerario de las bajas «no podrán ser consideradas las diversas proposiciones que se formulen individualmente por sociedades pertenecientes a un mismo grupo».

²³ Informes 27/05, de 29 de junio de 2005, y 32/05, de 26 de octubre.

²⁴ Cfr. sentencias del TSJ de Navarra, de 31 de enero de 2001 [Ref. Aranzadi 83358], del TSJ de Valencia, de 10 de noviembre de 2001 [Ref. Aranzadi 2002\41306] y del TSJ de Castilla y León, de 15 de julio de 2003 [Ref. Aranzadi 2004\232874], entre otras. En las dos últimas sentencias, las proposiciones simultáneas no habían sido presentadas por «empresas vinculadas», sino por la sociedad y uno de sus socios (persona física). No obstante, el razonamiento seguido por los Tribunales en ambos casos permite incluir las sentencias, por analogía, dentro de esta corriente jurisprudencial.

ración comunitaria a los parámetros objetivos que tradicionalmente han servido para adjudicar un contrato público (hoy recogidos en el artículo 86.1 del TRLCAP): el valor de las características medioambientales y sociales incluidas en la propuesta.

Estos nuevos criterios no persiguen maximizar la utilidad pública procedente de los bienes o servicios contratados *en cuanto tales*, sino que atienden a beneficios indirectos que pueden derivarse de la relación contractual (como la escasa incidencia contaminante de una propuesta, o la utilidad que de ella se derive para ciertos sectores de la población en particular). Como acertadamente se ha indicado, con este sistema se persigue que, a través de la contratación pública, los poderes públicos realicen una política de intervención en la vida económica, social y política del país²⁵.

Por ello, esta tendencia a valorar el efecto global del contrato administrativo ha sido recibida de forma muy favorable en general. No obstante, sin negar los efectos beneficiosos que cabe esperar de su aplicación, la Unión Europea ha hecho especial hincapié en que deben tenerse presentes los límites y condicionantes impuestos por el TJCE para el uso de esta política. La jurisprudencia del TJCE en lo referente al empleo de los criterios medioambientales o sociales²⁶ incide en que, si bien su inclusión en los contratos públicos puede resultar valiosa, ello no puede servir para ignorar los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación. Por eso, la referencia a este tipo de criterios debe quedar vinculada en todo caso al objeto del contrato, sin otorgar al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, al socaire de esas políticas medioambientales y sociales.

Con tal motivo, la primitiva redacción del Anteproyecto (que se limitaba a incluir una referencia a «*las características medioambientales o sociales*») ha sido sustituida en el Proyecto por una más matizada que, particularmente en el caso de las características sociales, especifica que éstas sólo podrán ser valoradas cuando incidan directamente en los

usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar²⁷.

En cuanto a cómo deben determinarse los criterios de adjudicación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la regla general es la de que se dará preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato, que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos (artículo 134.2).

Para aquellos criterios cuya cuantificación no pueda ser realizada la mera aplicación de fórmulas, por basarse en juicios de valor subjetivos, el Proyecto prevé que deberá constituirse un comité formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, que evaluará las ofertas.

4.5 · Adjudicación provisional y definitiva del contrato. Perfección del contrato

Una de las principales novedades es que el Proyecto retoma la antigua figura de la adjudicación provisional y definitiva. Se desdobra así la adjudicación del contrato en dos fases, de modo que:

(i) En primer lugar se acuerda la *adjudicación provisional* del contrato, que deberá notificarse a los candidatos y publicarse en el perfil de contratante del órgano de contratación. Cuando el único criterio a valorar sea el precio, la adjudicación provisional deberá recaer dentro de los quince días siguientes a la apertura de proposiciones. Cuando deba ser tenido en cuenta más de un criterio, el plazo será de dos meses (reduciendo así un mes el plazo actualmente previsto), salvo que se hubiere establecido otro plazo en el Pliego (artículo 145).

(ii) Tras ser notificada esta adjudicación provisional, deben mediar al menos quince días hábiles, durante los cuales, el adjudicatario deberá presentar la documentación exigida en el Pliego.

25 J.M. Gimeno Feliú, op. cit., pág. 34.

26 En este sentido, sentencias del TJCE de 21 de septiembre de 1988 (asunto 31/87, Gebroeders Beentjes Bv contra el Estado de los Países Bajos,) y de 17 de septiembre de 2002 (asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki y HKL-Bussiliikenne), entre otras.

27 En concreto, de la parca referencia del Anteproyecto a las características sociales, se ha pasado a la prolija redacción del artículo 134.1 del Proyecto, que actualmente alude a las «características (...) vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar...».

Asimismo, en el caso de los contratos sujetos a regulación armonizada, durante los primeros diez días hábiles será posible que los licitadores recurran la adjudicación provisional mediante el recurso especial en materia de contratación descrito en el epígrafe 1.2. En caso de interponerse el recurso la tramitación del expediente de contratación quedará en suspenso hasta que se resuelva expresamente ese recurso. La exigencia de introducir este recurso es, en realidad, el principal motivo por el cual el Proyecto desdobra la adjudicación en dos fases, provisional y definitiva.

(iii) Tras este plazo, y siempre que el adjudicatario haya presentado la documentación exigible, la *adjudicación* debe elevarse a *definitiva* dentro de los diez días hábiles siguientes. En este momento se entiende que quedan perfeccionados los contratos de las Administraciones Públicas, y los sujetos a regulación armonizada (artículo 27.1).

(iv) En el caso de que no se lleve a cabo la adjudicación definitiva del contrato a favor del adjudicatario provisional por no cumplir éste las con-

diciones necesarias para ello, será posible efectuar una *nueva adjudicación provisional* a favor del licitador siguiente, que deberá aportar la documentación requerida en el plazo de diez días.

5 · Conclusión

Es previsible —y en algunos aspectos deseable— que el Proyecto sufra modificaciones durante su tramitación parlamentaria, en la que, sin duda, se abrirá un amplio debate sobre la reforma proyectada. Algunos de esos aspectos se han dejado apuntados en estas páginas. Especial importancia reviste en este sentido que la Comisión Europea ha trasladado a las autoridades españolas sus primeras observaciones sobre el Proyecto, en cuanto a la transposición de la Directiva 2004/18/CE se refiere. En ese documento se llama la atención sobre la insuficiente o incorrecta transposición, entre otros aspectos importantes, de la definición de organismo de Derecho público, el recurso administrativo especial en materia de contratación, la definición de los contratos, los contratos mixtos, la solvencia económica, financiera y técnica, los criterios de adjudicación o la subcontratación.