

MÓDULO 2

ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. ACTUACIONES PREPARATORIAS DEL CONTRATO¹

Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

- 2.1. *La Administración contratante*
- 2.2. *El empresario contratista.*
- 2.3. *Objeto, precio y cuantía. Las garantías de los contratos.*
- 2.4. *Actuaciones preparatorias. El expediente de contratación.*

2.1. LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE.

§ 29. La potestad de contratar entraña un poder formidable del sector público del que dependen en buena medida una serie de empresas. Si la contratación pública representa, como se dice en documentos de la Comisión Europea, más del 15% del PIB comunitario se comprende la importancia que tiene la realización de la contratación de acuerdo con normas de transparencia, igualdad, no discriminación, etc.

Pues bien, un elemento clave a ese respecto es la determinación del órgano u órganos en los que se residencia la potestad contractual que tanta incidencia tiene en la vida económica. Puede parecer que la determinación del **órgano de contratación** es una cuestión típica de organización y que, por tanto, debe ser dejada a la autonomía de cada una de las Administraciones públicas sin que el Estado tenga que meterse demasiado en esas cuestiones que deben resolverse a nivel autonómico o local cuando proceda.

No puede perderse de vista, en todo caso, que el título estatal para abordar la regulación de los contratos es el artículo 149.1.18 CE que sólo le permite al Estado dictar las bases de la materia. Ello explica que en los artículos 51 a 53 del TRLCSP se establezcan los **criterios generales** que se han de aplicar en todas las entidades del sector público en cuanto a la determinación del órgano de contratación. Criterios generales que en realidad lo que hacen es dejar a la norma legal –o por remisión de ésta a la norma reglamentaria– la determinación de los órganos de contratación. En definitiva, la garantía es la exigencia de Ley o en su caso reglamento, en la determinación del órgano de contratación.

¹ Revisado a febrero 2013.

Sin embargo, el propio TRLCSP actúa de otra forma cuando se refiere a la **Administración General del Estado**, pues en ese caso no tiene por qué limitarse a lo básico, sino que regula sin limitaciones toda la materia contractual del Estado en su dimensión central. Lo mismo ocurre, en cierto modo, con las **Corporaciones locales** respecto de las que, además del título de bases de la contratación, tiene el título de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas dentro del artículo 149.1.18ª CE.

Eso explica que el TRLCSP contenga previsiones sobre el órgano de contratación para todas las Administraciones en el Libro II, Título I, Capítulo I; otras referidas solamente a la Administración General del Estado en el Libro V, Título I (artículos 316 a 318 y 320 a 323), y otras referidas a las Corporaciones locales a las que se dedica la disposición adicional segunda del TRLCSP².

§ 30. El TRLCSP pretende **regular en positivo el ejercicio de la potestad de contratación** pretendiendo que la contratación sirva para sus fines normales y estableciendo las previsiones que hagan que la potestad para contratar sirva a su fin de forma que una regulación en positivo de tal potestad conjure el uso torcido de la misma.

El TRLCSP dedica tres artículos al órgano de contratación dentro del Título II (las partes en el contrato) del Libro I –artículos 51 a 53–. Se trata de determinar no ya quién es el ente del sector público que contrata, sino quién es el **concreto órgano** que dentro de cada ente tiene la competencia para contratar.

La regla del artículo 51 consiste aquí en ratificar el principio de legalidad en cuanto que el órgano competente para contratar será el que tenga **atribuida la competencia** por norma de “rango legal o reglamentaria o disposición estatutaria”. Es lógica la remisión a norma reglamentaria o estatutaria (estatutos de entidades públicas empresariales, etc.) pero no hubiera estado de más una mención a que esas previsiones se hagan de acuerdo con la Ley.

En todo caso se prevé que la competencia puede ser **objeto de delegación o desconcentración**.

² Con respecto a las Corporaciones Locales, la disposición adicional segunda del TRLCSP establece algunas previsiones que tratan de reservar el poder al Alcalde y Presidentes de las Corporaciones en materia de contratación en determinados supuestos, y de garantizar al Pleno de la Corporación los contratos de mayor importancia.

Sobre el órgano de contratación en el TRLCSP, al margen de lo que luego se verá para el propio Estado –en que la Ley es más concreta–, no se dice mucho más. No obstante contiene dos previsiones novedosas que tienen que ver con el órgano contratante.

La primera consiste en la previsión de un **responsable del contrato** al que corresponde supervisar la ejecución y dictar las instrucciones necesarias para su correcta realización (art. 52 TRLCSP).

La segunda consiste en la obligación para los órganos contratantes de difundir por Internet lo que el TRLCSP denomina el “**perfil del contratante**”. En tal perfil, además de informaciones relativas a la actividad contractual del órgano contratante, se dispone que, en todo caso, deberá publicarse la adjudicación de los contratos.

Además de los contenidos obligatorios que han de incluirse en el perfil del contratante, la inclusión de determinadas informaciones puede permitir flexibilizar trámites o plazos (art. 191 TRLCSP) como más adelante se verá.

§ 31. El TRLCSP establece, en el caso de la **Administración del Estado y de su sector público**, reglas más precisas en el Título I del Libro V, que pueden ser alteradas también mediante las técnicas de delegación o desconcentración, pero si no lo son (o si no hay una norma especial que disponga otra cosa) los órganos de contratación originarios en los Ministerios son los **Ministros y los Secretarios de Estado** (art. 316 TRLCSP).

Es decir, que el TRLCSP en lo que se refiere a la Administración del Estado sí establece los órganos de contratación, pues aquí no está limitada por el carácter básico de su competencia que sólo opera respecto de las Comunidades Autónomas. También se contienen previsiones específicas en relación con los organismos autónomos, agencias, entidades públicas empresariales y, en general, todo tipo de entidades públicas estatales.

Una previsión de importancia es la referente a la posibilidad de constituir **Juntas de Contratación** (art. 316.4) para actuar como órganos de contratación para obras determinadas que no se consideran importantes; así, por ejemplo, en el TRLCSP se remite a las obras del artículo 122.1 b) y c) (Obras de reparación simple, restauración o rehabilitación y Obras de conservación y mantenimiento) para establecer la posible competencia de las Juntas de Contratación; juntas que no son de constitución obligatoria pero cuya creación está prevista en el TRLCSP excepcionando la competencia normal de contratación de Ministros y Secretarios de Estado³.

³ Por ejemplo, la [Orden FOM/437/2013, de 8 de marzo, por la que se regula la Junta de Contratación del Ministerio de Fomento](#).

Otro supuesto singular en la atribución de la competencia para contratar se da en los casos de **contratación centralizada** en la que se atribuye a un solo órgano, en el caso de la Administración General del Estado, al Director General de Patrimonio (art. 206 y 316.3 TRLCSP)⁴

Si las previsiones hasta ahora vistas permiten modificar el órgano de contratación, hay otras previsiones que, sin cambiar la competencia para contratar, añaden requisitos e intervenciones adicionales. Así se necesita una **autorización del Consejo de Ministros** para los contratos de cuantía igual o superior a doce millones de euros, entre otros supuestos (artículo 317 TRLCSP)⁵.

Como mecanismo de asistencia se prevé que las órganos de contratación estén auxiliados en determinados casos por **Mesas de Contratación** que serán las que hagan la valoración de las ofertas (art. 323 TRLCSP)⁶.

Finalmente debe señalarse la existencia de órganos consultivos en materia de contratación, tanto a nivel estatal, como es el caso de la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado** con competencia para evacuar consultas, proponer reformas o formular recomendaciones pertinentes (art. 324 TRLCSP)⁷, como a nivel autonómico (en todas las Comunidades menos Asturias y Castilla La Mancha) que ejercerán su labor consultiva en relación con la contratación de las Administraciones autonómicas, de los organismos y entidades dependientes o vinculados a las mismas y,

⁴ Se trata de supuestos en los que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas declara de contratación centralizada los suministros, obras y servicios que se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas por los diferentes órganos y organismos. La contratación de estos suministros, obras o servicios debe efectuarse a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado, que operará, respecto de ellos, como central de contratación única si bien la financiación de los correspondientes contratos, correrá a cargo del organismo peticionario.

⁵ Se refiere a la contratación de los departamentos ministeriales, organismos autónomos, Agencias Estatales y entidades de derecho público estatales, así como los de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, en los supuestos siguientes:

- a) Cuando el valor estimado del contrato sea igual o superior a doce millones de euros.
- b) En los contratos de carácter plurianual.
- c) Cuando el pago de los contratos se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y el número de anualidades supere cuatro años.

⁶ A nivel estatal se prevé en los procedimientos abiertos y restringidos y en los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el artículo 177.1, cuando no intervenga una junta de contratación. La mesa estará compuesta por un presidente y un secretario, junto a los vocales que reglamentariamente se determinen que serán todos ellos designados por el órgano de contratación.

⁷ La página web de la Junta Consultiva contiene mucha información relevante en materia de contratación, entre otra, una base de datos de sus informes que sientan doctrina dentro de la Administración General del Estado. <http://www.minhap.gob.es/ES/Servicios/Contratacion/Junta%20de%20Contratacion/Paginas/Junta%20de%20Contratacion.aspx>

de establecerse así en sus normas reguladoras, de las entidades locales (art. 325 TRLCSP).

§ 32. El esquema hasta ahora descrito del órgano de contratación por lo que respecta a la Administración General del Estado es extrapolable a los demás niveles territoriales de la Administración. Como se ha indicado el TRLCSP no puede entrar en la concreción de cuáles deben ser los órganos de contratación a nivel autonómico ya que la competencia estatal en materia de contratación se limita a las bases (art. 149.18ª CE). Por lo tanto será necesario acudir a la Ley sobre contratación pública autonómica correspondiente para conocer las reglas y criterios que se sigue en cada Comunidad Autónoma con respecto a la contratación.

En el caso de la Administración Local debe atenderse a lo dispuestos en la disposición adicional segunda del TRLCSP así como al desarrollo en la LBRL. En este caso, el TRLCSP se adentra en la concreción de los aspectos generales de los órganos de contratación a nivel local aplicando el artículo 149.1.18ª CE pero en lo que se refiere a la competencia estatal básica sobre la determinación del régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Así establece que corresponde a los Alcaldes y Presidentes de las Entidades la competencia para contratar con carácter general. En los municipios de gran población dicha competencia se ejerce por la Junta de Gobierno Local.

2.2. EL EMPRESARIO CONTRATISTA.

§ 33. La regulación en el TRLCSP de las condiciones que debe reunir la parte que contrata o **contratista** con el sector público constituye una de las características diferenciales más notables respecto a la regulación civil de los contratos. Como es lógico el sector público no debe contratar con quién no ofrezca garantías de que está en condiciones legales y técnicas de cumplir con sus obligaciones. De ahí la fórmula que establece el artículo 54 del TRLCSP exigiendo condiciones de aptitud que se mueven en múltiples direcciones y tienen diversas consecuencias: *«Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas».*

En dicho artículo se contienen de forma sintética todas las exigencias que se desarrollan más adelante, que son **capacidad y solvencia**, a las que se añaden otras más singulares del ámbito público que tienen que ver con las **prohibiciones de contratar** y la **clasificación** del contratista.

Una condición más debe añadirse: la exclusión por incompatibilidad de quienes hubieran **participado en la elaboración** de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras (art. 56 TRLCSP).

§ 34. En cuanto a la **capacidad de obrar** es una regla general y común a todo contrato, pero que tiene alguna especialidad en el sector público.

Para empezar, por lo que respecta a la **personalidad**, en el caso de las personas jurídicas se dispone de manera que especifica que no pueden ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones no estén comprendidas dentro de los fines, objetos o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos, les sean propios (art. 57 TRLCSP).

En segundo lugar, con respecto a la **nacionalidad**, con carácter general es posible contratar con personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar. En el caso de empresas no comunitarias de terceros Estados se debe acompañar un informe de reciprocidad emitido por la Misión Diplomática Permanente española en el país de origen que acredite que admite la participación de empresas españolas en la contratación pública, y asimismo deben contar con una sucursal abierta en España con representantes o apoderados (art. 55 TRLCSP). En el caso de empresas de otros Estados miembros de la UE basta con acreditar que se trata de una empresa legalmente constituida en su país de origen (art. 58 TRLCSP).

Finalmente frente a la exigencia de capacidad de las personas jurídicas, y en aras de favorecer la concurrencia, se da una solución a las uniones de empresas que pueden estar interesadas en concurrir conjuntamente a una licitación creando una **unión temporal de empresas**, que no es necesario constituir formalmente hasta que hayan resultado adjudicatarias (artículo 59 del TRLCSP)

§ 35. La regulación más relevante es, sin duda, la relativa a las **prohibiciones de contratar** que se establecen desde el mismo TRLCSP y cuya inobservancia determina la nulidad del contrato a tenor del artículo 32. b) del TRLCSP.

La capacidad de obrar

Las prohibiciones de contratar



El extenso artículo 60 del TRLCSP recoge en sus tres números los supuestos concretos que impiden contratar con la Administración que desarrolla a lo largo de hasta doce supuestos, las prohibiciones de contratar a que se refiere la Ley.

No se trata aquí de reproducir todos los supuestos que figuran en el TRLCSP, pero sí de señalar cómo tales prohibiciones tienen que ver:

a) con la **falta de honorabilidad** de los eventuales empresas contratistas:

- *«Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente (...)»* [art. 60 a) TRLCSP]
- *«Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales* [art. 60 c TRLCSP]
- *«Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 130.1.c o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia (...)»* [art. 60 e) TRLCSP].

b) o con la **falta de solvencia**;

- *«Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas»* [art. 60 b) TRLCSP].

c) o con el **incumplimiento de obligaciones de tributarias** o de pago a la seguridad social no por ser indicativo de falta de solvencia sino por sí mismo (*«No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen»*) [art. 60 d) TRLCSP].

d) o con **conflictos de intereses** en relación con la legislación de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos [art. 60 f) y g) TRLCSP].

- e) o con el **incumplimiento de sus obligaciones contractuales** con ocasión de un contrato anterior dando lugar a la resolución del contrato o haber retirado su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, etc. [art. 60.2 a) y e) TRLCSP].

Por último, debe tenerse en cuenta con respecto a la prohibición de contratar que existe un régimen minucioso sobre su consideración y efectos ya que puede apreciarse directamente por el órgano de contratación o bien que sea necesaria una declaración previa (art. 61 TRLCSP). La prohibición de contratar impide el acceso al contrato como licitador, pero en el caso de que se produzca de forma sobrevenida cuando el contrato se ha formalizado y se encuentra en su ejecución determina su nulidad inmediata [art. 32 b) TRLCSP].

La solvencia

§ 36. Con independencia de la capacidad y de las prohibiciones existe la obligación de acreditar y exigir la verificación de **la solvencia del licitador**. Solvencia que se refiere a varias vertientes: solvencia económica y financiera y profesional o técnica. El requisito de solvencia se sustituye por el de la clasificación del contratista cuando se exija de acuerdo con lo dispuesto en el TRLCSP (art. 62.1).

En el caso de que no se exija clasificación, la solvencia en sus distintas vertientes se **acredita de forma individualizada** de acuerdo con las previsiones de los artículos 74 a 79 del TRLCSP. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo⁸.

Básicamente se trata de aportar, en función del **tipo de solvencia** de que se trate, los documentos y relaciones que acrediten las obras o contratos realizados, los técnicos con los que cuenta, las declaraciones de las entidades financieras, las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil, etc.

El TRLCSP distingue **según el tipo de contrato** (obras, suministro, servicios y otros contratos) la forma de acreditar la solvencia técnica para cada uno de ellos, sin perjuicio de la concreción que se haga en los correspondientes pliegos del contrato.

⁸ Para 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 demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.

Es posible acreditar la solvencia a través de medios de terceros, cuando se vaya a recurrir a éstos como subcontratistas, en cuyo caso debe demostrarse, independientemente de la naturaleza jurídica del vínculo que se tenga con ellos, que para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios (art. 63 TRLCSP).

§ 37. **La clasificación** del contratista permite tener constancia de la solvencia del contratista de forma directiva y permanente, ya que ha acreditado dicha solvencia anteriormente⁹.

La clasificación es **obligatoria** en algunos supuestos como dispone el artículo 65 TRLCSP para las Administraciones Públicas respecto de los contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros¹⁰. Sin embargo para las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública la exigencia de clasificación de los contratistas es facultativa pues el artículo 65.5 prevé que *«podrán exigir una determinada clasificación a los licitadores para definir las condiciones de solvencia requeridas para celebrar el correspondiente contrato»*.

En el caso de que se exija la clasificación previa de los contratistas los órganos **competentes**¹¹ la adoptan a la vista de la documentación presentada que acredite su solvencia, en los mismos términos que se exige cuando hay que acreditarla caso a caso, salvo que en la clasificación tiene efectos generales que permiten a las empresas concurrir a sucesivas licitaciones para las que el acuerdo de clasificación les haya habilitado por razón del objeto y de la cuantía. A los efectos de clasificar a los contratistas según su aptitud en función de la naturaleza y complejidad de los contratos se dividen éstos en grupos generales y subgrupos (art. 67.1 TRLCSP).

⁹ Sobre la clasificación de las empresas se puede encontrar una completa información en la página Web sobre esta cuestión del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Paginas/ClasificacionDeEmpresas.aspx>

¹⁰ Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.

¹¹ En el Estado son las Comisiones Clasificadoras de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y sus acuerdos tienen eficacia frente a todos los órganos de contratación. En las Comunidades Autónomas los órganos que éstas determinen cuyos acuerdos de clasificación surten efectos únicamente frente a la Comunidad Autónoma que los haya adoptado y las Entidades locales incluidas en su ámbito territorial.

La clasificación tiene una **vigencia indefinida** en tanto se mantengan por el empresario las condiciones y circunstancias en que se basó la concesión, lo que no quita que deba justificarse anualmente la solvencia económica y financiera y cada tres años la solvencia técnica y profesional (art. 70.1 y 2).

De acuerdo con el artículo 66.1 no será exigible la clasificación a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, ya concurran al contrato aisladamente o integrados en una unión, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia¹².

La inscripción en el **Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado** acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo (art. 83.1 TRLCSP)¹³. La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de una Comunidad Autónoma acreditará idénticas circunstancias a efectos de la contratación con la misma y con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los restantes entes, organismos o entidades del sector público dependientes de una y otras.

§ 38. Dentro del Libro IV del TRLCSP, referido a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos –por tanto, contratos en los que necesariamente está presente una Administración pública–, se regula en su Capítulo VI del Título I –sobre normas generales aplicables a todos los contratos administrativos– la **cesión del contrato y el subcontrato**.

En los demás contratos que no tengan carácter administrativo (es decir, tanto los privados de las Administraciones públicas como todos los de las demás entidades,

¹² No obstante, el artículo 84.1 LCSP dispone que «los certificados de clasificación o documentos similares que acrediten la inscripción en listas oficiales de empresarios autorizados para contratar establecidas por los Estados miembros de la Unión Europea sientan una presunción de aptitud de los empresarios incluidos en ellas frente a los diferentes órganos de contratación en relación con la no concurrencia de las prohibiciones de contratar a que se refieren las letras a a c y e del apartado 1 del artículo 49 y la posesión de las condiciones de capacidad de obrar y habilitación profesional exigidas por el artículo 43 y las de solvencia a que se refieren las letras b y c del artículo 64, las letras a, b, e g y h del artículo 65, el artículo 66, y las letras a y c a i del artículo 67. Igual valor presuntivo surtirán las certificaciones emitidas por organismos que respondan a las normas europeas de certificación expedidas de conformidad con la legislación del Estado miembro en que esté establecido el empresario».

¹³ El trámite de inscripción en el Registro y de obtención de los certificados que acreditan que la empresa está clasificada se puede acceder en <http://registrodelicitadores.gob.es>

organismos etc. del sector público que no sean Administraciones públicas) la cesión del contrato o subcontrato puede ser posible en los términos que fijen los pliegos de condiciones (que acaban siendo parte del contrato mismo) o las normas civiles o mercantiles, pero el TRLCSP no dedica ningún capítulo al respecto.

§ 39. Por lo que hace entonces al contrato administrativo (si bien las categorías y conceptos generales sobre **cesión y subcontratación** son las mismas en todo tipo de contratos) hay que diferenciar entre la cesión del contrato y el subcontrato.

La cesión implica colocar a un tercero en el lugar y posición del adjudicatario inicial. Por el contrario en el **subcontrato** el adjudicatario sigue presente en la relación contractual y responde de todas sus obligaciones, aunque encargue a un tercero la realización de partes del contrato.

En la cesión del contrato el contratista inicial queda, por el contrario, al margen del contrato y es sustituido por un tercero que continúa el contrato. En el subcontrato el contratista inicial, en cambio, sigue respondiendo de la obra aunque partes de ella se ejecuten materialmente por terceros.

La cesión del contrato exige la autorización previa y expresa de la cesión por parte de la Administración contratante y que las cualidades técnicas y personales del adjudicatario no hayan sido determinantes de la adjudicación.

Por otra parte es requisito indispensable que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 % del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. Con ello se trata de evitar, sin duda, la aparición de “mediadores” que no pretendan ejecutar nada, pero juegan, tal vez, con sus cualidades y nombre para llevarse contratos que desde el principio no piensan ejecutar, sino ceder a terceros con todas las anomalías a que ello puede dar lugar.

Igualmente se requiere que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

§ 40. En la regulación actual de la cesión del contrato y el subcontrato, la primera no deja de ser, en cierto modo, una anomalía que la Ley permite, en tanto que el subcontrato no sólo es frecuente y normal, sino que puede decirse, incluso, que la

subcontratación puede ser buscada o impuesta por el pliego de condiciones como se ve en el artículo 226.2 a).

No obstante no cabe **la subcontratación** si del contrato se deduce que el contrato tiene que ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

La realización del subcontrato debe, antes de celebrarla, ser comunicada por escrito a la Administración justificando la aptitud del subcontratista para realizar la parte objeto del subcontrato.

Los subcontratistas quedan obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato. El subcontrato no desliga al contratista de sus obligaciones que permanecen intactas.

2.3. OBJETO, PRECIO Y CUANTÍA DE LOS CONTRATOS. LAS GARANTÍAS

Objeto del contrato

§ 41. El Libro I de la LCSP establece la configuración general de los contratos del sector público y sus elementos estructurales. En su Título III se dedica al **objeto, precio y cuantía** del contrato.

En cuanto al **objeto** el artículo 87 establece que el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. Se trata de evitar la realización de contratos de contenido indeterminado, que se presten a un mal uso de los recursos públicos y a una imposibilidad de controlar el correcto cumplimiento del contrato.

Precio del contrato

§ 42. En el mismo sentido **el precio** de los contratos del sector público consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros. El precio cierto no es incompatible con que su pago puede hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que así se prevea en la Ley.

El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación (tonelada de hierro o cemento) o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten (kilómetro de autovía o centro escolar tipo), como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato.

El importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración se indicará como partida independiente. La exigencia de la certidumbre del precio tampoco es incompatible con su revisión si se trata de contratos de las Administraciones Públicas, o en la forma pactada en el contrato, en otro caso, cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas que acaezcan durante la ejecución del contrato.

Cuantía del contrato

§ 43. En cuanto al **valor estimado o cuantía del contrato** viene determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

Puede comprenderse la importancia que tiene el valor estimado, en la medida en que el umbral a partir del cual estamos antes contratos sujetos a una regulación armonizada determina la aplicación o no de las reglas que en la LCSP se contienen a tal efecto.

Pues bien se comprende que tales umbrales pudieran burlarse fácilmente fraccionando un contrato único en varios contratos aparentemente distintos, pero que en realidad no buscan sino escaparse a las normas de publicidad y adjudicación de la LCSP.

Por ello la misma, de acuerdo con la Directiva 2004/18/CE, ha establecido reglas que tratan de evitar un fraccionamiento artificial del contrato en varios. Así en el artículo 87 se prevén supuestos en que se pueden fraccionar los contratos, pero en tales casos se prevé que las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2. Con ello se disuade de un fraccionamiento artificial puesto que el mismo no evita el cumplimiento de las normas de procedimiento y publicidad por cada lote como si se tratara de un contrato único.

Garantías provisionales y definitivas

§ 44. Como parte de los elementos estructurales de los contratos, inmediatamente después del objeto, precio y cuantía, el TRLCSP se refiere a las garantías. En efecto, en el caso de las Administraciones públicas es obligatorio —y

potestativo para el resto de entidades del sector público que no lo son — la exigencia de unas **garantías** en el seno de cada proceso de licitación o en el seno de cada contrato si finalmente resulta adjudicado.

Hay que distinguir, pues, entre la **fianza provisional** que se presenta al concurrir a la licitación y que pretende asegurar la seriedad de la oferta de forma que si algún licitador que resulta adjudicatario no formaliza el contrato pierde la fianza¹⁴; y la **fianza definitiva** que se presenta al formalizar el contrato y que trata de garantizar las indemnizaciones por daños y perjuicios que puedan derivarse de un incumplimiento de contrato o una mala ejecución del mismo.

El Título IV del Libro I del TRLCSP se dedica a las garantía exigibles en la contratación del sector publico y como se ha dicho más arriba distingue entre las garantía en los contratos de las Administraciones públicas (Capítulo I) y las garantías a prestar en otros contratos del sector público (Capítulo II).

§ 45. En los contratos de las Administraciones públicas la **garantía provisional** consiste en el 3% del presupuesto del contrato y responde del mantenimiento de la oferta hasta la adjudicación provisional, si bien para el licitador que ha resultado adjudicatario provisional responde del mantenimiento hasta la adjudicación definitiva. En definitiva la garantía se pierde si el adjudicatario provisional desiste o no formaliza el contrato. O si los licitadores desisten antes de la adjudicación provisional. Tendría, pues, un carácter penitencial o de arras penitenciales según subraya generalmente la doctrina.

La garantía provisional tiene carácter potestativo y será exigido en su caso por el órgano de contratación en atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato, lo cual deberá justificar suficientemente en el expediente las razones de su exigencia para ese concreto contrato.

§ 46. La **garantía definitiva** es la que tiene que prestar el licitador que ha resultado adjudicatario del contrato. El importe de la garantía definitiva es del 5% del precio de la adjudicación excluido el IVA, si bien puede acordarse en el pliego de cláusulas en casos especiales que se preste una garantía complementaria que puede ser

¹⁴ Se trata de evitar la presentación al concurso sin ánimo alguno de firmar el contrato si se le adjudica y con ello causando perjuicios a la Administración o a otros contratistas que podrían haberse llevado el contrato.

de hasta un 5% adicional máximo, sin que la garantía total alcance el 10% del precio del contrato.

La garantía definitiva no tiene el carácter penitencial que tiene la provisional y así el art. 100 dispone que la garantía definitiva responde de los siguientes conceptos:

- a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 212.
- b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.
- c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.
- d) Además, en el contrato de suministro la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

La garantía se puede prestar en efectivo o valores de la Deuda pública, mediante aval en los términos que establezcan las normas de desarrollo del TRLCSP o mediante contrato de seguro de caución. También, si lo prevén los pliegos, mediante retención del precio.

La garantía se presta para cada contrato, pero el artículo 98 deja abierta la posibilidad de que el empresario pueda constituir una garantía global para afianzar las responsabilidades que puedan derivarse de todos los contratos que celebre con una Administración pública o con uno o varios órganos de contratación.

§ 47. Las previsiones anteriores lo son para los contratos que celebren las Administraciones públicas. En el caso de los **demás entes del sector público que no son Administraciones públicas** los órganos de contratación “podrán exigir” la prestación de garantías. El artículo 104 deja al órgano de contratación, en estos casos, la determinación de los distintos aspectos del régimen de las mismas.

2.4. ACTUACIONES PREPARATORIAS. EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

§ 48. A partir de este apartado se va a proceder a analizar las distintas **fases en el desarrollo de los contratos** que, de manera resumida se puede esquematizar del siguiente modo:

- a) Preparación del contrato. Se trata de la fase en que se desarrollan las actuaciones internas por parte del sujeto contratante desde que se adopta la decisión de contratar hasta que se comienza a seleccionar al contratista. En el Libro II TRLCSP se distingue esencialmente entre la preparación por parte de las Administraciones públicas y los demás sujetos. Esta fase, junto a la de selección y adjudicación constituyen los llamados actos separables que se someten a las normas administrativas en el caso de los contratos privados.
- b) Selección del contratistas y adjudicación del contrato. Se trata de la fase más relevante y en ella se proyectan la mayoría de los principios de la contratación: concurrencia, transparencia, igualdad, etc. El régimen de la adjudicación contenido en el Libro III se modula en función del sujeto contratante y del tipo de contrato. Estas actuaciones de adjudicación siempre quedan sometidas al régimen administrativo, incluso en el caso de los contratos privados en cuanto actos separables.
- c) Formalización del contrato. No llega a constituir una fase ya que es el momento en el que el licitador que ha resultado adjudicatario suscribe el contrato y se convierte en contratista. En el caso de los contratos de las Administraciones Públicas debe hacerse a través de documento administrativo (art. 156)
- d) Ejecución del contrato. En esta fase se debe distinguir entre los contratos administrativos y los contratos privados. Como se ha indicado, en el caso de los contratos administrativos su efectos, cumplimiento y extinción se regulan en el Libro IV. En el caso de los contratos privados se someten al régimen ordinario correspondiente en el Derecho Privado.

§ 49. Una vez más el Libro II del TRLCSP (que trata sobre la preparación de los contratos) **distingue** –en dos títulos diferentes– entre la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas (Título I –artículos 109 a 136–) y la preparación de los contratos de poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas, así como de los contratos subvencionados (Título II, con un solo artículo –137–).

De los contratos de las demás entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores no prevé nada a este respecto.

Como se ve son los **contratos de la Administración** los que, sobre todo, preocupan en este aspecto al legislador; probablemente porque respecto de los demás de lo que se trata fundamentalmente es de cumplir con las normas europeas que se centran en los aspectos atinentes a la selección del contratista y la adjudicación a que se refiere el siguiente Libro III del TRLCSP.

Sin embargo, la preparación del contrato trata, entre otras cosas y en primer lugar, de garantizar la racionalidad y consistencia de la contratación del sector público. En definitiva de garantizar de que el dinero público se gasta en cosas necesarias, en las más necesarias y en la forma más eficiente. Que eso es así se desprende del artículo 109.1 –el primer artículo del Libro II– que señala, respecto de los contratos de las Administraciones públicas, como objetivo del expediente de contratación la motivación de la necesidad a que se refiere el artículo 22 de la Ley que es un precepto aplicable a toda la contratación del sector público y no sólo a las Administraciones públicas.

Por tanto la necesidad y la mayor eficiencia en el gasto –obtener los mejores resultados con los menores costes– es principio común a todo el sector público con independencia del sujeto (Administración pública o no) que contrata.

De ahí que pueda parecer poco consistente que al regular las actuaciones preparatorias apenas se regulen las relativas a los poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas (y menos aún los Entes del sector público que no son siquiera poderes adjudicadores) y sólo se centre la Ley en las Administraciones públicas. Ello se debe a que la eficiencia y el respeto a los principios señalados en el Libro I se busca, cuando no estamos antes Administraciones públicas, además de por otras vías que sean compatibles con la propia razón de ser de la creación de organismos y entidades que no son Administraciones públicas, con algunas remisiones al régimen previsto para éstas últimas.

No obstante, debe recordarse que los artículos 25 y 26 del TRLCSP, que son comunes a todos los contratos del sector público, además de establecer el fundamental principio de **libertad de pactos** (art. 25), establece también cuáles son los elementos que configuran el **contenido mínimo** del contrato (art. 26), “*salvo que ya se encuentren recogidos en los pliegos*”. Y en el número 2 del artículo 26 dispone (sin distinguir entre las distintas entidades del sector público – y por tanto comprendiendo a todas–) que el documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y

obligaciones distintas de las previstos en los pliegos o, de no existir aquellos o de los precisados en el acto de adjudicación de acuerdo con lo actuado en el procedimiento¹⁵.

En definitiva, que en todos los contratos del sector público deberá realizarse actuaciones preparatorias si bien el TRLCSP sólo desarrolla con detalle las relativas a las Administraciones públicas y en el artículo 137 realiza algunas remisiones a esa normativa de las Administraciones públicas para los poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas.

De lo que no se prevé nada es de las demás Entidades del sector público **que ni siquiera son poderes adjudicadores**, sin que eso quiera decir que no tengan régimen alguno de preparación, pues el artículo 192 del TRLCSP, relativo a la selección y adjudicación de los contratos de estas entidades que no son poderes adjudicadores, les obliga en todo caso a respetar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. También a aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que hacen necesario asegurar la efectividad de tales principios lo que comporta algún tipo de preparación del contrato.

§ 50. La pieza básica en la preparación del contrato la constituye el **expediente de contratación** que se inicia por el órgano de contratación y que culmina con su aprobación por el mismo órgano.

En el expediente se tiene que motivar la necesidad del contrato, como se ha señalado, y al mismo se debe incorporar¹⁶.

- a) el pliego de cláusulas administrativas particulares
- b) el pliego de prescripciones técnicas particulares
- c) certificado de existencia de crédito y la fiscalización de la intervención
- d) la justificación del procedimiento y criterios para adjudicar el contrato

Cuando se ha completado el expediente de contratación se aprueba el mismo por resolución motivada del órgano de contratación que dispone, al mismo tiempo, la apertura del procedimiento de adjudicación y que aprueba el gasto.

¹⁵ Por su parte, los artículos 174 y 175 del TRLCSP establecen disposiciones sobre adjudicación de contratos de poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas que, aunque flexibilización de distinta forma los requisitos de selección y adjudicación no los suprimen por lo que las previsiones del procedimiento abierto del artículo 142 (que implican la existencia de información sobre pliegos etc.) deberán cumplirse de un modo u otro.

¹⁶ Los contratos menores tienen un régimen especial más liviano de acuerdo con el artículo 95 en relación con el artículo 122.3.

El TRLCSP prevé la posibilidad de tramitar el expediente con carácter urgente o para situaciones de emergencia que permiten, entre otras cosas la reducción de los plazos o incluso ordenar la ejecución de las prestaciones en los casos de emergencia.

Como se ha visto uno de los elementos del expediente son los **pliegos de cláusulas administrativas**¹⁷ particulares en los que se incluyen los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por el TRLCSP o sus normas de desarrollo.

Esos pliegos, que son objeto de publicidad al anunciar la apertura del procedimiento de selección, integran el contrato mismo junto con la oferta del adjudicatario en los elementos de ésta que concreten las previsiones que han sido objeto de la convocatoria (plazos, precios, variantes si las admiten los pliegos, etc.).

Distintos de los pliegos de cláusulas administrativas particulares son los pliegos de cláusulas administrativas generales que el Consejo de Ministros, a iniciativa de los Ministerios interesados, y previo dictamen del Consejo de Estado, podrá aprobar para su utilización en los contratos que se celebren por los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales. Tales pliegos generales no eximen de aprobar los pliegos particulares aunque sea asumiendo el contenido de los generales por más que necesariamente deberán concretarse en aquellos las particularidades de cada contrato singular.

El pliego de cláusulas administrativas particulares constituye un documento esencial en la contratación ya que va establece el detalle del procedimiento de selección del contratista y adjudicación del contrato, y, asimismo, suele convertirse en el texto mismo de contrato que se formaliza con el adjudicatario. Por esta razón cabe la posibilidad de recurrir los pliegos en tanto no se consideran un mero acto de trámite sino un acto de trámite cualificado. De no recurrirse los pliegos y participarse en la licitación impide poder atacar el resultado de la misma en base a irregularidades en los pliegos ya que, como ha reiterado la jurisprudencia, se convierten en ley para las partes. En efecto, La naturaleza no reglamentaria de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios

¹⁷ El adjetivo “administrativas” no alude para nada a la naturaleza administrativa o privada del contrato, sino al hecho de que son cláusulas exclusivamente jurídicas que definen los derechos y obligaciones, por contraposición a las cláusulas técnicas (calidades, materiales, etc.) aunque éstas también obligan en cuanto definen los aspectos técnicos del contrato.

de nulidad de pleno derecho en cuyo caso procede la revisión de oficio de los mismos. Por lo tanto, los interesados deberán recurrir en plazo los pliegos desde el momento de su publicación, sin que quepa recurrirlos a posteriori en el momento de adjudicación del contrato en virtud del principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación. Eso no impide que pueda instarse el procedimiento de lesividad¹⁸.

En cuanto a los **pliegos de condiciones técnicas particulares** se refieren a los aspectos técnicos o de definición de calidades, e integran el contrato en cuanto de acuerdo con tales pliegos se exigen las prestaciones contractuales. El TRLCSP concede especial importancia, de acuerdo con la Directiva, a los pliegos de condiciones técnicas para evitar que con el pretexto de exigencias técnicas supuestamente ineludibles para cada contrato, lo que se busque sea limitar el número de licitadores a aquellos que tienen productos o servicios que responden a las especificaciones que se demandan. Por eso el artículo 117.2 del TRLCSP dispone que las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

Por eso mismo las prescripciones técnicas podrán definirse (art. 117.3 del TRLCSP):

- a) Bien haciendo referencia, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de

¹⁸ Los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. Esta es una tesis mantenida de manera constante por nuestra Jurisprudencia, pudiendo citarse en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 19 de marzo de 2001 que señala: "Esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la consolidada doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos", cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía".

proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención o equivalente.

- b) Bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando a éstas últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características medioambientales. Los parámetros empleados deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación.
- c) Bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, conforme a lo indicado en el guión anterior, haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con los mismos, a las especificaciones citadas en la letra a.
- d) Bien haciendo referencia a las especificaciones técnicas mencionadas en la letra a, para ciertas características, y al rendimiento o a las exigencias funcionales mencionados en la letra b), para otras.

Para facilitar la elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas particulares de cada contrato el TRLCSP prevé también que el Consejo de Ministros pueda aprobar previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa pliegos de prescripciones técnicas generales a los que hayan de ajustarse las Administraciones públicas, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas.

Con independencia de las normas generales sobre preparación de los contratos el Capítulo II del Libro II contiene normas específicas para los distintos tipos de contratos (obras, servicios, suministros, etc.).

§ 51. En un solo artículo –el 137– del TRLCSP, se trata de la preparación de los contratos de los **poderes adjudicadores o de los contratos subvencionados**. En dicho artículo se trata, en primer lugar, de los contratos sujetos a regulación armonizada o de determinados contratos de servicios de cuantía superior a 200.000 €¹⁹, así como de los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada a los que se aplican –a todos

¹⁹ Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012, de acuerdo con la previsión que al efecto se contiene en la disposición adicional undécima del TRLCSP.

ellos— las previsiones de los artículos 101 a 104 previstos para los contratos de las Administraciones públicas.

En segundo lugar en el art. 137.2 del TRLCSP se trata de los contratos de los poderes adjudicadores de cuantía superior a 50.000 € en los que deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el artículo 120.

§ 52. Al final del análisis de cada una de las fases de desarrollo de los contratos se hará referencia al régimen específico de uno de los contratos típicos por lo que respecta a la fase de que se trate. El contrato que se va a analizar con detalle es el **contrato de obras**, al que se refiere el artículo 6 TRLCS que define “obra” como el *«resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble»*. En el número primero del artículo 6 se da una concepto más amplio puesto que el contrato de obras no solo comprende el que tenga por objeto una obra, tal y como se acaba de ver que se define, sino que comprende asimismo la realización de los trabajos enumerados en el anexo I²⁰ de la LCSP e incluso podrá comprender la realización del correspondiente proyecto. En todo caso no debe confundirse el contrato de obras con el contrato de concesión de obras públicas, pues aunque ambos se refieran a obras la diferencia no consiste en el objeto del contrato –la realización de obras– sino en la forma que adopta la contraprestación que recibe el adjudicatario que no es otra que la explotación misma de la obra o tal explotación acompañada de un precio. No es lo mismo, en efecto, aunque el objeto sea una obra en ambos, el contrato de obra consistente en la construcción de una autovía, con un contrato de concesión de una obra pública consistente en la construcción de una autovía con el derecho a explotarla mediante la percepción de un peaje que pagan los usuarios (o aunque pague la

²⁰ Por ejemplo demolición de inmuebles, limpieza de escombros, movimiento de tierras, excavación de zanjas, voladura de rocas, preparación de explotaciones mineras, drenaje de emplazamientos de obras, perforaciones, sondeos, impermeabilización de edificios, vías férreas pintura de señales en carreteras y aparcamientos, puertos deportivos, esclusas, dragados, montaje de piezas de acero, montaje y desmantelamiento de andamios, montaje de hornos industriales, instalación en edificios y otras obras de cables y material eléctrico o de sistemas de telecomunicación o antenas de vivienda o de alarmas contra incendios, ascensores o escaleras mecánicas, sistemas de iluminación y señalización de carreteras, pintura interior y exterior de edificios y obras, instalación de cristales, etc.

Administración –peaje en la sombra– en función del uso que de la carretera se hace por los vehículos, pues el riesgo lo asume el concesionario).

Debe recordarse que los contratos de obra son siempre contratos sujetos a regulación armonizada cuando su cuantía supera los 5.000.000 €²¹. Asimismo que los contratos de obras cuando los celebra una Administración pública son siempre contratos administrativos, sea cual sea su cuantía. Ahora bien, si los celebra un poder adjudicador que no es Administración pública o cualquier otro Ente del sector público que no es poder adjudicador o si se trata de un contrato de obras subvencionados de los previstos en el artículo 17.1²², entonces el contrato de obras no tiene nunca el carácter de contrato administrativo puesto que la definición que de éstos hace el artículo 19 TRLCSP exige siempre la presencia de una Administración pública. Por tanto ni los poderes adjudicadores que no son Administración pública, ni los demás entes del sector público pueden dar a sus contratos de obras el carácter de contratos administrativos, que son los que se van a examinar aquí. En todo caso, una cosa es estar sujetos a una regulación armonizada y otra que el contrato sea administrativo.

Los contratos de obra de la Administración son contratos administrativos y en cuanto tales tienen sus reglas particulares y si, además, están sujetos a regulación armonizada tienen un régimen propio en cuanto a publicidad especialmente.

Los contratos de obra de los demás entes públicos que no son Administración pública nunca son contratos administrativos y su régimen varía según los celebren poderes adjudicadores –o sean contratos subvencionados por estos– o los celebren otros entes públicos que no son poderes adjudicadores.

Por otra parte los contratos de obras que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas –que nunca serán contratos administrativos–, tienen un régimen diferente según estén sujetos o no a regulación armonizada.

²¹ Las cifras del TRLCSP pueden parecer caprichosas en cuanto descienden al detalle de los miles de euros y no se quedan en las decenas o centenas de mil. Ello se debe a que las cifras están previstas para coordinarse con las previsiones y los acuerdos de la OMC sobre contratación del sector público (acuerdos de Marrakech) que se expresan en una unidad monetaria virtual (integrada por una cesta de monedas: el dólar USA, el Euro, la Libra esterlina y el yen) como son los derechos especiales de giro. Ello hace que cuando cambia la relación de la moneda europea con tales derechos hayan de reformarse las cifras que a veces dan resultados que parecen caprichosos.

²² Debe recordarse que en el artículo 17 LCSP no quedan comprendidos todos los contratos de obras o de servicios, sino sólo algunos tipos de obras (construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativos, así como los de la sección F, división 45, grupo 45.2 – construcción general de inmuebles de la NACE) aparte de que su cuantía debe superar los 5.000.000 €

Los contratos de obras de los demás entes del sector público que no son poderes adjudicadores ni pueden ser contratos administrativos ni pueden estar sujetos a regulación armonizada, puesto que estos exigen siempre que los celebre un poder adjudicador o una Administración pública de acuerdo con lo que dispone el artículo 13 TRLCSP. Aunque en la presente lección nos centramos en las peculiaridades del contrato administrativo de obras –y por tanto en lo que celebre una Administración pública– en el siguiente cuadro se pueden ver las peculiaridades del contrato de obras en general.

	Contratos sujetos a regulación armonizada		Contratos no sujetos a regulación armonizada	
Celebrados por Administraciones públicas. (Contratos administrativos siempre)	Preparación -proyecto de obras y replanteo. -Cláusulas en modalidad abono total del precio. Selección y adjudicación -Peculiaridades en los supuestos de aplicación del procedimiento negociado	Ejecución Arts. 229 a 233 de la TRLCSP. Liquidación Arts. 237 a 239.	Preparación -proyecto de obras y replanteo. -Cláusulas en modalidad abono total del precio. Selección y adjudicación	Ejecución Arts. 229 a 233 de la TRLCSP. Liquidación Arts. 237 a 239.
Celebrados por Poderes adjudicadores no AP. (Contratos privados siempre)	Preparación Art. 137.1 que remite al 117 para prescripciones técnicas. Selección y adjudicación -Peculiaridades en los supuestos de aplicación del procedimiento negociado	Ejecución y liquidación. No se dispone nada en el TRLCSP.	Preparación Art. 137.2 para contratos superiores a 50.000 € Selección y adjudicación	Ejecución y liquidación. No se dispone nada en el TRLCSP.
Contratos subvencionados por poderes adjudicadores. (Contratos privados siempre)	Preparación Art. 137 que remite al 117 para prescripciones técnicas. Art. 137.2 para	Ejecución y liquidación. No se dispone nada en la LCSP.	Preparación No se prevé nada. Selección y adjudicación. No se prevé	Ejecución y liquidación. No se dispone nada en la LCSP.

	contratos superiores a 50.000 € Selección y adjudicación -Peculiaridades en los supuestos de aplicación del procedimiento negociado		nada.	
Contratos celebrados por entes públicos que no AP. (Contratos privados siempre)	No existen	No existen	Preparación No se dice nada en la Ley, salvo lo dispuesto en las instrucciones internas del art. 192. Selección y adjudicación Art. 192 Instrucciones internas.	Ejecución No se dice nada en la LCSP. Liquidación No se dice nada en la LCSP.

Preparación de otros contratos administrativo de obras en su preparación

§ 53. Al contrato administrativo de obras, esté o no sujeto a regulación armonizada, se le aplican las previsiones generales que se han visto sobre **la preparación general de los contratos** por las Administraciones públicas (arts. 109 a 111 del Capítulo I del Título I del Libro II²³), pero en el Capítulo II del citado Título y Libro establece las normas peculiares para cada tipo de contrato. La sección primera de dicho capítulo II (arts. 121 a 127) se dedica precisamente a las actuaciones preparatorias del contrato de obras. Las peculiaridades que presenta se refieren al proyecto de obras y su replanteo por una parte y por otra a los pliegos de cláusulas administrativas en contratos bajo la modalidad de abono total del precio (art.127).

²³ El Título II del mismo Libro dedica un solo artículo –el 137– a la preparación de los contratos de los poderes adjudicadores que no sean Administración pública o los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada; artículo que se remite al artículo 117 y se centra en la determinación y establecimiento de las prescripciones técnicas.

§ 54. La Ley prevé la necesidad, para poder adjudicar un contrato de obras, de que se haya elaborado, supervisado, aprobado y replanteado el correspondiente **proyecto de obras**. Tal exigencia responde a la idea, lógica, de que en un contrato de esa naturaleza sólo el proyecto es instrumento capaz de definir con precisión el objeto del contrato. De ahí la necesidad de contar previamente a la adjudicación del contrato con un proyecto de las obras a realizar, proyecto que ha de ser supervisado por la oficina técnica correspondiente, aprobado por el órgano de contratación e incluso ser objeto de replanteo.

El replanteo consistirá en la comprobación de la realidad geométrica de la obra y la disponibilidad de los terrenos (art. 126 de la TRLCSP); se trata en la operación de replanteo de trasladar sobre el terreno los planos que integran el proyecto para verificar su adecuación a las características reales del terreno así como su disponibilidad. El replanteo sobre la realidad física pone de relieve en muchas ocasiones la necesidad de efectuar correcciones puntuales o de mayor calado, no siendo tan frecuente que ponga de relieve la imposibilidad de acometer la obra inicialmente proyectada por la existencia en la realidad de obstáculos que la hagan imposible o muy difícil por las características físicas o jurídicas del terreno.

Por tanto, antes de la adjudicación ha de elaborarse el proyecto, cuyo contenido determina el artículo 123 TRLCSP, y aprobarse por el órgano de contratación y ser objeto de replanteo previo a la adjudicación.

El proyecto se elabora por la propia Administración si cuenta con medios para ello o se encarga al profesional o empresa de proyectos correspondiente que habrá de contar con los técnicos titulados que exija el tipo de obra de que se trate.

Si se encarga a profesionales o empresas es objeto de un procedimiento de selección especial y el proyecto, una vez elaborado y entregado por el adjudicatario del contrato de proyecto, tiene que ser aprobado por el órgano de contratación previa supervisión antes de sacar a licitación el contrato de ejecución de las obras a que se refiera el citado proyecto.

En todo caso las obras pueden ser de distinta naturaleza e importancia. El art. 122 TRLCSP distingue hasta cuatro grupos (1. obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación; 2. obras de reparación simple, restauración o rehabilitación; 3. obras de conservación y mantenimiento y 4. obras de demolición) y no en todas el proyecto ha de tener el mismo contenido. Por eso el art. 123 TRLCSP prevé que para los contratos de obras que no sean de primer establecimiento, reforma o gran reparación se

podrán simplificar, refundir o incluso suprimir los documentos que en principio exige el artículo 122 para todo los proyectos, en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que la documentación resultante sea suficiente para definir, valorar y ejecutar las obras que comprenda. Esa simplificación, refundición o, incluso, supresión se puede producir también con relación a los proyectos de obras del primer grupo cuando su cuantía sea inferior a 350.000 €.

§ 55. Puede ocurrir, sin embargo, que el proyecto se saque a licitación conjuntamente con la ejecución de la obra lo que hace más complejo el procedimiento.

En efecto en esos supuestos la Administración saca a concurso dos cosas – proyecto y ejecución de las obras a que se refiere el primero– que ella misma no ha podido definir, lo que significa que el contenido del contrato no acaba de estar definido cuando se convoca la licitación. En tales casos el procedimiento de adjudicación y, especialmente, la misma ejecución del contrato presentan notables singularidades.

Para empezar la TRLCSP establece que solo de forma excepcional puede contratarse de forma conjunta el proyecto y la ejecución del contrato (art. 124 TRLCSP) estableciendo los supuestos que lo permiten:

- a) Cuando motivos de orden técnico, ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra, obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras.
- b) Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares, requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas.

En segundo lugar la licitación tiene que contar al menos con un anteproyecto o documento similar. En caso de que existan razones justificadas por razones de interés público podrá sustituirse el anteproyecto por unas bases técnicas a las que el proyecto deba ajustarse²⁴.

Adicionalmente la dificultad de determinar el alcance de las obras a contratar junto con el proyecto de la mismas hace que, de acuerdo con el artículo 124.4 TRLCSP,

²⁴ El Reglamento General de Contratación aprobado por Real Decreto 1098/2001 –y por tanto anterior a la LCSP– sigue siendo de aplicación en este punto pues no ha sido derogado por el nuevo Reglamento general de la LCSP aprobado por Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo; y en su artículo 122 regula el contenido de los anteproyectos.

la iniciación del expediente y la reserva de crédito correspondiente deban fijar el importe estimado máximo que el futuro contrato puede alcanzar. Se trata, pues, de una estimación puesto que no se conoce con precisión. Justamente por ello se prevé que *«no se procederá a la fiscalización del gasto, a su aprobación, así como a la adquisición del compromiso generado por el mismo, hasta que se conozca el importe y las condiciones del contrato de acuerdo con la proposición seleccionada, circunstancias que serán recogidas en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares»*.

Una vez adjudicado el contrato conjunto, de obras con su proyecto, el contratista seleccionado ha de comenzar por presentar el proyecto final y puede ocurrir que ese proyecto no satisfaga las necesidades de la Administración o implique unos gastos superiores a los previstos. Ello de nuevo provoca unas peculiaridades en el contrato de obras públicas si bien las mismas pertenecen más bien a la fase de ejecución del contrato, puesto que la adjudicación ya se ha producido, y si bien la ejecución de la obra propiamente dicha no ha comenzado, el contrato tras su adjudicación entra ya en la fase de ejecución en dos fases: la primera la realización del proyecto de obra y la segunda la ejecución de la obra.

Si en la primera fase de proyecto éste no convence a la Administración surgen problemas que pertenecen ya a la fase de ejecución del contrato y que se verán más abajo.

§ 56. En nuestra tradición las obras se iban pagando al contratista adjudicatario a medida que las iba realizando, mediante las certificaciones mensuales que expide la Administración; no obstante en la última década de siglo pasado –y en las proximidades de la incorporación de nuestro país a la moneda única– se buscaron fórmulas de pago que trataban de dar la sensación de que los requerimientos de déficit público que se exigían por las normas comunitarias se cumplían por los distintos países. Es en ese momento cuando comienza a generalizarse el recurso al contrato de obras con abono de la misma al final de su construcción. Ello significa que si la obra tarda 3 ó 4 años en ejecutarse la obligación de pagarla no va a surgir hasta el momento de la entrega de la misma.

Como es lógico el contratista adjudicatario está adelantando a su costa la financiación de la obra sin percibir cantidad alguna mientras tanto. Ello hace que luego

deba ver compensado el mayor coste que para él tiene el acudir al crédito para financiar adelantadamente la obra que solo se le va a pagar al final.

Esa es la razón de que el art. 127 TRLCSP se dedique a prever que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán incluirse las condiciones específicas de la financiación, así como, en su caso, la capitalización de sus intereses y su liquidación. Por otra parte se dispone que en las ofertas se debe expresar separadamente el precio de construcción y el precio final a pagar, a efectos de que en la valoración de las mismas se puedan ponderar las condiciones de financiación y la refinanciación, en su caso, de los costes de construcción.

NORMATIVA DE REFERENCIA:

- Constitución Española.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

INFORMACIÓN ADICIONAL:

- Página sobre Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion>

LECTURAS COMPLEMENTARIAS:

- PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2012. (lección 15).
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo II, 2ª ed. Iustel, Madrid, 2009.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA:

- PA.