

PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

ESQUEMA DOCENTE LECCIÓN 10 LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

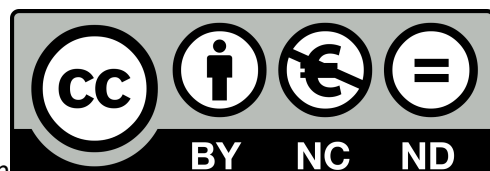
I. LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO.

El estudio de la actividad contractual de la Administración pública y con ella del entero sector público parte de su necesaria distinción con el estudio de la actividad unilateral de la Administración. La contratación administrativa (o actividad contractual) no es más que manifestación del “auxilio” de terceras personas para satisfacer ciertas necesidades o servicios que la Administración no puede hacer o cumplir por sí misma. Tratándose, además, de una particularidad de los ordenamientos jurídicos, como el nuestro, de tradición continental francesa.

Como representación de una actividad consensual o negocial de la Administración con un particular (contratista) la actividad contractual se sustenta en el concierto de voluntades tendente, en todo caso, y por la misma presencia de la Administración pública, a la satisfacción del interés general. Pese a que la Administración celebre un contrato, la Administración viene obligada, siempre y en todo caso, a satisfacer el interés general como fin material y tangible de toda actividad administrativa. Es por ello que no cabe reconocer a la Administración una verdadera “autonomía de la voluntad” como la que se predica de las partes contratantes en el marco del Derecho privado.

Asimismo, al referirnos a la contratación administrativa no puede perderse de vista que abordamos un sector de actividad de gran impacto económico como quiera que la contratación pública representa en torno al 15% del PIB.

Sea como fuere, los contratos del sector público constituyen una materia de marcado carácter nacional no ajena, al mismo tiempo, a exigencias de corte internacional/europeo. Unas exigencias que disciplinan “desde fuera y “hacia dentro” una regulación en materia de contratos tradicionalmente enquistada e intrincada en la búsqueda constante de controles públicos ante los problemas de corrupción con el manejo de caudales públicos. A lo largo de las últimas décadas



la contratación administrativa se ha visto influenciada por una necesaria racionalidad económica en el empleo de los fondos públicos.

Esta realidad se ha traducido en un flujo de importantes reformas en los últimos treinta años y que, hasta el momento, encuentra su punto de llegada (momentáneo) en el último paquete europeo de Directivas del año 2014 con el objetivo de potenciar la libre competencia en el mercado interior de la UE.

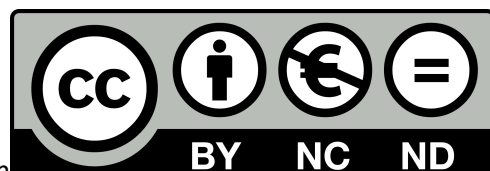
A mayor abundamiento, el último paquete europeo en materia de contratación pública se enmarca en el seno de la Estrategia Europa 2020 con el propósito de que la contratación se convierta en un instrumento basado en el mercado interior para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

Con todos estos condicionantes se aprueba la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Y alguno de los aspectos más destacados del marco definidor actual del régimen de contratación pública son:

- el incremento de la transparencia y de la eficiencia del gasto público.
- facilitar la participación de las PYMES en la contratación pública a través de la simplificación de trámites y la eliminación de burocracia.
- el uso de la contratación por los poderes públicos para la consecución de objetivos sociales.
- el mejor cumplimiento de los objetivos públicos y la prestación de mejores servicios a los usuarios.
- la lucha contra la corrupción y la prevención de conflictos de intereses.
- el avance en materia de defensa de la competencia.

II. EL MARCO JURÍDICO GENERAL DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO

Una vez más, y como viene resultando una constante en la mayoría de las lecciones estudiadas en este curso, el análisis del régimen jurídico, en este caso de la actividad contractual del sector público no puede hacerse sin una parada

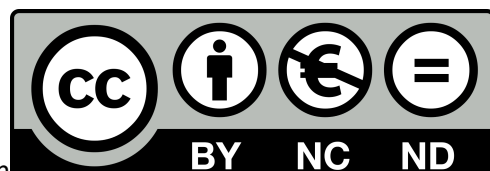


inicial en el texto de la CE. Constitucionalmente se reconoce, a partir de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 CE, la competencia exclusiva del Estado a la hora de establecer la legislación básica sobre contratación administrativa y de aplicación general a todas las Administraciones (lo que hoy día y lo que ya nos consta de la Lección 1 debe entenderse esa referencia hecha al entero sector público). Desde los primeros años de la década de los 90 la regulación estatal en materia de contratación pública está fuertemente afectada por la normativa europea, lo que aparece igualmente confirmado con la actualmente vigente LCSP (en vigor desde el 9 de marzo de 2018).

La LCSP conforma un marco jurídico a partir de una serie de principios básicos en materia de contratación pública:

- libertad de acceso a las licitaciones.
- publicidad y transparencia de los procedimientos.
- no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.
- eficiente utilización de los fondos públicos en la realización de obras, adquisición de bienes y contratación de servicios lo que, en última instancia, está en estrecha conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y de control del gasto público.
- exigencia de la previa definición de las necesidades a satisfacer para la contratación.
- libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa.
- incorporación de criterios sociales y ambientales, siempre que guarden relación con el objeto del contrato.

Por otra parte, el ámbito subjetivo de aplicación constituye, a día de hoy, el auténtico corazón del sistema de Derecho administrativo como quiera que la legislación de contratos ha ido influyendo e influenciado el alcance de la aplicación subjetiva del resto de normas administrativas. No es casual que la mención al “sector público” nazca justamente en materia de contratos públicos y que haya trascendido la propia legislación contractual para hacerse visible en el resto del ordenamiento jurídico-administrativo (buena prueba de ello lo constituye la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).



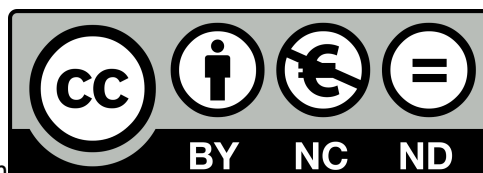
Como botón de muestra de los controles y garantías que deben presidir la actividad contractual, la legislación en la materia y en la actualidad la LCSP extiende a todo tipo de entes, organismos y entidades que se consideran forman parte del sector público su ámbito de aplicación. Esta formulación que encuentra concreción en el artículo 3.1 LCSP no es más que el resultado final de un proceso depurativo que cuenta ya con más de diez años de vida.

El artículo 3 LCPS propone un ámbito subjetivo de aplicación “en cascada” donde, en su apartado primero, se mencionan las entidades que forman parte del sector público (además de las Administraciones territoriales, las entidades gestoras de la seguridad social, los organismos públicos, los consorcios, fundaciones, sociedades mercantiles, etc). Cabe notar que es cada vez mayor el número de entidades que no estaban sujetas al ámbito de aplicación de la Ley conforme a la normativa anterior. En el apartado segundo, y dentro de las entidades del sector público, aparecen reconocidas las organizaciones que tienen la consideración de Administraciones públicas. Y en el apartado tercero la mención al concepto nuclear en materia de contratación pública como lo es el concepto de “poder adjudicador”.

Por otra parte, la LCSP incorpora como novedad (apartado cuarto) la inclusión de partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos a la LCSP, y siempre que su financiación sea mayoritariamente pública y respecto de los contratos sometidos a regulación armonizada) en lo que se refiere actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente.

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, el artículo 2.1 LCSP concreta que son contratos del sector público los contratos onerosos (aquellos en los que el contratista obtiene un beneficio económico), cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades del artículo 3. Estos contratos del sector público, conforme prescribe el artículo 24 LCSP, pueden estar sujetos a un régimen de Derecho administrativo o de Derecho privado.

Lo importante a tener en cuenta ahora es que la intervención de una Administración pública, tratándose de una condición necesaria no es suficiente, ya que por sí solo no basta para la calificación de un contrato como administrativo. A la realidad de los contratos administrativos se refiere el artículo 25 LCSP. De este modo, tienen carácter administrativo los contratos, siempre que se celebren por una Administración pública:



-de obras (artículo 13 y 231 a 246 LCSP), de concesión de obras (artículo 14 y 247 a 283 LCSP), de concesión de servicios (artículo 15 y 284 a 297), de suministro (artículo 16 y 298 a 307) y de servicios (artículo 17 y 308 a 315).

Se trata de los contratos típicos administrativos a los que se refiere el artículo 12.1 LCSP de modo que el resto pueden calificarse según las normas de Derecho administrativo o de Derecho privado.

Una de las novedades más importantes de la LCSP respecto a la regulación anterior es la desaparición del tradicional contrato de gestión de servicios públicos. Esta decisión del legislador obliga a una reconducción de la prestación de servicios públicos a través de contrato de concesión de servicios o mediante el contrato de servicios en función de si hay o no traslación del riesgo operacional de la explotación en el contratista (extremo que sí concurre en el contrato de concesión de servicios).

-los así declarados expresamente por Ley.

-los que, con objeto distinto a anteriores, tengan una naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración contratante.

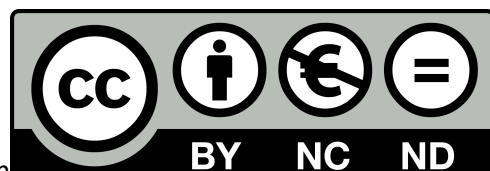
Estos contratos administrativos, a partir de lo dispuesto en el artículo 25.2 LCPS, se rigen, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción por la LCSP y por el resto de normas administrativas conociendo de los posibles conflictos que en relación con los mismos se susciten el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Por su parte, los contratos celebrados por una Administración pública pueden ser también privados. Presentan ese carácter, al amparo de lo dispuesto por el artículo 26 LCSP:

-los celebrados por una Administración con objeto distinto de los mencionados en los apartados a) y b) del artículo 25.1

-los celebrados por entidades del sector público que, siendo poder adjudicador, no sean Administración pública

-los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.



-los que, por razón de su objeto, así lo disponga la propia LCSP. Éste es el caso de los contratos contemplados en los números 1º y 2º del artículo 25.1.a) LCSP (contratos de servicios financieros, de creación e interpretación artística y literaria, de espectáculos, de suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos).

A estos contratos privados, a partir de lo dispuesto en el artículo 26.2 LCSP, se les aplica la teoría de los actos separables. En virtud de la misma, los contratos privados se preparan y adjudican conforme a lo dispuesto por la propia LCSP y el resto de normas administrativas, conociendo de los posibles conflictos que se puedan suscitar el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Mientras que se rigen por las normas de Derecho privado y conoce la jurisdicción civil ordinaria de los posibles conflictos que se puedan dar en relación con sus efectos, modificación y extinción.

Sin perjuicio de la capital distinción entre contratos administrativos y contratos privados, la LCSP contempla además una serie de especificidades cuyos aspectos más destacados son los siguientes:

-negocios o contratos excluidos de la LCSP.

El artículo 4 recrea que los contratos comprendidos en los artículos 5 a 11, ambos inclusive, quedan fuera del ámbito de aplicación de la LCSP rigiéndose por su normativa especial.

-contratos mixtos (artículo 18 LCSP).

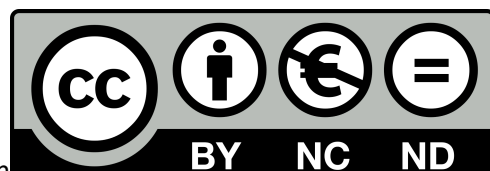
Son aquellos que presentan prestaciones correspondientes a contratos de diversas clases de forma que prima el carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

-contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 20 LCSP).

Se trata de aquellos contratos que superan ciertas cuantías económicas o umbrales europeos (a partir de cinco millones de euros).

-contratos menores (artículo 118 LCSP).

En los contratos de obras por importe inferior a 40.000 euros y en los demás contratos (de suministros o servicios) por importe inferior a 15.000 euros.



-contratos en sectores específicos.

Quedan sujetos a su normativa específica tratándose de contratos celebrados en el ámbito de la defensa y la seguridad así como en los llamados sectores económicos regulados (agua, energía, transportes, servicios postales).

Por otra parte, debe hacerse mención a los sujetos de la relación contractual en la actividad contractual que tiene como protagonista por un lado a una entidad del sector público y de otro lado a un contratista privado.

En el caso de un sujeto del sector público y, de forma más concreta, una Administración pública, dentro de la misma hay que distinguir el llamado órgano de contratación. Conforme al artículo 61.1 LCSP se trata del órgano que tiene atribuida la competencia para contratar en nombre de la organización. Para el caso de la Administración General del Estado, el artículo 323 LCSP reconoce que se trata del Ministro y Secretario de Estado.

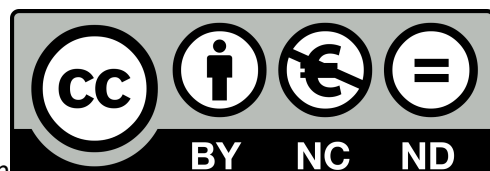
El órgano de contratación debe designar a un responsable de contrato, en los términos del artículo 62 LCSP quien va a estar encargado de la supervisión de la ejecución del contrato para asegurar la correcta realización de la prestación pactada.

Además del órgano de contratación pueden distinguirse una serie de órganos de asistencia técnica especializada. Éste es el caso de las Mesas de contratación (artículo 326 LCSP) y de las Mesas especiales (artículo 327 LCSP) para el diálogo competitivo y la asociación para la innovación.

Junto a estos los órganos fiscalizadores a partir de lo dispuesto en el artículo 332 LCSP, a saber, una Oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación para velar por la correcta aplicación de la legislación y la rendición de cuentas a las Cortes y al Tribunal de Cuentas.

Y finalmente, como órganos consultivos, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (artículo 328 LCSP) y el Comité de cooperación en materia de contratación pública (artículo 329 LCSP) en áreas de acción común con las Comunidades Autónomas y las Entidades locales.

Del otro lado de la relación contractual se encuentra la persona del contratista. El contratista debe reunir una capacidad de contratar en los términos reconocidos por el artículo 65 LCSP además de acreditar una solvencia económica y financiera y profesional o técnica conforme se atestigua a partir de lo dispuesto en los artículos 74.1 y 86 y siguientes de la LCSP. A la tradicional



solvencia del contratista la LCSP incluye como novedad un par de extremos. El primero pasa porque un criterio de solvencia a justificar por el adjudicatario no es otro que el cumplimiento de los plazos legales en el pago a los proveedores (sobre todo en los casos de subcontratación con PYMES). El segundo que se recoge como una condición o criterio de solvencia técnica la exigencia de certificados de gestión ambiental.

Además de la aptitud o capacidad para contratar y de la solvencia, la LCSP recoge en su artículo 71.1 una relación de prohibiciones para contratar. Por lo que estando incurso un contratista en alguna de las que en ese precepto se mencionan quedará imposibilitado de celebrar un contrato con la Administración. La novedad, también aquí, de la LCSP es el aumento y reforzamiento de los supuestos de prohibición respecto de la anterior regulación.

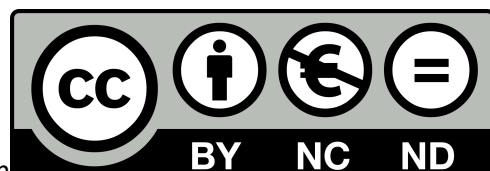
Por otra parte, la LCSP también recoge la clasificación de empresas (artículo 77), el Registro de empresas, ya clasificadas (artículo 81) y las garantías para contratar (artículo 106 y siguientes) pudiendo ser éstas provisional, definitiva y prestadas por terceros.

III. LA PREPARACIÓN, FORMALIZACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

En el estudio de las actuaciones relativas a la contratación y concretamente en la preparación de los contratos existen una serie de actuaciones preparatorias (previstas en los artículos 115 y siguientes LCSP). Y en el propio artículo 115 se recoge como novedad la posibilidad de que el órgano de contratación lleve a cabo consultas preliminares del mercado con el fin de preparar correctamente la licitación (estudios de mercado y consultas a operadores) e informar a los propios operadores económicos de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que en su caso exigirá.

Desde ese instante, la preparación del contrato pasa por la apertura del procedimiento de contratación, la tramitación del expediente (pudiendo ser ésta ordinaria, urgente o de emergencia), la elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas (tanto generales como particulares).

A la hora de contratar interesa distinguir entre los procedimientos de contratación (que determinan quién puede concurrir a la oferta de contratación) y las formas de adjudicación (cómo va a ser seleccionado el contratista de entre los concurrentes).



A los procedimientos de adjudicación dedica la LCSP sus artículos 131 y siguientes. Estos procedimientos de adjudicación pueden ser: ordinario, especiales y extraordinario.

-procedimiento ordinario.

A su vez puede ser abierto (conforme al artículo 156 LCSP) donde todo empresario interesado puede presentar una proposición. No obstante, se contempla un procedimiento abierto simplificado (artículo 159 LCSP) con tramitación sumaria para los contratos de menor cuantía pero con los requisitos de publicidad y transparencia.

Y el procedimiento ordinario puede ser también restringido (artículo 160 LCSP). En el mismo sólo pueden presentar proposiciones los empresarios seleccionados por la Administración previa solicitud de participación y en atención a su solvencia.

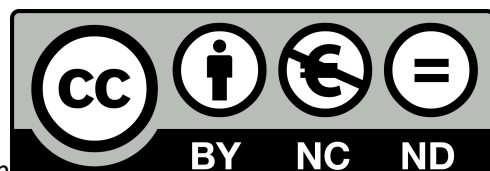
-procedimientos especiales.

Donde cabe distinguir: i) un procedimiento de adjudicación negociado (artículo 166 LCSP) sólo para casos tasados en los que se consulta con varios candidatos y se negocian las condiciones con uno o varios de ellos; ii) diálogo competitivo (artículo 172 LCSP) a partir del cual se inicia un “diálogo” con los candidatos seleccionados previa solicitud para desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades del órgano de contratación, tras lo cual se presentan ofertas por aquellos; y iii) asociación para la innovación (artículo 177 LCSP) para aquellos casos necesarios de actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores para su posterior adquisición por la Administración.

-procedimiento extraordinario.

En los contratos menores, por razón de la cuantía, puede procederse a la adjudicación directa del contrato conforme contempla el artículo 131.3 LCSP.

Por su parte, las formas de adjudicación, como ya hemos precisado, apuntan a la forma en que el contratista va a ser seleccionado de entre todos los candidatos que concurren a la licitación. Dentro del procedimiento ordinario, tratándose de procedimientos abiertos y restringidos, el contrato se adjudicará mediante subasta o mediante concurso. La adjudicación por subasta tiene lugar a partir de un tipo expresado en dinero con adjudicación al que sin superar aquél, oferte el



el precio más bajo. Cabe apuntar que, además, de la posibilidad de la subasta electrónica conforme reconoce el artículo 143 LCSP, la LCSP ha endurecido las reglas de la subasta con el fin de combatir las ofertas anormalmente bajas.

Por su parte, la adjudicación por concurso resulta la fórmula más extendida y consiste en la adjudicación al licitador que en su conjunto presente la proposición más ventajosa, sin atender exclusivamente ya al precio, como acontece por el contrario con la subasta. Es así que en la adjudicación entran en juego otros condicionantes, además del precio, como el plazo de ejecución, la calidad, el servicio postventa, etc.

Sea por una u otra forma, la adjudicación del contrato provoca el efecto jurídico de su perfeccionamiento y formalización, previa prestación de garantías por el empresario, desencadenándose la ejecución del contrato a partir de lo señalado en los artículos 192 y siguientes LCSP.

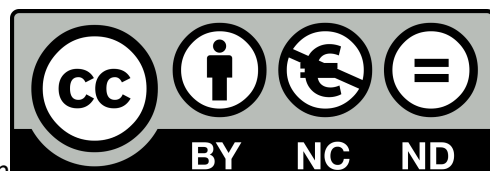
Otros aspectos a tener en cuenta en todo contrato del sector público son su objeto, precio y duración.

Comenzando por el objeto, el artículo 99 LCSP contempla que el mismo debe ser determinado no estando permitido su fraccionamiento con el fin de reducir su cuantía o eludir con ello los requisitos de publicidad o el procedimiento de adjudicación. Además, y siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permita, el mismo puede dividirse en lotes con el fin de facilitar el acceso a la contratación al mayor número posible de empresas.

En cuanto al precio, el artículo 102 LCSP prescribe que será cierto, expresado en euros, a tanto alzado o mediante precios unitarios siendo posible su revisión o actualización a raíz de las variaciones económicas que se produzcan durante la ejecución del contrato.

Y en tercer lugar, la duración del contrato. A partir de lo dispuesto en el artículo 29 LCSP, el contrato no está sujeto a un plazo determinado viniendo éste definido a partir de la naturaleza de las prestaciones, las características de la financiación y la necesidad de concurrencia periódica. Cabe la posibilidad de prórroga en su ejecución previendo la LCSP reglas especiales para determinados tipos de contratos (por ejemplo para los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios).

Por último cabe referirse, a la hora de ejecutar un contrato del sector público, a las prerrogativas que se reconocen a la Administración en el artículo 190 LCSP. La Administración tiene la facultad de:



- interpretar los contratos y resolver las dudas acerca de su cumplimiento.
- modificar el contrato por razones de interés público y según esté o no prevista tal posibilidad en el pliego de cláusulas administrativas.
- declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato.
- acordar la suspensión y/o resolución del contrato y la determinación de sus efectos.
- inspeccionar las actividades del contratista durante la ejecución del contrato.
- más problemática con la LCSP se ha hecho la posibilidad de revisar los precios del contrato (artículo 103 y siguientes). Una revisión de precios que si bien presenta el objetivo del mantenimiento del equilibrio económico del contrato tiene también sus límites con el principio de riesgo y ventura que asume el empresario al contratar (conforme recrea el artículo 197 LCSP).

