

Contratación local

Jesús Colás Tenas

Este informe da noticia del discurrir y acontecer local, a lo largo del año 2011 en Aragón, en lo que concierne a la contratación del sector público.

I. LEGISLACIÓN

1. Legislación del Estado en materia de contratación en el 2011

Durante el año 2011 la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), no ha cesado de sufrir diversas modificaciones y reformas de profundo calado, al igual que ya ocurriera durante 2010, que acentúan el incierto panorama y la complejidad del marco jurídico de la contratación del sector público¹. Muchos son los comentarios y calificativos, que

.....

1 Además debe tenerse en cuenta que, en estos momentos, existen dos propuestas de directivas europeas sobre contratación pública. La Propuesta de Directiva sobre contratación pública, COM (2011) 896 final; y la Propuesta de Directiva sobre contratación por parte de las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, COM (2011) 895 final. La reforma de la legislación sobre contratación pública constituye una de las doce acciones prioritarias inscritas en el Acta del Mercado Único, adoptada en abril de 2011. Para todos los Estados miembros, la eficacia del sistema público de pedidos ha pasado a ser una prioridad, habida cuenta de las limitaciones presupuestarias actuales. Es necesario disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos y a sus proveedores adjudicar contratos transparentes y competitivos lo más fácilmente posible, para poder comprar con la mejor relación calidad/precio (*value for money*).

ha merecido esta incesante modificación del ámbito normativo de la contratación del sector público. Todos ellos, preocupados por la falta de seguridad jurídica, que los continuos cambios normativos conllevan para los gestores de la contratación pública. En cualquier caso parece evidente que la ausencia de estabilidad normativa, que inicialmente se presagiaba con la promulgación de la LCSP, se ha convertido en uno de sus mayores defectos, junto a la deficiente regulación de las especialidades en materia de contratación en el ámbito local.

Las novedades legislativas que inciden y modifican la LCSP durante el año 2011, enumeradas en su orden cronológico, son las siguientes:

1ª. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modifica diversos artículos de la LCSP, y, en su disposición adicional trigésima segunda, autorizaba al Gobierno para elaborar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, un texto refundido en el que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de Ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos².

2ª. El Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas³.

.....

- 2 Sin duda alguna, la novedad más relevante de la LES, en materia de contratación pública, es la regulación de la potestad de modificación de los contratos; el nuevo régimen del *ius variandi*, o facultad de modificar unilateralmente el contrato por parte de la Administración. Conviene leer, en esta materia, la Circular núm 1/2011, de la Abogacía General del Estado, de 7 de abril de 2011, sobre el «Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público».
- 3 Esta norma modifica en su art. 7, el art. 49.1 LCSP dedicado a las prohibiciones de contratar, incluyendo en el párrafo c) como causa de prohibición, junto con las infracciones muy graves en materia social, la infracción grave prevista en el art. 22.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que consiste en no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores en la Seguridad Social. El art. 5 establece que los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores que estos ocupen en los mismos.

3ª. La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad⁴.

4ª. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵.

5ª. El Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios, de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas. Esta nueva regulación, amplía el repertorio de materiales incluidos en las fórmulas, respecto de lo recogido en las fórmulas hasta ahora vigentes, algunas con más de cuarenta años de vigencia, y excluye de la relación la mano de obra, el coste de la cual no se ha de incluir en las fórmulas, de acuerdo con lo que dispone el art. 79.1 LCSP⁶.

.....

4 Esta Ley transpone la Directiva de la Unión Europea 2009/81/CE, de 13 de julio, sobre contratación en los sectores de defensa, pero aprovecha para reformar nueve artículos de la LCSP, alguno de ellos afectado por la Ley 34/2010 o por la Ley 2/2011. La Ley incorpora un nuevo párrafo final del apdo. 2 del art. 310 LCSP, introducido por la Ley 2/2011, según el cual *sin embargo*, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 92 bis a 92 quáter, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos. Esta modificación plantea la duda de su adecuación al Derecho europeo de los contratos públicos, en concreto en lo que respecta a la Directiva 89/665/CEE. También añade un nuevo apdo. 8 al art. 210 LCSP, excluyendo expresamente la posibilidad de que los subcontratistas ejerzan la acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.

5 Esta ley introduce en la LCSP un nuevo artículo, el art. 70 bis, según el cual los órganos de contratación ponderaran, en los supuestos en que ello resulte obligatorio, que los licitadores cumplan con lo dispuesto en el art. 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos relativo a la obligación de contar con un 2% de los trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes. Este mandato es de compleja aplicación en la práctica de la contratación pública, pues el criterio cuya aplicación se impone no tiene relación alguna con el objeto del contrato, tal y como exige el art. 134 LCSP.

6 Como advierte el Consejo de Estado, en Dictamen 1311/2011 de 22 de septiembre de 2011, las vigentes fórmulas no cumplían ya con el mandato de reflejar esta ponderación, como ha señalado alguna de las empresas intervinientes en el trámite de información pública; mientras que la supresión legal del concepto «mano de obra» responde –según también se ha advertido, pensando en los supuestos de contratos de obras– a una profunda transformación de los procesos constructivos de obras públicas como consecuencia de la aplicación de nuevas tecnologías, de forma que dicho componente ha perdido peso en beneficio de los materiales básicos y la energía, en el conjunto de factores que deben sope-

También es necesario dejar constancia de la promulgación de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Esta norma no modifica precepto alguno de la LCSP, sino que se dirige a los órganos de contratación para que promuevan e impulsen la utilización de criterios medioambientales⁷.

Especial mención debe hacerse, en cuanto a la legislación del Estado se refiere, al *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*. El BOE de 16 de noviembre de 2011 publicó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 16 de diciembre de 2011⁸. La nueva norma, dando cumplimiento al mandato contenido en la Ley de Economía Sostenible, integra y ordena en un texto único, todas las disposiciones aplicables a la contratación del sector público, incluidas la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, las sucesivas leyes que la han modificado por diversos motivos, y otras disposiciones contenidas en normas con rango de ley, entre ellas las relativas a la captación de financiación privada, para la ejecución de contratos públicos. El TRLCSP deroga, entre otras, la LCSP y los artículos hasta la fecha vigentes (253 a 260) del TRLCAP.

Finalmente, en cuanto al Estado se refiere, la 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 2012⁹. Esta orden modifica diversos artículos del texto refundido de la

.....

sarse para calcular el coste de las obras. Una cuestión de cierta relevancia es, por ello, la de definir el llamado *coste o término fijo no revisable* (el integrado por la mano de obra, costes financieros, gastos generales y beneficio industrial).

- 7 En concreto, estas llamadas se recogen en los siguientes artículos: art. 16 Medidas e instrumentos económicos: *Las administraciones públicas promoverán en el marco de contratación de las compras públicas el uso de productos reutilizables y de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales procedentes de residuos, cuya calidad cumpla con las especificaciones técnicas requeridas*. Art. 21. Recogida, preparación para la reutilización, reciclado y valorización de residuos. *Así mismo, se impulsarán medidas de promoción de los productos preparados para su reutilización a través de la contratación pública y de objetivos cuantitativos en los planes de gestión*, y Apdo. 15 del Anexo IV Ejemplos de medidas de prevención contempladas en el art. 15: *Incorporación de criterios medioambientales y de prevención de la generación de residuos en las compras del sector público y de las empresas. En relación con las compras del sector público, los mencionados criterios podrán integrarse en los pliegos o documentación contractual de carácter complementario, como criterios de selección o, en su caso, de adjudicación, de acuerdo con el Manual sobre la contratación pública con criterios medioambientales publicado por la Comisión*.

8 Corrección de errores BOE de 3 de febrero de 2012.

9 Publicada en el BOE de 23 de diciembre de 2011.

Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 24/2011 de contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y la Ley 31/2007 sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

2. Legislación de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de contratación en el 2011

En Aragón, durante el año 2011, se produce una de las novedades normativas de mayor interés en materia de contratación. En el Boletín Oficial de Aragón de 10 de marzo de 2011, fue publicada la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón¹⁰. Consta de un preámbulo, 21 artículos distribuidos en cinco capítulos, ocho disposiciones adicionales, cinco transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales¹¹.

.....

10 Véase el Informe 4/2011, de 19 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el Anteproyecto de Ley de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

11 La parte expositiva resume a continuación la estructura y contenido de la Ley. El capítulo I (disposiciones generales) comprende los arts. 1 a 3, en los que se delimitan el objeto y ámbito de aplicación de la ley y se establecen los principios rectores de la contratación. Los capítulos II, III y IV recogen diversas medidas dirigidas a lograr una mayor concurrencia, igualdad, eficiencia, agilidad y simplificación de las distintas fases de los procedimientos administrativos de contratación. En particular, el capítulo II contiene las *medidas en la fase de preparación del contrato*; lo integran los arts. 4 a 7 que regulan, respectivamente, las siguientes cuestiones: fomento de la concurrencia; documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos; documentación exigida en procedimientos negociados y simplificados; y reservas sociales de contratos. Una de las principales novedades establecidas en esta fase del procedimiento de contratación es la necesidad de consultar a tres empresas en determinados contratos menores, medida con la que se pretende lograr una mayor transparencia que redundará en una superior eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Destaca, además, la simplificación de la documentación que los licitadores deben presentar para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el procedimiento de contratación (art. 6). El capítulo III establece las «medidas en las fases de adjudicación, formalización y ejecución del contrato», recogidas en los arts. 8 a 13 y relativas, respectivamente, a la composición y funcionamiento de las mesas de contratación; la aclaración de ofertas; el procedimiento simplificado de adjudicación de contratos, que se crea para favorecer una mayor agilidad en la tramitación de los procesos de contratación y al que puede acudir para la celebración de contratos que no superen determinados límites; la formalización de contratos basados en un acuerdo marco y sistemas dinámicos de contratación; el criterio de resolución de empates en la valoración de ofertas; y el plazo para resolver los procedimientos de resolución contractual. El capítulo IV

El preámbulo comienza señalando que la actual situación económica exige adoptar, en el marco de lo dispuesto en la legislación estatal y de la Unión Europea, las medidas necesarias para dotar de estabilidad al sistema de gestión de los recursos públicos, y permitir una tramitación de los contratos públicos más rápida y eficiente. A tal fin se dicta la presente Ley, a través de la cual se crea además, en desarrollo de la normativa estatal y europea, el denominado Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, como órgano en-

.....

contiene las «medidas de simplificación y eficiencia en materia de contratación electrónica»; en él se integran los arts. 14, 15 y 16, relativos al *plazo para entender rechazadas las notificaciones practicadas por medios electrónicos*, a los *certificados acreditativos del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social* y a la *acreditación de la identidad de personas físicas*.

Por último, el capítulo V se dedica al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, regulando su naturaleza y competencias (art. 17), su composición (art. 18), la duración del mandato y el régimen de incompatibilidades y garantías de los miembros del Tribunal (art. 19), la figura del Secretario del Tribunal (art. 20) y las *especialidades procedimentales* (art. 21).

En cuanto a las disposiciones adicionales, ocho en total, se regulan en ellas las siguientes cuestiones, respectivamente: régimen de contratación de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón; órganos de contratación en el ámbito de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y las entidades de su sector público; autorizaciones de expedientes de contratación por el Gobierno de Aragón; uso de medios electrónicos en el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; unidad de apoyo al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y dotación de medios económicos; acceso a los perfiles de contratante de los poderes adjudicadores del sector público autonómico; Departamento de adscripción del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; y aplicación de la Ley a las entidades locales.

Las disposiciones transitorias, por su parte, establecen el régimen aplicable a los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley; el procedimiento de puesta en marcha del sistema de verificación de la identidad de personas físicas; el régimen de los recursos en tanto no se constituyan los órganos regulados en la Ley; el régimen de reservas sociales de contratos para el año 2011; y la actualización de las referencias a los grupos de clasificación profesional del personal funcionario de carrera que sean miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

La disposición derogatoria declara derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la Ley y, en particular, los apdos. 1 y 2 de la disposición adicional octava de la ley 5/2009, de 30 junio, de servicios sociales de Aragón.

En cuanto a las disposiciones finales, la primera recoge una modificación al art. 51.1 del texto refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 junio, del Gobierno de Aragón; la segunda establece las normas aplicables a las *notificaciones electrónicas en contratos sujetos a regulación armonizada*; y la tercera, en fin, se refiere a la entrada en vigor de la Ley a los dos meses de su publicación.

cargado de conocer y resolver los recursos especiales, las reclamaciones y las cuestiones de nulidad que en materia de contratación, se planteen en el ámbito de los poderes adjudicadores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Tal y como recuerda el preámbulo, la Ley se dicta al amparo de las competencias que el art. 75 del Estatuto de Autonomía de Aragón atribuye en sus apdos. 11 y 12, a la Comunidad Autónoma de Aragón, para el desarrollo normativo y la ejecución de la legislación básica que establezca el Estado conforme a lo dispuesto en el art. 149.1.18.^a de la Constitución, en materia de contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma y de las restantes Administraciones públicas aragonesas, incluidas las Entidades Locales, sin perjuicio de la competencia exclusiva en materia de creación, organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno reconocida por el art. 71.1 del referido Estatuto de Autonomía, en el marco de los arts. 140 y 149 de la Constitución, con pleno respeto a la legislación básica estatal y a las directivas comunitarias en materia de contratación pública.

El Consejo de Ministros de 2 de diciembre de 2011¹², aprobó solicitar al Presidente del Gobierno la interposición de recurso ante el Tribunal Constitucional contra la ley de Contratos del sector público de la comunidad de Aragón. La propuesta de recurso, que contaba con el dictamen favorable del Consejo de Estado¹³, establece que en algunos de los preceptos contenidos en esta ley se ha producido una extralimitación competencial. En concreto, se considera que con la Ley de Contratos del Sector Público, se ha producido una invasión de competencias por parte de la Comunidad Autónoma, entre otras cuestiones, en lo que se refiere al procedimiento simplificado de adjudicación de contratos, que supone en la práctica, la re-

.....

12 El recurso de inconstitucionalidad se interpuso el 9 de diciembre de 2011 por la Abogacía del Estado. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 20 de diciembre de 2011, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 6720-2011, promovido por el Presidente del Gobierno contra los arts. 6 y 10 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. En la providencia se hace constar que por el Presidente del Gobierno se ha invocado el art. 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso –9 de diciembre de 2011–, para las partes del proceso, y desde la publicación del correspondiente edicto en el *Boletín Oficial del Estado* para los terceros. La publicación de la providencia del TC tuvo lugar en el BOE del 29 de diciembre de 2011.

13 Véase el Dictamen 1817/2011 del Consejo de Estado, de 17 de noviembre de 2011, relativo al recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón.

gulación de un procedimiento nuevo no previsto en la ley estatal de Contratos del Sector Público.

Para la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sin embargo, este denominado *procedimiento simplificado*, no es en sí mismo un procedimiento de contratación –tasados por el art. 122 LCSP–, sino una tramitación simplificada del procedimiento abierto, en el que todo empresario interesado puede presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato. Así, en su Informe 15/2011, de 8 de junio de 2011, la Junta aragonesa entiende que este *nuevo* procedimiento, no es sino una simplificación del procedimiento abierto, cuyos elementos estructurales, se respetan y cuyas características fundamentales, simplificación, agilización y reducción de trámites, se justifican en la propia filosofía propugnada por la propia Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y por la Comisión Europea (Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE), y que es de especial interés, en tanto pretende favorecer el acceso de las PYMES al mercado de los contratos públicos, y facilitar una gestión administrativa del expediente de contratación. Además, permitirá corregir prácticas incorrectas, como la utilización del procedimiento negociado como tipo ordinario *simplificado* en las cuantías marcadas en la LCSP, confundiendo la simplificación con la flexibilidad, falseando la naturaleza y función del procedimiento (al que en muchas ocasiones se le priva de la característica esencial de la negociación).

II. JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

A. *Contrato de obras bajo la modalidad de abono total del precio. Distinción entre precio que figura en el contrato y precio total y final de la obra*

La STS de 14 de junio de 2011, dictada en recurso de casación deducido contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, desestimatoria del recurso interpuesto contra resolución de la dirección general de Carreteras del Ministerio de Fomento, que desestima la petición de intereses de demora por el retraso en el pago de la liquidación de la “Ronda de la Hispanidad Zaragoza. Tramos: de la N-330 a la N-232 y de la N-232 a la A-2”.

Las obras objeto de controversia, se contrataron bajo la modalidad de abono total del precio, que de conformidad con el art. 147 de la Ley 13/1996 y el RD 704/1997, de 16 de mayo, posibilitan el fraccionamiento en distintas anualidades hasta un máximo de 10 años. La cláusula 18 del pliego de condiciones administrativas particulares, establecía que el precio que figurase en el contra-

to se abonaría al final de la obra, definiendo asimismo el precio total y final de la obra, como aquel que resulte de aplicar a los precios unitarios del proyecto afectados por la baja, a la medición de la obra realmente ejecutada, incrementado en la revisión de precios y en la compensación financiera. Se disponía además, que si existiere diferencia entre el precio total y final, y el pago a realizar a la entrega de la obra, se abonaría dentro de las tres anualidades siguientes a la citada entrega.

La Sala asume la interpretación que de dicha cláusula efectúa la Abogacía del Estado, y confirma la sentencia de instancia, de forma que debe distinguirse entre “precio que figura en el contrato”, que se pagará al final de la obra, y “precio total y final de la obra”, cuya demora en el pago para el cálculo de intereses, solo se produce cuando hayan transcurrido tres anualidades. Por ello se producen dos supuestos distintos del pago del precio: uno, el contractual y otro, el exceso del precio convenido que resulte del final de la obra, no pudiendo considerarse que exista retraso en el pago ya que se abonó dentro del mencionado plazo establecido en la cláusula 18.2.

2. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

A. *Cálculo del importe de la revisión de precios*

La STSJ de Aragón de 8 de marzo de 2011, aborda un tema recurrente en el día a día de la contratación pública, la determinación de la base sobre la que ha de efectuarse la revisión de precios en las certificaciones de obras. La Diputación General de Aragón interpuso recurso de apelación, frente a la sentencia de 10 de noviembre de 2008 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 3, que estimó la pretensión de la parte actora, entendiendo que procede la revisión de precio sobre el anticipo de maquinaria e instalaciones fijas, sobre la base de no efectuar distinción alguna, sobre abono en cuenta o anticipo de materiales y anticipo o abono a cuenta de instalaciones fijas o maquinaria adscrita a la obra. El recurrente considera que el Juzgado incurre en error, porque las cantidades anticipadas en concepto de maquinaria e instalaciones de la obra no son revisables, y su importe no puede computarse a efectos de determinar el veinte por ciento exento de revisión. Alega el recurrente, finalmente, que los abonos a cuenta por instalaciones y gastos de equipo, tienen el carácter de gastos generales, y como tales, no revisables, pues, lo contrario produciría la ruptura del principio de estabilidad presupuestaria. El contratista, y la sentencia apelada, mantienen que los reintegros de cantidad que ha ido realizando a lo largo de determinadas certificaciones, como devolución de los importes recibidos como anticipos de maquinaria, no se deben deducir también de la base sobre la que se calcula la revisión de precios.

El TSJA, basándose en diversos Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado¹⁴, desestima el recurso de apelación, pues considera que son susceptibles de revisión los abonos a cuenta por acopio de materiales, pero no los correspondientes a instalaciones y equipos, y que su importe es computable a efectos de determinar el 20 por 100 exento de revisión, lo que trae causa de la distinta naturaleza de los abonos a cuenta, pues mientras los materiales acopiados están destinados a ser incorporados físicamente a la obra, las instalaciones y equipos son elementos auxiliares de la obra, que no se incorporan a ésta y, como consecuencia de ello, en el primer caso, el contratista normalmente recupera el precio de los materiales por virtud de la obra certificada, en tanto que en el segundo, las instalaciones y equipos no trascienden a las certificaciones como realidad física, sino que el contratista recupera su valor por repercusión de su coste sobre el precio de la obra. Los anticipos por maquinaria, ni son revisables, ni su importe se computa en el 20 por 100 exento de revisión. La razón fundamental que avala este criterio, es que la revisión de precios y el umbral exento hacen referencia a la “obra ejecutada” o al “volumen de obra ejecutada” tanto en la regulación del Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero, como en la de los arts. 104 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo sostenerse que el importe de los abonos a cuenta o anticipos por maquinaria, no son importe de la obra ejecutada, dado que dicha maquinaria no se incorpora a la obra, a diferencia de lo que sucede con los materiales acopiados.

Por las razones expuestas, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa consideraba que “los Directores de la obra en la justificación del importe de estos abonos, deberán poner especial cuidado en sobrepasar un porcentaje a justificar, de la repercusión de los equipos en las unidades de obras en las que intervienen de acuerdo con el cuadro de precios descompuesto del proyecto, cuando este exista, y teniendo en cuenta que dicha repercusión, contiene la amortización del equipo o instalación, por una parte, y los gastos de funcionamiento por otra, siendo solamente objeto de abono por adelantado los gastos de amortización. De no producirse el adelanto de los gastos de amortización de equipos y maquinaria por parte del órgano de contratación, a favor del contratista, permanecerían constantes durante la ejecución del contrato, de lo que se deduce, que en el caso de reintegro de estos abonos por parte del contratista al órgano de contratación, no deben de estar afectados por ninguna revisión de precios al alza o a la baja, circunstancia que se produciría si de la obra ejecutada en el período de abono de certifica-

.....

14 Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 67/1987, de 18 de noviembre; 10/1999, de 30 de junio, y 65/1999, de 21 de diciembre.

ciones, se detrajera la cantidad para la amortización del abono adelantado por instalaciones y equipos, produciendo perjuicio a una de las partes –contratista u órgano de contratación–, por el mero hecho de no considerar la revisión de precios asociada a la detracción de la parte de obra ejecutada”; de manera que “los reintegros de los abonos adelantados por instalaciones y equipos, no deben estar afectados por ninguna revisión de precios, y por lo tanto, lo procedente será valorar la obra ejecutada durante el período de abono de certificaciones, aplicando a las mediciones los precios del contrato, y, a continuación, efectuar el descuento de los abonos por acopios de materiales, si así procediera, y una vez obtenido este resultado aplicarle la revisión de precios. Finalmente, de este último resultado procede efectuar la detracción para el reintegro de abonos a cuenta por instalaciones y equipos”.

B. Encomienda de gestión, exclusión del ámbito de aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas

La STSJ de Aragón de 10 de mayo de 2011, desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil contra la resolución del presidente de la sociedad *Expoagua*, en virtud de encomienda de gestión, que adjudicaba a una tercera sociedad, un contrato de servicios de transporte de bicicletas y de instalación y explotación de soportes publicitarios. Para la Sala queda justificado, que el concurso no se atuviera a las normas que rigen la contratación pública, como era sobradamente conocido por la entidad recurrente, que se sometió a las mismas reglas que los demás participantes, y en condición de igualdad con los mismos, que resultaría afectada si, a voluntad de quien no resulta beneficiado en la adjudicación, se diera lugar a la nulidad para provocar la retroacción de las actuaciones con nueva oportunidad para quien nada alegó en su momento.

Plantean el Abogado del Estado, la representación procesal del Ayuntamiento de Zaragoza, y la codemandada adjudicataria, que resulta inadmisibles la impugnación indirecta contra la encomienda de gestión por parte del Ayuntamiento a favor de la sociedad estatal, mediante el recurso contra la resolución de adjudicación del contrato, porque la encomienda es un acto consentido y firme para la recurrente, al haber concurrido a la convocatoria sin recurrirla, habiendo quedado sometida a las bases de la misma.

Reiterada jurisprudencia ha establecido (por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004), que en materia de concursos, el pliego de condiciones se constituye en ley del concurso. La impugnación de las irregularidades en los pliegos, “no pueden ser acogidas con base en la doctrina de esta Sala, que considera que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de

cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación. Y, dejando al margen otras consideraciones, esto es lo que ha de entenderse que viene a señalar la sentencia recurrida, en su fundamento jurídico segundo, al afirmar que los motivos del recurso referidos a la preparación del contrato administrativo, constituyen alegaciones del actor extemporáneas e intrascendentes”. En definitiva, la naturaleza contractual, y 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 de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado 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”.

En cuanto a la regulación concreta de las encomiendas de gestión en el momento de la convocatoria del concurso, venía recogida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, concretamente en su art. 3.1.1, conforme al cual estas encomiendas quedan exceptuadas de la legislación de contratos.

Respecto a la falta de control de la actividad de *Expoagua* por parte del Ayuntamiento de Zaragoza, no puede así deducirse del hecho de poseer tan solo el 15% de su capital, pues en otros supuestos se admite tal control con una participación menor y, fundamentalmente, la parte recurrente no ha señalado ningún ejemplo de acto realizado por la misma, por el que se pudiera acreditar dicha falta de control. En definitiva, queda justificado que el concurso de referencia no se atuviera a las normas que rigen la contratación pública, como era sobradamente conocido por la entidad recurrente, que se sometió a las mismas reglas que los demás participantes y en condición de igualdad con los mismos, que resultaría afectada si, a voluntad de quien no resulta beneficiado en la adjudicación, se diera lugar a la nulidad por causas como las ahora alegadas. para provocar la retroacción de las actuaciones con nueva oportunidad para quien nada alegó en su momento.

C. La Rectificación de errores como técnica de modificación del pliego de prescripciones administrativas

La STSJ de Aragón de 16 de mayo de 2011, considera que la Administración, mediante una mera “corrección de errores”, no puede proceder a una modi-

ficación sustancial de las prescripciones administrativas, y a una ampliación del plazo de presentación de ofertas, pues tal actuación es contraria al art. 142.3 LCSP y al art. 78.3 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por ello, se declara la nulidad del expediente de contratación del servicio de funcionamiento y apoyo técnico administrativo, en materia deportiva de la Casa de Federaciones Deportivas Aragonesas, desde la finalización del primer plazo concedido para concursar, a los efectos de que la Administración dicte la resolución procedente.

D. La base imponible para la liquidación de la Tasa de Dirección e Inspección de Obras con ocasión de la expedición de certificaciones de obra

La STSJ de Aragón de 21 de septiembre de 2011, resuelve el recurso contra la resolución de la Sala Primera del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Aragón de 26 de noviembre de 2003, por la que se desestimaban varias reclamaciones interpuestas contra liquidaciones efectuadas por la Confederación Hidrográfica del Ebro, por la Tasa de Dirección e Inspección de Obras de la obra denominada “Modificación num. 2 de Proyecto de recrecimiento del Embalse de Yesa sobre el Río Aragón”. La Sala resuelve la pretensión de nulidad, anulación o revocación de las liquidaciones impugnadas, practicando otras en su lugar, en las que únicamente se tenga en cuenta como base imponible de la Tasa por Dirección e Inspección de Obras el presupuesto de ejecución material, una vez excluida la cantidad correspondiente a la Revisión de Precios.

Después de un extenso resumen de la diferentes tesis que ha mantenido el TS a este respecto, la Sala sostiene el criterio del TS, según el cual la base de la tasa estará constituida exclusivamente por el “presupuesto de ejecución material”, esto es, el importe líquido de las obras ejecutadas, que únicamente podrá ser incrementada, por las adquisiciones y suministros previstos en los propios proyectos y certificaciones expedidas por los servicios competentes, sin tomar en consideración las ulteriores y eventuales alteraciones de los costes que determinen la revisión del precio contractual, revisión de precios que tienen su propio régimen y tratamiento específico en otro diferente apartado de dicha norma. La resolución administrativa que toma en consideración para la fijación de la base imponible no sólo el precio inicial, sino los ulteriores incrementos resultantes de la revisión de precios, implica una doble imposición de la diferencia entre el precio inicial y el definitivo, e implica una interpretación extensiva del ámbito del hecho imponible contraria a los elementales principios vigentes en esta materia”.

III. ÓRGANOS ESPECIALES Y CONSULTIVOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

1. Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón¹⁵

A. Exclusión de licitador por incorrecta presentación de la documentación en los sobres¹⁶

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante TACPA), en su Acuerdo 1/2011 de 28 de marzo, recuerda que el art. 134.2 LCSP, al regular los criterios de valoración de las ofertas, dispone que la evaluación de las ofertas, conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. En el mismo sentido, el art. 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial LCSP exige que, *La do-*

.....

15 La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, prevé, entre otras cuestiones, la creación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, órgano administrativo especializado e independiente, cuya constitución estaba prevista en el art. 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En el mismo Boletín se publicó la Orden de 9 de marzo de 2011, de la Consejera de Presidencia, por la que se dio publicidad al Acuerdo de 8 de marzo de 2011, del Gobierno de Aragón, por el que se designaba a los vocales de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que transitoriamente desarrollarán las funciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Con fecha 11 de marzo de 2011 se constituyó el Tribunal, que tiene su sede en la plaza de los Sitios núm. 7 de Zaragoza, 4ª planta y dirección de correo electrónico tribunalcontratosaragon@aragon.es. Además de Aragón en la actualidad existen los siguientes órganos especiales; Andalucía (Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía), Madrid (Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid), País Vasco (Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco) y Cataluña (Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña).

16 Durante una licitación para el suministro de mobiliario de oficina con destino a la Diputación Provincial de Zaragoza, la Mesa de Contratación debió hacer frente a una incidencia inesperada. Un licitador confundió el contenido de los sobres de documentación administrativa en que se presentaba la justificación documental del proceso: un sobre para los criterios *automáticos* y otro sobre para los *no automáticos*. Por error, el empresario había incluido los certificados de calidad y medioambientales, en el denominado Sobre núm. 2 (*documentación alusiva a criterios de adjudicación no obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas matemáticas*) cuando debió incluirlo en el Sobre núm. 3 (*proposición económica y documentación alusiva a criterios de adjudicación obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas matemáticas*) cuyo contenido, a su vez, fue incluido en el Sobre núm. 2.

cumentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición, con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.

Las exigencias derivadas tanto del principio de igualdad de trato, como en estas previsiones normativas requieren, para el Tribunal, que en la tramitación de los procedimientos se excluya cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores, muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Todo ello, con la finalidad de evitar que puedan verse mediatizadas, o contaminadas entre sí, las diversas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Razona el Tribunal que, si se considerara que estas exigencias no tienen más finalidad que la de establecer un procedimiento *ordenado* de apertura de las documentaciones, podría admitirse que la falta de cumplimiento de las mismas, no determinase de forma inevitable la exclusión del procedimiento de las empresas que incumplen dichas previsiones. Sin embargo, continúa el Tribunal, “tal conclusión adolecería de superficialidad, en la consideración del verdadero propósito de las exigencias formales de la contratación pública. Como se ha señalado, la finalidad última del sistema adoptado para la apertura de la documentación, que constituye la base de la valoración en dos momentos temporales, es mantener, en la medida de lo posible, la máxima objetividad en la valoración de los criterios que no dependen de la aplicación de una fórmula, evitando que el conocimiento de la valoración pueda influenciar en uno u otro sentido tal valoración”.

De ello se deduce que, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores, que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la documentación de carácter técnico, presentada por éstos, puede ser valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta. De modo que, se infringirían los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra la LCSP. Y ello, porque el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se valoran mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la valoración, y en consecuencia, cuando son conocidos los de una parte de los licitadores solamente, se originaría una desigualdad en el trato de los mismos. Frente a ello, la única solución posible para el Tribunal, es la inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas, de manera que incumplan los requisitos establecidos en la normativa, con respecto a la forma de presentar las mismas.

B. *Proporcionalidad de los criterios de solvencia*¹⁷

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio de igualdad de trato, que es la piedra angular sobre la que descansan las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como ponen de relieve las Sentencias del TJCE de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otro, y de 19 de junio de 2003, *GAT*.

La aplicación de este principio, en la fase de solvencia, es de gran importancia práctica. Y es que, lo que se pretende a la hora de valorar la aptitud de un contratista –mejor operador económico, en la terminología de la Directiva 2004/18–, es determinar la auténtica capacidad para hacer efectiva, en las condiciones pactadas, la prestación en cuestión que se demanda por el ente contratante, por cuanto lo importante, en la contratación pública, es la correcta ejecución del contrato adjudicado. En consecuencia, para contratar con los poderes adjudicadores, que deben aplicar la LCSP, los contratistas deben cumplir una serie de requisitos previos que hacen referencia a la capacidad de obrar, la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica; debiendo estar únicamente, en cuanto a restricciones, a lo dispuesto por la normativa comunitaria, sin que pueda exigirse requisitos o medios de acreditación distintos de los previstos en aquélla. Conforme al art. 51 LCSP, los empresarios deben acreditar unas determinadas condiciones de solvencia

.....

17 El 3 de marzo de 2011 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado “Servicio de asistencia técnica al Consorcio para la realización de estudios, análisis e informes técnicos necesarios con la candidatura Zaragoza Pirineos”, convocado por el Consorcio Candidatura Juegos Olímpicos Zaragoza-Pirineos 2022, contrato sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, oferta económicamente más ventajosa, con varios criterios de adjudicación, con un presupuesto base de licitación de 530.000 euros, 95.400 euros de IVA y un presupuesto total de licitación de 625.4000 euros. En el anuncio se señalaba, que el plazo de presentación de proposiciones finaliza a las 14 horas del día 25 de abril de 2011, el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid anunció simultáneamente, al Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza y al Consorcio Candidatura Juegos Olímpicos Zaragoza-Pirineos 2022, la interposición del recurso especial contra la resolución de este último, por la que se convocaba el procedimiento mencionado alegando que los criterios de solvencia exigidos en el pliego son desproporcionados, y suponían una limitación, al principio de competencia, incompatible con los principios que rigen la contratación pública.

económica y financiera y profesional o técnica, debiendo estar vinculadas a su objeto y ser proporcionales al mismo. Por su parte, los arts. 63 a 68 LCSP, regulan los medios admitidos para acreditar tanto la solvencia económica como la técnica, destinándose el art. 67, en concreto, a los contratos de servicios como el que es objeto de recurso.

De acuerdo con estos preceptos, los órganos de contratación deben seleccionar los medios, de entre los señalados en los arts. 64 a 68 LCSP, que mejor sirvan para acreditar las condiciones de solvencia de los licitadores, en relación con el concreto contrato; pudiendo optar por uno, varios, o todos de los que se especifican en dichos artículos. Y deben determinar necesariamente en los pliegos y en el anuncio, las condiciones mínimas que deben alcanzar los licitadores en cada medio seleccionado, así como el instrumento concreto exigido para la acreditación (declaración responsable, certificados etc.).

El TACPA en su Acuerdo 2/2011 de 6 de abril considera, en relación al pliego impugnado, que para acreditar la solvencia económica y financiera no se han concretado los criterios de selección, sino que se ha realizado una simple transcripción de dos de los medios recogidos en el art. 64 LCSP, pero sin precisar, con la proporcionalidad adecuada, el nivel mínimo de solvencia económica que se considera suficiente para la futura ejecución contractual. De este modo, el Consorcio queda obligado a aceptar como solvente a cualquier contratista, por la simple presentación de unos documentos (declaraciones apropiadas de entidades financieras o justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales), sin que pueda ejercer una función crítica sobre ellos. Además, no se ha indicado en el Pliego la documentación requerida para la acreditación de la solvencia económica, tal y como exige el art. 51 LCSP. Y, en relación con la solvencia técnica, la misma ausencia de criterios de selección, debe advertirse respecto de los medios señalados en el Pliego en tercer, quinto y sexto lugar. Esto es, *experiencia en la elaboración de estudios de desarrollo urbano en la ciudad de Zaragoza, acreditar experiencia en las relaciones con federaciones internacionales de deportes de invierno, y disponer de un equipo de técnicos cualificado y de soporte técnico adecuado*. En los seis medios de solvencia exigidos, no se indica la documentación requerida para la acreditación de la misma (art. 51 LCSP).

Considera el Tribunal además, que analizados los criterios de solvencia del pliego recurrido, de conformidad con los principios de la contratación pública, el conjunto de los mismos es desproporcionado, y no guarda directa vinculación al objeto del contrato, y se introduce, de esta forma, un criterio discriminatorio, que tiene un efecto restrictivo de la competencia. Por lo que el Tribunal estima el recurso.

C. Falta de motivación de la valoración y deficiente notificación de la adjudicación¹⁸

El TACPA advierte en su acuerdo 3/2011, de 7 de abril, que los informes técnicos deben valorar y ponderar conforme a los criterios de adjudicación. Ponderar es determinar el valor de una proposición y asignar, a cada una de las mismas, un valor distinto en función de sus características –una vez examinadas y comparadas con detenimiento– y de forma objetiva y razonada, considerando, imparcialmente, los aspectos contrapuestos de las ofertas. La ponderación es imprescindible en la aplicación de los criterios de valoración, pues determina, a la postre, el resultado de la adjudicación.

En cuanto a la necesidad de motivación de la adjudicación, y en consecuencia la de su notificación, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados, conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. No obstante, aun cuando la motivación no venga reflejada en el acto administrativo que ponga fin al procedimiento, se daría cumplimiento a la exigencia de los arts. 54.2 y 58 de la LRJPAC, siempre que la misma apareciera suficientemente justificada a lo largo del procedimiento.

Finalmente, y respecto a la notificación defectuosa, recuerda el Tribunal que una notificación que no ha sido hecha en la forma debida, no produce efectos, de lo que se sigue que la propia resolución notificada, tampoco puede producirlos en contra del interesado, pues la notificación demora el co-

.....

18 Mediante resolución de 30 de septiembre de 2010, del Gerente del Sector de Alcañiz, se convocó procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, para la contratación del “Suministro del material necesario para la realización de técnicas analíticas automáticas de hematimetría para el servicio de Hematología del Hospital de Alcañiz”. El Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación fijaba los criterios de valoración de las ofertas sujetos a evaluación previa (sobre dos), en concreto, *las características técnicas de los analizadores* –con una ponderación de 50 puntos–, y *la rapidez de respuesta, resolutivez y horario de asistencia del servicio técnico* –con una ponderación de 50 puntos–. Nada se establecía, sin embargo, acerca de cómo debía aplicarse tal ponderación en las ofertas. Por Orden de la Gerencia del Sector de Alcañiz, del Departamento de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón, de 16 de febrero de 2010 (sin duda hay un error mecanográfico, y debe entenderse que se trata del 16 de febrero de 2011), se adjudicó el contrato de suministro, del material necesario para la realización de técnicas analíticas automáticas de hematimetría para el servicio de Hematología del Hospital de Alcañiz. La notificación a los licitadores, de la adjudicación del contrato, no contenía la determinación de las características y ventajas de la proposición del adjudicatario, determinantes de su selección, en relación con los restantes licitadores. Se limitaba a la enumeración de la clasificación de las ofertas, por orden decreciente.

mienzo de la eficacia del acto. Esta regla general no admite hoy otra excepción que la contenida en el art. 58.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La notificación es un *instrumento capital* del derecho de defensa (por todas, STC 176/2009). Su finalidad es lograr que el acto administrativo sea conocido por el interesado, para que, en definitiva, pueda aquietarse o reaccionar ante el mismo con todas las garantías de defensa. Así la STS de 30 de abril de 1998, afirma que *lo importante y trascendente de toda notificación, es que llegue a conocimiento del interesado la actuación de la Administración, y ello en condiciones tales, que le permita conocer el contenido de la diligencia a fin de que pueda utilizar los medios de defensa oportunos*. Por las razones indicadas el TACPA estimó el recurso.

D. Plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación y cómputo en el supuesto de impugnación de pliegos

En los acuerdos del TACPA 11/2011, de 7 de julio; 12/2011, de 12 de julio y 19/2011, de 11 de agosto, se sienta que dada la especialidad del recurso, el mismo debe tener entrada en el registro del órgano de contratación o en el del órgano (Tribunal) competente para la resolución del recurso, como máximo, el último día dentro del plazo de quince días hábiles (se computan como tal los sábados al ser el Tribunal un órgano administrativo), que otorga la ley. Se excepciona así la regla general de los procedimientos administrativos en los que exige que el envío se realice dentro del plazo otorgado, pero acreditado este extremo, los documentos pueden tener entrada en el registro del órgano con posterioridad a la finalización del plazo.

Cuando el recurso se interpone contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo del plazo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos, o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento. No constando de manera fehaciente la recepción de la documentación por parte del licitador, supuesto que ocurrirá siempre cuando los pliegos se faciliten por medios electrónicos, la única solución es considerar como fecha a partir de la cual comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos, el día hábil siguiente a la fecha señalada como límite para la presentación de las proposiciones. En este sentido el Acuerdo 13/2011, de 14 de julio, del TACPA.

E. Valoración de las ofertas: límites a la potestad de revisión del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Recuerda el Tribunal, en su Acuerdo 27/2022, de 29 de noviembre, que su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámi-

tes legales, de tal manera, que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable. Por otra parte señala el Tribunal, que los poderes adjudicadores disponen de un cierto nivel de discrecionalidad en la apreciación de las cuestiones de carácter técnico, que no son controlables desde el punto de vista jurídico. Ello no significa que puedan apreciar libremente los aspectos de carácter técnico, pero sí que el control de legalidad no puede ir más allá de determinar si en la apreciación y valoración de tales extremos, se ha actuado sin discriminación entre los licitadores.

2. Junta Consultiva de contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

A. Motivación en la aplicación de los criterios de valoración de ofertas. Valoración de variantes o mejoras

La JCCA (CAr) en su Informe 1/2011, de 12 de enero, analiza el régimen de los criterios de adjudicación de los contratos del sector público y, en concreto, si la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, es suficiente motivación o, por el contrario, sería necesario concretar los mismos para entender que el informe de valoración está debidamente motivado.

Respecto de la ponderación, el art. 134.4 LCSP dispone que, *cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo. Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.*

Esta exigencia pretende conseguir la armonización de dos principios básicos, como son el respeto a la competencia exclusiva de las entidades contratantes para valorar la propuesta de los particulares en relación con el fin público y, por otro, salvaguardar el derecho de los licitadores a conocer de antemano los baremos que regirán la adjudicación del contrato, y está recogida con profusión en la Jurisprudencia del TJUE. Así, la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, recoge una doctrina reiterada anteriormente por muchas otras, y después de rechazar como cri-

terios de adjudicación los que versan sobre la aptitud de los licitadores (entre otros, experiencia) señala que una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Y ello porque el principio de igualdad de trato comporta también una obligación de transparencia y, dicha obligación, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa a los mismos.

En la ponderación hay que partir de la consideración de que la adjudicación de un contrato a la *proposición económicamente más ventajosa* establece un concepto jurídico indeterminado, cuya aplicación por el poder adjudicador puede y debe ser controlada por los órganos jurisdiccionales para evitar que la resolución que se haya dictado incurra en arbitrariedad. Expresa así la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2000, y más recientemente la de 27 de mayo de 2009, que la jurisprudencia clásica *ha entendido que la adjudicación en el concurso suponía el ejercicio de una potestad discrecional que permitía a la Administración elegir entre varias soluciones igualmente válidas (SSTS 18 de mayo de 1982, 13 de abril de 1983, 9 de febrero de 1985 y 14 de abril de 1987), pero la más reciente doctrina de esta Sala se inclina por el más intenso control de la decisión administrativa basado en que la expresión proposición más ventajosa es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite llegar a que solo una decisión sea jurídicamente posible, siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes (SSTS 2 de abril y 11 de junio de 1991).*

Por ello, si bien los poderes adjudicadores ostentan, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios objetivos de adjudicación, así como en la determinación de la ponderación atribuible a cada uno de aquéllos, no acontece lo mismo con la asignación particularizada de puntuaciones a cada uno de los licitadores, a la vista de la documentación presentada. En consecuencia, una forma de proceder como la que se recoge en el escrito de consulta (asignación de puntuaciones sin expresar ninguna motivación) no cabe duda de que utiliza el margen de discrecionalidad de que goza la Administración para caer de lleno en la arbitrariedad. Ambos conceptos son antagónicos, porque como señala la STS de 13 de julio de 1984: *lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motiva-*

ción respetable sino pura y simplemente la conocida como sit pro ratione voluntas, o la que ofrece lo es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte.

Para concluir el análisis de la cuestión se recuerda el contenido del art. 135.4 LCSP, en la redacción incorporada por Ley 34/2010, de 5 de agosto, en el que se exige que la notificación de la adjudicación a los candidatos o licitadores, además de motivada, contenga, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En consecuencia con todo lo anterior, concluye la Junta que una valoración de los criterios objetivos de adjudicación sin expresión de las razones por las que se llega a ella no puede ser admitida por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego, exigida por el art. 134 LCSP.

En cuanto a las variantes o mejoras, señala el Informe que es imprescindible recoger en los informes técnicos de valoración las razones por las que determinadas variantes o mejoras no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir igualmente en causa de anulación por los motivos expresados.

B. Mesas de contratación: composición, sustitución y suplencia. Presencia del Interventor en las Mesas de contratación de una entidad de Derecho Público, poder adjudicador, no Administración Pública

El Informe 5/2011, de 2 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aborda el régimen jurídico de las Mesas de contratación. Según el art. 295 LCSP, la existencia de Mesas de contratación únicamente es obligatoria y necesaria en los procedimientos abiertos y restringidos, y en los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el art. 161.1 LCSP, de los órganos de contratación de las Administraciones Públicas. De manera que, para supuestos distintos de los procedimientos indicados y poderes adjudicadores, que no sean Administraciones Públicas, la constitución de Mesas de contratación es potestativa. Consecuencia que se deriva del especial régimen que la LCSP establece para los contratos de los poderes adjudicadores, que no tienen la consideración de Administraciones Públicas, tanto en cuanto a su preparación (art. 121 LCSP), como en cuanto a las fases de licitación y adjudicación (arts. 173 y 174 LCSP).

Ello no obstante, una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económica más ventajosa, que el art. 1 LCSP exige salvaguardar en toda la contratación del sector público, aconseja el establecimiento, en los contratos sujetos a regulación armonizada, de un órgano de valoración que, con una composición preestablecida, se encargue de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas, y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, siendo aconsejable –como afirma la Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía del Estado, sobre contratación de las Fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado–, que su composición se inspire, en la medida de lo posible, y con las adaptaciones que resulten necesarias, en lo dispuesto en el art. 295.3 LCSP.

La regulación y composición del órgano de valoración de las ofertas puede realizarse, bien en las instrucciones de la Entidad Pública, o bien en el 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.

En cuanto a su composición, en el art. 295 LCSP, se dispone que la Mesa de Contratación tiene que estar constituida por un presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente y un secretario. Los miembros de la Mesa son nombrados por el órgano de contratación. El secretario debe ser designado entre el personal funcionario o, en su defecto, otro tipo de personal dependiente del órgano de contratación. Entre las personas vocales deben figurar, necesariamente, una persona funcionaria de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación, y un interventor o, a falta de éstos, una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones de su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario.

En esta línea, el propio Tribunal Supremo ha manifestado que la configuración de la Mesa de Contratación, como órgano de carácter técnico, resulta tanto de las funciones que se le encomiendan como de su composición, en tanto que la normativa de contratos establece la exigencia, que entre los vocales figuren un funcionario que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor. Más específicamente, el Tribunal Supremo ha afirmado que *la intervención de la Mesa de Contratación en el procedimiento, afecta de manera fundamental a la formación de la voluntad del órgano de contratación, en tanto que la propuesta incluye la valoración de las proposiciones de los licitadores y, aunque no tenga carácter vinculante, constituye la motivación funda-*

mental de la resolución de adjudicación, cuando se acomoda a la propuesta y, en caso contrario, exige una motivación específica que justifique la razón de la adjudicación no conforme con la propuesta (Sentencia de 3 de noviembre de 2004).

La ley exige que la designación de los miembros de la Mesa, la realice el órgano de contratación sobre miembros que cumplan los requisitos de la norma, pudiendo designarse los correspondientes titulares y suplentes, no siendo válida la constitución de la Mesa, en función de suplencias o delegaciones por parte de los que fueron nombrados, al margen de la voluntad del órgano de contratación.

Diferencia el informe entre *sustitución* y *suplencia*, con el fin de evitar la confusión entre ambos conceptos. La sustitución comprende los cambios en los sujetos miembros del órgano colegiado, a consecuencia de la pérdida de tal condición, en cambio, la suplencia hace referencia a la variación concreta y determinada para alguna sesión del miembro que es titular por otro sujeto distinto. Es decir, la suplencia es una sustitución coyuntural del miembro titular. Y, como señala la STSJ de Madrid de 25 de octubre de 1996 –en relación con un tribunal de selección de personal–, resulta indiferente que las distintas sesiones de un órgano colegiado se celebren con la asistencia de los titulares o de los suplentes (en el mismo sentido la STSJ de Castilla León de 17 de octubre de 2008).

El dilema surge cuando no existe previsión específica en las normas que regulan el funcionamiento del órgano colegiado, en cuanto a la suplencia de sus miembros. De ahí la necesidad, por parte del órgano de contratación, de nombrar titulares y suplentes a la hora de determinar la composición de las Mesas de contratación.

C. Inembargabilidad y transmisibilidad de los derechos de cobro

En el Informe 6/2011, de 10 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, se sostiene que los abonos a cuenta (en concreto las certificaciones de obra) y, en general, los documentos derivados de la ejecución de los contratos públicos que incorporan derechos de cobro, de conformidad con la tesis más aceptada por la jurisprudencia y la doctrina, son –desde la perspectiva dogmática– títulos causales, por lo que la Administración puede oponer al pago de los mismos las vicisitudes del contrato. Se diferencian así estos títulos de los títulos valores mercantiles que suelen tener un carácter abstracto, independizándose de la relación jurídica subyacente.

Rige pues la regla de la inembargabilidad de los abonos a cuenta, que se justifica en que estos derechos de cobro –principalmente certificaciones de obra–, son pagos a buena cuenta, con el resultado de que las cantidades abo-

nadas al contratista no pasan con carácter definitivo a su patrimonio, sino que constituyen de algún modo fondos públicos afectos a la obra o servicio, tal y como se afirmó por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 169/1993, de fecha 27 de mayo (fundamento jurídico 169, doctrina que ya se había apuntado por el Alto Tribunal en su Sentencia 818/1985).

En la LCSP, la inembargabilidad se recoge en el art. 200.7 LCSP, pero formalmente, con un ámbito de aplicación diferente al TRLCAP. Y es que el citado artículo se encuentra dentro del título dedicado a las normas de ejecución de los contratos administrativos, esto es, de conformidad con el art. 19 LCSP, los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, según la delimitación que a efectos de esta ley efectúa el art. 3.2. De este concepto de Administración Pública (y por lo tanto de contratos administrativos), se excluyen las entidades públicas empresariales. Ello plantearía por lo tanto, atendiendo a una interpretación literal del art. 200.7, la inaplicación del mismo a contratos actualmente celebrados por este tipo de entidades, por no ser contratos administrativos sino privados. Sin embargo, la Junta entiende que parece prudente realizar una interpretación teleológica no formal, que atienda al hecho de que el privilegio de la inembargabilidad, tiene por función proteger o garantizar el normal desarrollo de la obra o prestación pública, siendo a tal efecto indiferente el elemento subjetivo. En esta lógica, bien puede defenderse que la prerrogativa de la inembargabilidad, se predica del sector público que tenga la consideración de poder adjudicador –sea o no Administración Pública–, al residenciarse en todos ellos la misma causa pública en todas sus licitaciones a proteger con la inembargabilidad, siempre que dichos abonos se encuentre afectados a un fin o servicio público. Y es que la citada STC 169/1993, explica y justifica la regla de la inembargabilidad sobre la base de la mejor realización y conclusión de la obra pública (y no del carácter o no de Administración pública formal del poder adjudicador).

El acto de la transmisión de los derechos de cobro de los contratistas frente a la Administración, siguiendo igualmente la tesis más aceptada por la jurisprudencia y la doctrina, es de transmisión de la titularidad del crédito y no un mero acto de apoderamiento de cobranza por el que un tercero puede cobrar, en nombre y por cuenta del contratista, de la Administración (tampoco es una promesa de pago abstracto ni un título valor, y de ahí su carácter inembargable, como destacara el Consejo de Estado en su Dictamen 2930/1995, de 14 de marzo de 1996). La transmisión de los derechos de cobro exige exclusivamente, que se comunique de forma fehaciente tal negocio jurídico al poder adjudicador, teniendo efectos liberatorios el pago efectuado a favor del cesionario desde ese momento. La denominada “toma de razón”, que ya no se encuentra entre los requisitos legales, en modo alguno puede condicionar la

eficacia de la transmisión una vez comunicada de forma fehaciente, momento a partir del cual el mandamiento de pago debe ser expedido a favor del cesionario. Y es que esta toma en “razón” tiene meros efectos “internos” sin que proyecte sus efectos sobre el acto de cesión válidamente realizado.

D. Régimen jurídico de la delegación de competencias, en materia de contratación pública, del pleno de un ayuntamiento a favor de otros órganos municipales y consecuencias de la resolución tardía de la adjudicación

La JCCA (CAr) en su Informe 11/2011, de 4 de mayo, analiza en régimen de delegación de competencias en materia de contratación. El art. 12 de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), que regula el régimen de competencias en general, contempla la necesidad de que la competencia sea ejercida por el órgano que la ley señala en cada momento. No obstante, la excepción a esa regla la encontramos en la figura de la delegación. La delegación de competencias, según define la doctrina administrativa, supone una *transferencia revocable del ejercicio de determinadas «competencias» administrativas que, mediante acto administrativo dictado por motivos de oportunidad, se realiza en favor de los órganos inferiores por aquel órgano que, habiéndolas recibido directamente de la norma jurídica (no por «delegación»), está autorizado a ello por la misma o por otra distinta*. En consecuencia, la LCSP atribuye las competencias, en materia de contratación, al órgano de contratación, y remite el régimen de su ejercicio y delegación a la LRJPAC y a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local.

El régimen y procedimiento para la delegación de competencias del Pleno municipal, viene establecido en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante ROF). Según el art. 51.1 del ROF, el Pleno puede delegar cualquiera de sus atribuciones, en todo o en parte, en el Alcalde y en la Junta de Gobierno. El acuerdo plenario por el que se produzca la delegación, que se adoptará por mayoría simple, surtirá efectos desde el día siguiente al de su adopción, sin perjuicio de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia. Es indiferente, a estos efectos, que la delegación se lleve a cabo a través del acuerdo diferenciado en el que se apruebe el procedimiento de licitación, o a través de su inclusión en el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares –de la misma forma que la delegación del Pleno en materia de gestión financiera, que puede conferirse a través de las bases de ejecución del presupuesto–, siempre que se cumplan las formalidades del ROF.

La solicitud, a través de una resolución de la Alcaldía, del requerimiento al licitador de la documentación a que se refiere el art. 135.2 LCSP, incurriría, formalmente, en un supuesto de invalidez, por incompetencia del órgano y, aunque no se puede calificar como incompetencia determinante de nulidad, sería de aplicación lo dispuesto en el art. 63 LRJPAC, al tratarse de un supuesto de incompetencia *jerárquica*, que, a su vez, podría ser objeto de convalidación, o ratificación, por el Pleno municipal en aplicación del art. 67.2 LRJPAC. La potestad de adjudicación del contrato no se halla sometida a ningún tipo de plazo preclusivo, o régimen de caducidad, por ello el transcurso del plazo de su ejercicio no implica la invalidez de su actuación, sino una irregularidad no invalidante.

E. *Modificación del contrato*

Varios son los informes emitidos por la JCCA (CAr) en materia de modificación de contratos. El primero de ellos, el Informe 9/2011, de 6 de abril, sobre la variación de unidades de obra y modificaciones en contratos de obras, que requieran la redacción de un proyecto, concluye que del contenido del art. 217.3. LCSP, siempre que no se introduzcan nuevas unidades de obra, pueden sustituirse las previstas en el proyecto, con el límite cuantitativo, que no cualitativo, del 10% de incremento sobre el precio adjudicado, IVA excluido, y no se altere el contenido esencial del contrato. Tal posibilidad es un supuesto de modificación contractual. Las facultades del Director Facultativo tienen un límite, contemplado en los arts. 220. e) y 221 LCSP, en su redacción de 2007, cuando las variaciones realizadas supongan una alteración sustancial del proyecto. En dichos supuestos, Administración y contratista pueden instar la resolución del contrato y, por ello, deben prestar su conformidad, resultando conveniente adaptar los documentos del proyecto que se vean afectados. Si bien no resulta necesario modificar el proyecto, en el supuesto contemplado en el art. 217.3. LCSP por la normativa de contratación pública, habrá que acudir, en su caso, a la normativa sectorial que resulte aplicable al concreto proyecto de obras, al objeto de comprobar la documentación necesaria para la concesión de las autorizaciones que resulten pertinentes y, en todo caso, aunque no resulte necesario, sí resulta conveniente para la Administración el contar con un proyecto que, al finalizar la obra, se ajuste a la realidad. La Ley 2/2011, de Economía Sostenible, no suprime la posibilidad de introducir variaciones en el proyecto, con el límite del 10% de incremento de gasto, respecto al precio de adjudicación, si bien la facultad del director de la obra alcanza su límite, cuando pudieran existir circunstancias que, no previstas en la documentación que rige la licitación, deben ser apreciadas por el órgano de contratación, en los términos y condiciones establecidos en el nuevo art. 92 *quáter*.

En el Informe 17/2011, de 6 de julio, la Junta estudia la modificación de un contrato de ejecución de obras financiado mediante permuta de terrenos. La modificación que se pretendía por el contratista, suponía una novación contractual; es decir, una nueva contratación, pues implicaba la alteración de un elemento sustancial del objeto del contrato; la sustitución del inmueble objeto de permuta por otro situado en diferente ubicación. En definitiva, dicha novación implicaba la extinción de la obligación inicial del Ayuntamiento y el establecimiento de una nueva obligación y, por lo tanto, la modificación iba más allá de la potestad otorgada por la ley, y se convierte en improcedente, dado que el ejercicio del *ius variandi*, encuentra el límite insalvable del cambio implícito del contrato y la novación contractual y, por lo tanto, si eso sucede, se afecta, de modo directo y preciso, a los principios de libre concurrencia y de buena fe que deben presidir la contratación pública, pues impiden que otros posibles interesados, liciten o hubieran licitado a la vista de la parcelas que ahora se pretende entregar en sustitución de la indicadas en el pliego. Pero, además, no es posible modificar un contrato extinguido por su cumplimiento. La modificación del contrato presupone, por definición, la vigencia del mismo, y no resulta admisible que el contratista, con posterioridad a la recepción de la obra, inste su modificación.

El Informe 23/2011, de 12 de septiembre, reflexiona sobre diversas cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. La primera cuestión que se plantea, es la relativa a la aplicabilidad de la nueva regulación de los modificados a los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (6 de marzo de 2011). La junta aragonesa reconoce que el régimen transitorio contenido en la Disposición Transitoria Séptima de la LES ha suscitado hasta la fecha dos problemas de interpretación: el primero relativo a si el nuevo régimen de los modificados, sigue encajando en la actualidad en los aspectos anteriormente regulados en el Libro IV LCSP, destinado a los «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos» y, por tanto, no se aplica a los contratos adjudicados antes de su entrada en vigor; el segundo, consiste en determinar cuál es el régimen de modificación aplicable a los expedientes de contratación iniciados –pero no adjudicados–, antes de la entrada en vigor de la LES, al no establecer la misma ninguna disposición en relación con los mismos, tal como hacía la LCSP en su Disposición Transitoria Primera, apartado primero. Parte la Junta de que ambos problemas ya han sido analizados por otros órganos consultivos, el primero por la Abogacía del Estado en su Circular 1/2011, de 7 de abril, sobre «Régimen de modificación de los Contratos Públicos», y el segundo por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en su Recomendación 1/2011, de 29 de marzo. La Junta compar-

te la conclusión de la Circular, en el sentido de que aunque la disposición transitoria no se refiera expresamente a la modificación del contrato, ha de entenderse que ésta queda comprendida en el ámbito de dicha norma transitoria, ya que la modificación del contrato queda regulada en el capítulo IV del libro cuarto de la LCSP, libro que lleva por rúbrica la de «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos». Respecto del segundo de los problemas interpretativos, la junta aragonesa señala que se comparten los argumentos y conclusiones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en el sentido de que la laguna existente en la Disposición Transitoria Séptima de la LES, se debe suplir con los criterios contenidos en Disposición Transitoria Primera, apdo. 1, de la LCSP.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, si en el límite establecido por el art. 92 *quarter*, apdo. 3 d) de la LCSP –10 % del precio de adjudicación del contrato–, se incluyen también los excesos de medición de las certificaciones finales, o bien puede entenderse que para que se consideren alteradas las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato, el límite sería el 10% de las modificaciones, mas el 10 % de los excesos de mediciones de las certificaciones finales. Tras el análisis del nuevo régimen de los modificados, y la actual regulación de la modificación del contrato administrativo de obras, contenida en el art. 217 LCSP, la Junta concluye, que la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras, es un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del art. 92 *quarter* LCSP. En concreto, el límite del 10 % del precio de adjudicación para considerar alterada una condición esencial, no comprende los eventuales excesos de medición que, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un momento posterior –el de la medición final de la obra–, a diferencia de las circunstancias imprevistas del art. 92 *quarter*, que requieren de la instrumentación de un expediente de modificación en los términos previstos en el art. 92 *quiquies* LCSP con carácter previo a su ejecución.

Y finalmente, en el Informe 27/2011, de 23 de noviembre, la Junta no considera posible modificar un contrato si no se ha previsto en el pliego de forma clara, precisa e inequívoca.

F. Posibilidad de ampliación del plazo del art. 135.2 LCSP (art. 151.2 TRLCSP)

El Informe 18/2011 JCCA (CAr), de 6 de julio, entiende que el plazo de diez días hábiles que establece el art. 135.2, podrá ser ampliado si el licitador lo solicita y el órgano de contratación lo valora necesario y así lo justifica en re-

solución motivada que deberá ser notificada a todos los licitadores. Solo podrá concederse una única prórroga que no exceda de cinco días hábiles y tanto la solicitud de ampliación como la decisión sobre la misma se tendrán que producir antes de que finalice el plazo. Los acuerdos sobre ampliación o sobre denegación de plazo no serán susceptibles de recurso. El principio de la subsanabilidad de los defectos en la documentación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, queda consagrado en los arts. 71 y 76 LRJPAC y resulta aplicable a todos los procedimientos, incluso en aquellos procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva. El plazo de subsanación lo fijará el órgano de contratación, pudiendo aplicar supletoriamente el plazo de 3 días hábiles del art. 81 RGLCAP Si el licitador no cumplimenta adecuadamente el requerimiento en el plazo que resulte aplicable (plazo inicial más la posible ampliación y concesión de un plazo de subsanación), el órgano de contratación deberá realizar un nuevo requerimiento al licitador que haya presentado la siguiente oferta de la clasificación. Previamente o en el mismo acto, el órgano de contratación deberá declarar que entiende que el licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, ha retirado su oferta y por ello queda excluido del procedimiento de licitación. Este acto, tiene que ser motivado y notificado debidamente y merece la calificación de acto de trámite cualificado a efectos de recurso (Acuerdo 8/2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

G. Naturaleza jurídica de la relación entre las juntas de compensación y la administración municipal, en atención a Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón

La actividad urbanística, según el Informe 21/2011, de 12 de septiembre de JCCA (CAr), se encuentra claramente relacionada con la contratación pública, en aras a preservar la eficacia de los principios de publicidad, igualdad de trato y concurrencia efectiva, propios de los contratos públicos, y así lo ha determinado el TJUE, en una serie de sentencias de indudable interés práctico: Sentencia de 12 de julio de 2001, Asunto Ordine degli Architetti y otros (más conocida como Asunto Scala de Milán), de 20 de octubre de 2005, Asunto Comisión/Francia, de 18 de enero de 2007, Asunto Auroux y otros, y de 21 de febrero de 2008, Asunto Comisión/Italia. Pero no puede entenderse sometida a contratación pública toda la actividad urbanística, sino que la aplicación de los principios de la contratación pública, exigen tanto que exista un poder adjudicador como, a su vez, que exista un auténtico contrato de obra, utilizando en ambos casos criterios funcionales que no alteren la realidad de la relación jurídica subyacente. Las juntas de compensación obedecen al denominado *fenómeno de autoadministración*, en el que son los pro-

pios interesados los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento, en virtud de una delegación que hace de la junta un agente descentralizado de la Administración, de suerte que aquélla tiene naturaleza administrativa. Por estas funciones públicas desarrolladas, responde directamente frente a la Administración urbanística de la urbanización completa de la unidad de ejecución y, en su caso, de la edificación de los solares resultantes, cuando así se hubiera establecido. Y sólo cuando actúan en lugar de la propia Administración Pública, merecen la consideración semejante a los entes públicos. Es decir, son sujetos privados (salvo participación mayoritaria pública, claro está) en los que se delegan funciones públicas. Y esto significa que no toda la actuación de la junta de compensación esté sometida al Derecho administrativo: en la medida en que aquélla gestiona intereses propios de sus miembros, sin ejercicio directo de funciones públicas, estará sujeta al Derecho privado. Es decir, tiene una doble naturaleza. Así lo entiende con carácter mayoritario la doctrina y la jurisprudencia (entre otras, STS de 11 de marzo de 1989 o 24 de mayo de 1994). En todo caso, aunque no tienen la consideración de sujetos contratantes sometidos a las previsiones de la LCSP, sí deben aplicar la misma en los contratos consecuencia de la función pública encomendada, por imperativo de la Directiva de contratos públicos –y del art. 2 LCSP y concordantes, en especial, el art. 6– en tanto concurren los conocidos criterios de: a) obra artificialmente creada, b) obra vinculada al aprovechamiento general y c) obra de titularidad pública. Es decir, es el concepto funcional de obra pública de las obras de urbanización exigidas por la legislación urbanística lo que *atrae* el régimen de la contratación pública a la actuación de la junta de compensación, por cuanto concurren todas las notas para su consideración de obra pública, tal y como se deriva de la Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (Asunto Scala de Milán). Y en este sentido debe interpretarse el art. 163 LUA, que remite a las reglas de licitación del art. 175 LUA. En consecuencia, las juntas de compensación, sin ser poderes adjudicadores, vienen obligadas a aplicar la normativa de contratación pública, solo cuando ejecutan obra pública derivada de la función urbanística encomendada. Así se deduce de la citada STJCE Scala de Milán.

La relación jurídica existente entre la administración municipal y las juntas de compensación, no es la de un contrato público, sino la de un encargo o traslado de funciones públicas –de carácter unilateral–, por lo que no son de aplicación las previsiones propias de éstos: garantía definitiva, recurso especial, publicación en perfil de contratante, entre otras. La aplicación de la regulación de las previsiones del contrato de gestión de servicios públicos, lo es a efectos de autointegración de normas ante supuestos de lagunas jurídicas, habida cuenta el carácter estructurante de la legislación de contratos públicos.

En consecuencia, el denominado *contrato*, al que se refiere a la ley urbanística aragonesa, no puede regirse por las previsiones de la legislación de contratos públicos –pues implicaría una adjudicación directa no prevista en la LCSP– sino que supone únicamente la aceptación por parte de la junta de compensación de las condiciones del programa de urbanización, existiendo aquí un negocio de fijación que concreta el modo y la forma del cumplimiento de una obligación cuyo quantum fija la Ley con toda precisión.

3. Consejo Consultivo de Aragón

A. *La resolución de los contratos*

La resolución de un contrato administrativo constituye una figura caracterizada por la extinción anticipada o anormal del contrato, originada por circunstancias sobrevenidas a la celebración del mismo, que impiden la correcta ejecución de la prestación convenida, frente al modo normal u ordinario de extinción, que consiste en el cumplimiento por ambas partes (Administración y contratista) de las recíprocas obligaciones a las que se habían comprometido. En los términos del art. 221 TRLCSP, *los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución*.

El Dictamen 20/2011, de 22 de febrero, de la Comisión del Consejo Consultivo, sobre resolución del contrato de obras de enlace del colector del polígono industrial con la EDAR, suscrito por el Ayuntamiento de Gallur (Zaragoza), informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato, –después de constatar la excelente tramitación del procedimiento administrativo, en el que se han respetado todos los trámites previstos por el ordenamiento jurídico aplicable y, sustancialmente, se ha concedido el trámite de audiencia al interesado y ello, por dos veces, pues han sido dos los procedimientos de resolución practicados, al haberse declarado preventivamente la caducidad del primero–, por el incumplimiento de sus obligaciones en plazo, retraso evidente y ejecución fragmentaria.

Advierte, no obstante, el Consejo Consultivo, que lo que subyace sobre todo en el fondo de la discusión emprendida entre Ayuntamiento y contratista, es una discrepancia económica en cuanto a la valoración de algunas unidades de obra, discrepancia que no es en modo alguno baladí, sino que alcanza un 67% adicional del presupuesto que figura en el contrato. Desde el punto de vista jurídico, considera el Consejo Consultivo, que no tiene que intervenir en tal discrepancia sino solo señalar, que el contratista no está habilitado, en modo alguno, para abandonar la obra como consecuencia de tales discrepancias. Existen otros modos de solucionar el conflicto y, en última instancia, la apelación a los tribunales sirve para solventar las cuestiones, sobre las que no se

haya podido alcanzar un acuerdo administrativo dentro de lo preceptuado, obviamente, por el ordenamiento jurídico aplicable.

En el mismo sentido, el Dictamen 41/2011, de 12 de abril, de la Comisión del Consejo Consultivo, es favorable a la resolución del contrato suscrito por el Ayuntamiento de Alcañiz (Teruel), relativo al suministro de mobiliario con destino a la Biblioteca Municipal, por el incumplimiento de los plazos de entrega del mobiliario contratado.

B. *La interpretación de los contratos*

El Dictamen 84/2011, de 13 de julio, de la Comisión del Consejo Consultivo, sobre interpretación del contrato del lote V del servicio de alquiler de vehículos con conductor, taxis y vehículos de reparto de correo y paquetería, suscrito por la Consejera de Presidencia; recuerda que la facultad de interpretación de los contratos, corresponde realizarla al órgano competente para su formalización, en la medida en que como ha declarado reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencias de 28 de septiembre de 1954, 16 de marzo de 1964, 16 de enero de 1974, 10 de abril y 9 de junio de 1978 y 17 de marzo de 1979, entre otras), la facultad interpretativa de la Administración, no tiene otro alcance que el encontrar el verdadero sentido y contenido a las cláusulas a que se someten las partes, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las reglas que con carácter general establecen los arts. 1281 y siguientes del Código Civil, criterio que además ha sido tenido en cuenta, igualmente, por el Consejo de Estado (así en dictámenes de 23 de noviembre de 1961, 3 de mayo de 1962 y 24 de abril de 1969, entre otros).

El Consejo Consultivo, advierte también de la relevancia del Pliego de Condiciones o Cláusulas en la Contratación Administrativa, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos, pues ya sean jurídicos, técnicos o económico-administrativos, constituyen la *Ley del contrato*, configurando un auténtico bloque normativo al que quedan sujetos tanto la Administración como los particulares, que no puede ni debe ser interpretado extrayendo de su contexto la diferentes cláusulas, sino apoyándose las unas en las otras, como en materia de contratación civil establece el art. 1285 del Código Civil¹⁹.

.....

19 En este sentido, en el Dictamen, se cita un importante repertorio jurisprudencial, así las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 13 de abril de 1981 [RJ 1981, 1841]; 10 de marzo de 1982 [RJ 1982, 1692]; 20 de enero de 1985, 17 de febrero de 1987 [RJ 1987, 3201]; 18 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 9287]; 6 de febrero de 1988 [RJ 1988, 699], 20 de abril de 1992 [RJ 1992, 3927]; 31 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 10273]; y 15 de febrero de 1999 [RJ 1999, 1522]).

En el contrato suscrito entre las partes se pactaba, cláusula segunda, que “los precios de los servicios que, en su caso, se realicen, no podrán superar, en ningún caso, los precios unitarios máximos detallados a continuación, excepto el Impuesto sobre el Valor Añadido, que será repercutido como partida independiente: Lote V Zaragoza, Servicio/Hora 9,00”. Pues bien, tal y como dice la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la interpretación contractual debe hacerse para encontrar el verdadero sentido y contenido de la cláusula a la que se sometieron las partes, y para ello puede acudir, aunque sea con carácter supletorio, a las reglas que con carácter general establecen los arts. 1281 y siguientes del Código Civil. En este sentido, efectuando en primer lugar una interpretación literal, la expresión *x euros servicio/hora*, debe ser entendida en el sentido de *euros de servicio por hora*, pues es común en nuestro idioma utilizar el signo “/” para hacer referencia a la preposición “por” (así, por ejemplo km/h –kilómetros por hora–). Y así de la literalidad de la cláusula, se desprende que el precio a abonar al contratista era por el servicio prestado en una hora, con independencia del número de viajes o desplazamientos que se hicieran en dicho período de tiempo, o lo que es lo mismo, la interpretación literal del contrato, claramente relaciona el precio con el tiempo, de tal forma que la Administración quería retribuir, y el contratista aceptaba, el servicio prestado en función del tiempo dedicado a tales tareas y no al número de desplazamientos efectuados. En todo caso, el adjudicatario no puede introducir alteraciones o modificaciones al contenido del PCAP, debiendo tenerse por no puestas las que, sea por acción u omisión, contradigan lo estipulado en el mismo, máxime si se constata, como es el caso, que entre el contenido del Pliego y el del contrato existe una plena coherencia.

IV. BIBLIOGRAFIA

GÁLLEGO CORCOLÉS, I. (2011): «El procedimiento restringido», *Contratación Administrativa Práctica*, 104, pp. 54 y ss.

- (2011): «¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales del contrato?», *Contratación Administrativa Práctica*, 110, pp. 54 y ss.
- (2011): «Modificación de los contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el Derecho de la Unión Europea», *Contratación Administrativa Práctica*, 109, pp. 54 y ss.

GIMENO FELIU, J.M. (2011): *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, Civitas, 178 pp.

- (2011): *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, 515 pp.

- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, R. (2011): «La incidencia de la legislación sobre contratos en el sector público del Urbanismo. Especial referencia al Agente Urbanizador», *Práctica Urbanística*, 108, pp.
- LINARES GIL, M.I. (2011): «Concurso de Acreedores y contratación administrativa tras el Decreto Ley 6/2010», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 14, pp. 193 y ss.
- RÍOS MARÍN, E. (2011): «Reflexiones sobre determinados aspectos de la contratación de las entidades locales en la Ley de Contratos del Sector Público», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 6, pp. 740 y ss.
- VÁZQUEZ MATILLA, FJ. (2011): «Transformación sustancial del régimen de modificación del contrato por la ley de economía sostenible», *Contratación Administrativa Práctica*, 114, pp. 46 y ss.