

Contratación local

Ana DE MARCOS FERNÁNDEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid*

Palabras clave: contratos públicos; sector público; adjudicación.

Keywords: public contracting; public sector; awarding.

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.—II. ÁMBITO SUBJETIVO.—1. Posibilidad de considerar a las Juntas de Compensación Urbanística de Cataluña como poderes adjudicadores.—III. CONTRATISTA.—1. Obligación de que el contratista esté registrado en el Estado miembro del poder adjudicador.—2. La valoración de la experiencia del contratista vulnera el principio de libre competencia.—IV. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS.—1. Exigencia de clasificación en los contratos de servicios cuya prestación tenga como objeto servicios sociales.—V. PROHIBICIONES DE CONTRATAR.—1. Extensión de la prohibición de contratar declarada a una empresa, a las restantes que integran un grupo.—2. Incompatibilidad de concejales: no se aplica la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración del Estado.—3. Compatibilidad entre el ejercicio de un cargo en una asociación que puede optar a la adjudicación de un contrato licitado por una mancomunidad de municipios y el alcalde o concejales que forman parte de alguno de los ayuntamientos que integran la mancomunidad.—4. La prohibición para concurrir a contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación local alcanza a personas jurídicas en cuyo capital participen miembros de la Corporación local, siempre que su participación supere el mismo límite fijado para el personal al servicio de las Administraciones públicas y los altos cargos del Gobierno de la Nación.—VI. NEGOCIOS EXCLUIDOS.—1. Cesión de uso de plazas de aparcamiento de titularidad municipal.—2. Adquisición de un objeto calificable como obra artística.—3. Régimen aplicable en las encomiendas de gestión a un medio propio directo o a un medio propio indirecto.—VII. TIPOS DE CONTRATOS.—1. Contrato cuyo objeto es el acceso a bases de datos.—2. Contrato de colaboración público-privada: supuestos en los que es posible su aplicación.—VIII. CONTENIDO DEL CONTRATO.—1. Posibilidad de fijar el precio del contrato en relación con un porcentaje sobre los rendimientos obtenidos.—2. Posibilidad de la aplicación o no de una cláusula de reequilibrio económico de la concesión administrativa de explotación de un aparcamiento. Afectación del principio de riesgo y ventura expresamente establecido para la concesión en otra cláusula del Pliego.—IX. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.—1. La aplicación del procedimiento negociado sin publicidad.—2. Valor jurídico de la notificación de la resolución de la adjudicación provisional al adjudicatario. Efecto de la ausencia de constitución de la garantía definitiva.—3. Recurso especial en materia de contratación.—X. EJECUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.—1. El principio de riesgo y ventura.—2. La resolución del contrato administrativo por

mutuo acuerdo.—XI. OTRAS CUESTIONES.—1. Guía Práctica de publicidad y comunicación institucional.—2. Posibilidad de creación de una central de contratación por parte de una entidad local que no sea una Diputación Provincial.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente estudio se analizan los principales Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, Dictámenes del Consejo de Estado, jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo, dictadas en materia de contratación pública durante el año 2010. También se adjunta una breve referencia de la bibliografía sobre esta materia publicada a lo largo de 2010.

Durante el año 2010 se ha publicado la *Ley 34/2010, de 5 de agosto*, que incorpora la Directiva 2007/66/CE, que modifica sustancialmente las anteriores Directivas Comunitarias 89/665/CEE, de 21 de diciembre y 92/13/CEE, de 25 de febrero, que regulaban los recursos en materia de contratación tanto con referencia a los contratos del sector público, como con respecto de los que celebren las entidades contratantes en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La Ley 34/2010, de 5 de agosto, ha producido una importante reforma de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y 31/2007, de la misma fecha, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. También incluye una modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con el fin de poder adaptar a la normativa comunitaria las dos primeras.

La finalidad de la reforma es reforzar los efectos del recurso, permitiendo que los candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz.

Para ello, la Directiva establece una serie de medidas accesorias para garantizar los efectos de la resolución que se dicte en el procedimiento de impugnación. Una de tales medidas es precisamente la suspensión del acuerdo de adjudicación hasta que transcurra un plazo suficiente para que los interesados puedan interponer sus recursos. También se prevé que la suspensión de los acuerdos de adjudicación se mantenga hasta que se resuelva sobre el fondo del recurso o, al menos, sobre el mantenimiento o no de la suspensión. Por otra parte, se prevé la facultad de los recurrentes de solicitar la adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar los efectos de la resolución que pueda adoptarse en el procedimiento de recurso o a evitar los daños que puedan derivarse del mantenimiento del acto impugnado.

Junto a estas medidas, la Directiva prevé para los casos en que la infracción afecte a la publicidad de la convocatoria del contrato o a la inobservancia de los plazos de

suspensión previstos en ella, la posibilidad de declarar la nulidad de los contratos así adjudicados.

Por lo que se refiere a la incorporación de estos principios al Derecho español, es preciso comentar que la legislación española de contratación pública ya contenía normas reguladoras de los recursos o reclamaciones que cabe interponer contra los actos de adjudicación o contra los actos del procedimiento administrativo que les sirve de base. También preveía un plazo de suspensión siguiente a la adjudicación, la suspensión del acto como consecuencia de la interposición del recurso o reclamación y la adopción de medidas cautelares.

Sin embargo, quedaban por resolver algunas cuestiones tales como las relativas a la competencia para la resolución del recurso, que la nueva Directiva exige que se atribuya a un órgano independiente, o a la suspensión de la adjudicación, que debe mantenerse hasta que dicho órgano resuelva sobre su mantenimiento o sobre el fondo.

Además, la incorporación de las normas de la Directiva exige una precisa determinación de cuál es el momento a partir del cual comienza el cómputo del plazo de espera y del plazo para la interposición del recurso, así como una nueva regulación del contenido de las notificaciones que deben hacerse a los licitadores para comunicarles con suficiente detalle cuál es el resultado de la licitación y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido.

Por otro lado, ha sido necesario dar solución a la contradicción aparente que podía suponer para el carácter universal del recurso el hecho de que los actos producidos entre la adjudicación provisional y la definitiva quedaran fuera del ámbito de aplicación del mismo, pues, si bien se trata de actos de cumplimiento prácticamente mecánico en los que la controversia jurídica es apenas imaginable, conceptualmente deben ser susceptibles de recurso también para dar plena satisfacción a la configuración que del mismo hace la nueva Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre. Esta circunstancia ha llevado a la necesidad de refundir en uno solo los actos de adjudicación provisional y definitiva, haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso. Esta modificación ha generado la necesidad de revisar una serie importante de artículos de la Ley que han resultado afectados por ella aun cuando no tengan relación directa con el recurso especial en materia de contratación.

Por otra parte, y puesto que el Tribunal Constitucional expresamente ha admitido que el Estado legisle con carácter supletorio sobre materias de competencia autonómica en los supuestos en que se trate de incorporación al Derecho interno de la normativa comunitaria, se prevé en la disposición transitoria segunda un régimen para las Comunidades Autónomas aplicable en tanto no hayan creado sus propios órganos encargados de la resolución de recursos.

Por último, la nueva Ley regula la declaración de nulidad de los contratos en los términos previstos en la Directiva, añadiendo nuevos supuestos en relación con la regulación anterior.

II. ÁMBITO SUBJETIVO

1. Posibilidad de considerar a las Juntas de Compensación Urbanística de Cataluña como poderes adjudicadores

El *Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal 49/09, de 26 de febrero de 2010*, resuelve una cuestión planteada acerca de la posibilidad de considerar poder adjudicador a efectos de la aplicación de la LCSP a las Juntas de Compensación Urbanística de Cataluña.

La Junta Consultiva considera que las Juntas de Compensación Urbanística cumplen los dos primeros requisitos exigidos por la LCSP para calificar a los poderes adjudicadores, tener personalidad jurídica propia y haber sido creadas para satisfacer un interés general que no tenga carácter industrial o mercantil. Sin embargo, no cumplen el último de los requisitos citados por el art. 3.1 LCSP, que se refiere a la financiación pública o al control de los órganos de gobierno de la entidad. En este sentido, las Juntas de Compensación Urbanística reguladas en la legislación urbanística catalana, se financian exclusivamente a cargo de los propietarios adheridos a las mismas, y su control y gobierno es asumido por los órganos de representación de los propietarios, en los cuales a lo sumo habrá un representante del ayuntamiento.

En consecuencia, la Junta concluye que las citadas Juntas de Compensación Urbanística no tienen la condición de entes del sector público y por tanto no se les aplica en relación con la contratación de sus obras la LCSP.

III. CONTRATISTA

1. Obligación de que el contratista esté registrado en el Estado miembro del poder adjudicador

La *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de julio de 2010 (C-74/09, asunto Bâtiment et Ponts Construction SA, WISAG Produktionservice GmbH contra Berlaymont 2000 SA)*, resuelve la cuestión prejudicial planteada en relación con la interpretación de los principios generales del Derecho de la Unión Europea y del art. 24.2 de la Directiva 93/37. En concreto se plantea si es admisible que una normativa nacional imponga a un contratista establecido en otro Estado miembro la obligación de estar establecido en el Estado miembro al que pertenece el poder adjudicador, aunque este contratista haya presentado los certificados expedidos por las autoridades del Estado miembro en el que estaba establecido, relativos al pago de las cotizaciones de la Seguridad Social, y de los impuestos y gravámenes.

El Tribunal de Justicia admite esta posibilidad siempre que dicha obligación no obstaculice ni retrase la participación del contratista en la licitación pública, ni genere

cargas administrativas excesivas y siempre que solo tenga la finalidad de comprobar las aptitudes profesionales del interesado en el sentido del citado art. 24. El Tribunal justifica esta posición en el hecho de que la certificación emitida por las autoridades del Estado de establecimiento del contratista no acredita que se encuentre al corriente del pago en el Estado del poder adjudicador.

La sentencia también aclara que el Derecho de la Unión Europea no se opone a que el Derecho nacional otorgue a un órgano distinto del poder adjudicador la competencia para comprobar el contenido de la certificación emitida por otro Estado miembro.

2. La valoración de la experiencia del contratista vulnera el principio de libre competencia

La *STS de 16 de febrero de 2010 (recurso de casación 3690/2007)* rechaza la posibilidad de incluir en las ofertas la valoración de la experiencia profesional pues infringe el principio de libre competencia en la contratación administrativa.

IV. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS

1. Exigencia de clasificación en los contratos de servicios cuya prestación tenga como objeto servicios sociales

El *informe 26/09, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, de 1 de febrero de 2010*, resuelve la cuestión relativa a la exigencia de clasificación en los contratos de servicios cuya prestación tenga como objeto servicios sociales.

En este caso, según la Junta resulta aplicable la disposición transitoria quinta LCSP que establece que en los casos en los que es necesaria la clasificación, como es el caso de los contratos de servicios, la LCSP entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definen los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán esos contratos, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del art. 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP)».

Como la clasificación de los contratos de servicios que tienen como objeto los servicios sociales no ha sido objeto de desarrollo reglamentario, siguen siendo de aplicación las normas de la legislación anterior. En aplicación de lo dispuesto por el TRLCAP, en los contratos de servicios que tienen un importe superior a 120.000 euros no es exigible la clasificación a las empresas licitadoras hasta tanto no se apruebe el desarrollo reglamentario en el que se establezcan los grupos y subgrupos en que las empresas que realicen esta actividad deban estar clasificadas.

V. PROHIBICIONES DE CONTRATAR

1. Extensión de la prohibición de contratar declarada a una empresa, a las restantes que integran un grupo

El *Informe 25/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal* se refiere a la «Extensión de la prohibición de contratar declarada a una empresa, a las restantes que integran un grupo».

La Junta considera que esta cuestión debe resolverse mediante la aplicación del art. 49.3 de la LCSP, que pretende evitar los fraudes de Ley en la aplicación de las prohibiciones de contratar.

La Junta recuerda que las prohibiciones de contratar se declaran respecto de una persona física o jurídica concreta, y, en principio, son personalísimas. Sin embargo, si por razón de las personas que rigen una segunda sociedad, no incura en prohibición de contratar, o de otras circunstancias, pudiera presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas incursas en prohibición de contratar, en ese caso la prohibición afectará también a esta segunda sociedad.

Finalmente la Junta precisa que la aplicación de esta regla exige atenerse a las circunstancias concretas de cada caso, no siendo posible crear un criterio de general aplicación, que en todo caso debería ser de carácter restrictivo.

2. Incompatibilidad de concejales: no se aplica la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración del Estado

En el *Informe 35/09, de 1 de febrero de 2010, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal* resuelve una cuestión relativa a si incurre en una prohibición de contratar por incompatibilidad una concejal que es administradora de una comunidad de propietarios en la cual el ayuntamiento es propietario de un piso. La Junta considera que en este caso la concejala en cuestión no incurre en la prohibición de contratar prevista en el art. 49.1.f) LCSP. La Junta fundamenta esta resolución en que la administradora tiene un contrato privado con la comunidad de propietarios, no con el ayuntamiento, por lo que no se alcanza a entender en que ámbito se puede producir la incompatibilidad.

En el *Informe 37/09, de 1 de febrero de 2010*, se rechaza la aplicación a los concejales y a los demás cargos no electos de la Junta de Gobierno de los ayuntamientos de las limitaciones establecidas por la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración del Estado.

3. Compatibilidad entre el ejercicio de un cargo en una asociación que puede optar a la adjudicación de un contrato licitado por una mancomunidad de municipios y el alcalde o concejales que forman parte de alguno de los ayuntamientos que integran la mancomunidad

El *Informe 76/09, de 23 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal*, resuelve una consulta planteada sobre la posible incompatibilidad entre el ejercicio de un cargo en una asociación que puede optar a la adjudicación de un contrato licitado por una mancomunidad de municipios, y el alcalde o concejales que forman parte de alguno de los ayuntamientos que integran la mancomunidad. En concreto, se trata de aclarar si podría ser adjudicataria del contrato mencionado una asociación medioambiental de la que es presidente el alcalde que formula la consulta.

La Junta afirma que si el contrato que se analiza en este dictamen fuera celebrado entre la Asociación que preside el alcalde y el propio ayuntamiento, no cabría duda alguna de que concurriría una causa de incompatibilidad y, consiguientemente, la prohibición de contratar. Dado que, según el art. 44 de la Ley de Bases de Régimen Local, las mancomunidades de municipios son entes que nacen precisamente para gestionar ámbitos de la competencia de los municipios que las constituyen y que, además, para la gestión de tales ámbitos de competencia, las mancomunidades no disponen de más recursos financieros que los aportados directamente por las Entidades Locales que las integran, la Junta concluye que nos encontramos con que el contrato cuestionado se refiere a un ámbito de la competencia del ayuntamiento y con que los recursos económicos que lo han de financiar proceden de una subvención recibida, entre otros, por el mismo ayuntamiento (es indiferente que la haya recibido o no a través de la Mancomunidad). En tal situación, es evidente que las causas de incompatibilidad que la Ley prevé para los miembros de la Corporación municipal son de aplicación también para el caso en que la competencia y los recursos se gestionen por la Mancomunidad.

En consecuencia, la Junta concluye que la incompatibilidad para contratar que puede afectar a una determinada entidad respecto de un ayuntamiento, afecta igualmente a la contratación por Mancomunidades de las que forme parte ese ayuntamiento.

4. La prohibición para concurrir a contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación local alcanza a personas jurídicas en cuyo capital participen miembros de la Corporación local, siempre que su participación supere el mismo límite fijado para el personal al servicio de las Administraciones públicas y los altos cargos del Gobierno de la Nación

En el *Informe 6/10, de 23 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal* se resuelve la cuestión relativa a si la prohibición de contratar

contenida en el art. 49.1.f), párrafo segundo de la Ley de Contratos del Sector Público es de aplicación cualquiera que sea el porcentaje de participación en la persona jurídica contratista por parte del cargo electo local.

Dicho artículo dispone que no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: «f) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma».

El problema que se plantea es si esta incompatibilidad se refiere a cualquier participación o si por el contrario cuando ésta no supere un determinado límite no debe ser tenida en cuenta a los efectos examinados.

La cuestión se plantea de forma especial respecto de los cargos electos en las Corporaciones Locales, porque, en tanto las leyes que regulan las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o los conflictos de intereses de los Altos Cargos del Gobierno de la Nación establecen porcentajes de participación por debajo de los cuales no existe incompatibilidad, la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, que es la aplicable a este caso, no contiene ninguna norma de naturaleza similar. De conformidad con ello, las personas jurídicas de cualquier naturaleza en cuyo capital participen cargos electos municipales, sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva o descendientes de aquéllos, no pueden contratar con las corporaciones locales de las que forman parte ni, por ende, participar en las licitaciones convocadas para la adjudicación de los contratos financiados por ellas.

Sin embargo la Junta, aplicando el principio de igualdad considera que la interpretación más razonable [art. 49.1.f) LCSP], conduce a determinar que los límites porcentuales establecidos en relación con la participación del personal al servicio de la Administración pública y de los altos cargos al servicio de la Nación deben ser aplicados también a los cargos electos locales, aunque la Ley Electoral General no establezca formalmente nada al respecto.

La Junta concluye que para que la participación de los cargos electos de las entidades locales en el capital de las personas jurídicas, que contraten con aquéllas de las que forman parte, sea relevante a la hora de determinar la prohibición de contratar prevista en el art. 49.1 letra f) de la Ley de Contratos del Sector Público, será preciso que supere el límite establecido para el personal al servicio de las Administraciones Públicas y de los Altos cargos del Gobierno de la Nación.

VI. NEGOCIOS EXCLUIDOS

1. Cesión de uso de plazas de aparcamiento de titularidad municipal

En el *Informe 41/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal* se resuelve la cuestión de cómo calificar la cesión de uso de plazas de aparcamiento de titularidad municipal. Partiendo de que se trata de un bien de dominio público, cabe afirmar que dicha cesión constituye una concesión de dominio público que no se rige por la LCSP.

2. Adquisición de un objeto calificable como obra artística

En el *Informe 45/09, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal*, se plantea si la adquisición de un objeto calificable como obra artística por parte de un ayuntamiento está sometida a la legislación de contratos públicos. La Junta afirma que se trata de un contrato de suministro sometido a la LCSP, que, por su carácter puede ser objeto de adquisición por procedimiento negociado sin publicidad, al amparo del art. 154.d) en relación con el art. 161 LCSP.

3. Régimen aplicable en las encomiendas de gestión a un medio propio directo o a un medio propio indirecto

En el *Informe 10/10, de 23 de julio de 2010, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa* se plantea la posibilidad de contratar directamente mediante encomienda de gestión del servicio municipal de recogida de residuos sólidos a la entidad COGERSA. No queda claro si se pretende atribuir la gestión al Consorcio para la gestión de residuos sólidos en Asturias COGERSA o a la sociedad «COGERSA S. A.», creada por el Consorcio, al que pertenece íntegramente su capital. El Consorcio es una entidad con personalidad jurídica propia integrada por la totalidad de las entidades locales de Asturias.

Una vez constituido el Consorcio, la gestión de los servicios directamente encomendados a éste se produce mediante la integración de la entidad municipal en él, en la forma prevista en los estatutos del Consorcio, sin necesidad, salvo que en los estatutos se establezca otra cosa, de un específico negocio jurídico de atribución. Por tanto, la creación del Consorcio supuso la atribución al mismo de las competencias municipales en materia de recogida de residuos a través del acto de constitución del propio Consorcio. Por tanto, el Consorcio puede asumir la gestión de la recogida y transportes de residuos sólidos del ayuntamiento sin necesidad de un negocio jurídico de atribución,

sea encomienda de gestión, contrato, o cualquier otra forma, pues ésta se entiende efectuada a través del acto constitutivo del Consorcio.

Por lo que se refiere a la encomienda de gestión a favor de «COGERSA, S. A.», exige que previamente la titularidad del servicio se ejerza por el Consorcio, el cual puede utilizar a «COGERSA, S. A.», como medio instrumental, formalizando la correspondiente encomienda de gestión con respeto a lo establecido por el art. 24 LCSP.

En conclusión, la encomienda de gestión a «COGERSA, S. A.» sólo puede realizarla el Consorcio, no el ayuntamiento, y con respecto de las competencias cuya gestión se le haya atribuido en sus estatutos.

VII. TIPOS DE CONTRATOS

1. Contrato cuyo objeto es el acceso a bases de datos

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, en su Informe 40/09, de 1 de febrero de 2010, resuelve la cuestión relativa a si un contrato cuyo objeto es el acceso a bases de datos puede no estar sometido a regulación armonizada, cualquiera que sea la cuantía del mismo, por no estar incluido en ninguna de las categorías del Anexo I de la Ley grupos 1 a 16, ambos inclusive.

La Junta entiende que estos contratos sí están incluidos en el Anexo I, grupos 1 a 16, ya que puede entenderse incluido en el grupo 5, servicios de telecomunicación, o en el 7, servicios de informática y conexos. En consecuencia, el contrato en cuestión está sometido a regulación armonizada, dado que su importe es de 475.000 euros, y las cuantías citadas en los grupos 5 y 7 del Anexo I para considerar el contrato sometido a regulación armonizada, son 125.000 o 193.000 euros.

Esta conclusión no resulta afectada por el hecho de que se trate de un contrato privado, en virtud de lo dispuesto por el art. 20.1 LCSP, pues este dato no impide su calificación como sujeto a regulación armonizada.

2. Contrato de colaboración público-privada: supuestos en los que es posible su aplicación

El Informe 56/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, resuelve la consulta planteada por la Diputación Provincial de Ávila, en relación con la posibilidad de aplicar la figura del contrato de colaboración público-privada a la ejecución de las prestaciones consistentes en la renovación y mantenimiento de su red de carreteras para dotarlas de un nivel de calidad y seguridad óptimo. En la consulta se manifiesta que la razón por la que se pretende aplicar esta figura no es

por la complejidad técnica de la prestación sino debido a las posibilidades que ofrece para el diseño de la financiación de la misma debido al elevado coste requerido.

La Junta Consultiva aclara que la complejidad que la LCSP atribuye a este contrato (arts. 11 y 164) puede afectar tanto a las especificaciones técnicas de la prestación, como a la cobertura jurídica y financiera del contrato. Sin embargo también precisa que únicamente el hecho de que la financiación del contrato vaya a extenderse en un periodo elevado de tiempo, de veinte años o más, no justifica la posible aplicación de esta figura contractual.

No obstante, la prestación a la que se refiere la consulta, esto es, la renovación y mantenimiento de la red provincial de carreteras, puede entenderse que se subsume en los apartados 1 y 2 del art. 11 LCSP, referidos a «construcción, instalación o transformación de obras», y de «gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas». Para la Junta, el nivel de complejidad de las instalaciones a mantener debe venir determinada por el juego conjunto de un determinado nivel de calidad y el ámbito más o menos amplio de la red de carreteras.

En conclusión, la renovación del mantenimiento integral de la red de carreteras de un determinado ámbito territorial puede considerarse como prestación susceptible de constituir un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en función del nivel de calidad que se exija al adjudicatario y del mayor o menor ámbito territorial que deba abarcar. En todo caso, para poder aplicar este tipo de contrato es necesario justificar que la complejidad de la prestación no permite la utilización de otras formas alternativas de contratación para dar satisfacción a las finalidades públicas propuestas.

VIII. CONTENIDO DEL CONTRATO

1. Posibilidad de fijar el precio del contrato en relación con un porcentaje sobre los rendimientos obtenidos

El *Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal 52/09, de 26 de febrero de 2010*, resuelve la cuestión planteada sobre la posibilidad de fijar el precio de un contrato sometido a la LCSP en relación con los rendimientos obtenidos.

El art. 75.1 LCSP exige precio cierto, lo cual no significa precio fijo, pues lo que exige la legislación, civil o administrativa, es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa cita el art. 75.4 LCSP para afirmar que los contratos, si su naturaleza y objeto lo permiten, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos y de rendimiento. El art. 75.4 LCSP exige que se determinen con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación. La existencia de un precio determinable permite considerarlo como precio cierto.

2. Posibilidad de la aplicación o no de una cláusula de reequilibrio económico de la concesión administrativa de explotación de un aparcamiento. Afectación del principio de riesgo y ventura expresamente establecido para la concesión en otra cláusula del Pliego

En el *Informe 69/09, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal*, se plantea la posibilidad de aplicar una cláusula de reequilibrio económico en relación con una concesión administrativa de explotación de un aparcamiento.

La Junta expone en primer lugar que el riesgo del concesionario es una característica fundamental de las concesiones, tanto de obras como de servicios. Sin embargo, constituye una práctica frecuente limitar los riesgos del concesionario: el problema es determinar hasta qué punto dicha limitación puede desnaturalizar su calificación como concesión. Se trata, en definitiva, de determinar en qué punto se encuentra el límite a partir del cual puede considerarse excluido el riesgo del concesionario y, por consiguiente, deja de poder calificarse el negocio jurídico como una concesión administrativa de obras o de servicios. Por tanto se admite el establecimiento de la cláusula siempre que, considerado el término de vida de la concesión, el concesionario haya asumido el riesgo derivado de la explotación de la obra o del servicio en su conjunto, aun cuando éste haya podido estar limitado o incluso excluido durante un cierto periodo o en relación con determinadas circunstancias.

La Junta concluye que la introducción en los pliegos que establecen el clausulado de las concesiones, tanto de obras como de servicios, de cláusulas limitativas del riesgo asumido por el concesionario, no es contraria a la naturaleza del negocio jurídico concesional, siempre que, contemplado el periodo completo de duración de la misma, el concesionario haya asumido efectivamente el riesgo.

IX. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. La aplicación del procedimiento negociado sin publicidad

En el *Informe 48/09, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal*, se refiere a la delimitación de los supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, la determinación de los supuestos que deben ser objeto de negociación, así como de los criterios que servirán de base a la adjudicación del contrato.

Las preguntas que se formulan se refieren a si es suficiente argumentar el criterio del valor estimado de un contrato para justificar una adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad o si es necesario aportar más argumentos para no aplicar la regla general del procedimiento abierto. También se plantea si es posible fijar en un pro-

cedimiento negociado sin publicidad un solo criterio objetivo de adjudicación que sea el precio o si es necesario fijar criterios y bases de negociación en los pliegos.

La Junta responde que, en primer lugar, para poder aplicar el procedimiento negociado, se debe cumplir el supuesto establecido al efecto en la LCSP en relación con los distintos tipos de contratos. Para elegir en estos casos cuál sea la mejor oferta, se deben fijar los criterios de adjudicación que considere aplicables el órgano de contratación, conforme a lo dispuesto en el art. 134 LCSP, que es aplicable en relación con todos los tipos de adjudicación, fijando uno o varios criterios, pero señalando expresamente en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, los aspectos económicos y técnicos sobre los que versará la negociación.

2. Valor jurídico de la notificación de la resolución de la adjudicación provisional al adjudicatario. Efecto de la ausencia de constitución de la garantía definitiva

En el *Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal 55/09, de 1 de febrero de 2010*, resuelve en primer lugar, la cuestión planteada acerca del valor jurídico de la notificación de la resolución de la adjudicación provisional al adjudicatario. La Junta condiciona la eficacia de la resolución a la publicación de la misma, no a la notificación, sin perjuicio de la obligación de notificar dicha resolución tanto a los candidatos como a los licitadores, en aplicación de lo dispuesto en el art. 135.3 LCSP.

Por lo que se refiere a la falta de constitución de la garantía definitiva en plazo una vez adjudicado el contrato, por causas imputables al contratista, la Junta entiende que el órgano de contratación deberá aplicar el art. 135.5 LCSP por incumplimiento por parte del adjudicatario provisional de las condiciones necesarias para que le pueda ser adjudicado el contrato. En conclusión, si se producen las circunstancias citadas, la Administración declarará decaída la adjudicación provisional declarada a favor del contratista que no constituyó en plazo la garantía definitiva.

3. Recurso especial en materia de contratación

La *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de junio de 2010 [C-507/08, asunto Symbolio Apochetefseon Lefkosias (agencia de saneamiento de las aguas residuales de Nicosia) contra Anatheorikiti Archi Prosforon (autoridad de revisión de las ofertas)]*, resuelve la cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación del art. 2 de la Directiva 89/665/CEE, del Consejo. La cuestión plantea si el citado precepto debe interpretarse en el sentido de exigir a los Estados miembros la obligación de prever a favor de las entidades adjudicadoras un recurso de naturaleza jurisdiccional contra las decisiones de los órganos responsables de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

El Tribunal de Justicia resuelve que el Derecho comunitario no exige la imposición del acceso a la jurisdicción en el caso citado. No obstante cada Estado miembro puede decidir si en este caso considera que los poderes adjudicadores deben poder acceder a la jurisdicción. En este caso no es relevante la posibilidad de que haya una regulación diferente entre los distintos Estados miembros porque ni la Directiva 89/665 ni su sucesora, la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, tienen como fin la armonización de las regulaciones nacionales sobre esta materia.

También se refiere a esta cuestión la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010 (C-314/09, asunto Stadt Graz contra Strabag AG, Teerag-Asdag AG y Bauunternehmung Granit GesmbH)*, que resuelve una cuestión prejudicial relativa también a la Directiva 89/665. Se plantea si es compatible con dicha Directiva, una normativa nacional que sólo admite el derecho a obtener una indemnización derivada de haber cometido una infracción en el marco de la adjudicación de los contratos públicos regulados por las Directivas comunitarias si se prueba que dicha actuación infractora tiene carácter culposo.

El Tribunal de Justicia señala que, dado que la Directiva no establece nada al respecto, corresponde a los ordenamientos nacionales establecer las medidas necesarias para garantizar que los procedimientos de recurso permitan conceder una indemnización de daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción del Derecho en materia de contratos públicos. En este sentido, entiende que la exigencia por un ordenamiento nacional de que la infracción tenga carácter culposo es contraria a lo dispuesto por la Directiva, que pretende garantizar la existencia de procedimientos de recurso eficaces en el ámbito de la adjudicación de los contratos públicos, y, en el caso de que el recurso no sea eficaz, garantizar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

La *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2010 (C-406/08)* resuelve acerca de la determinación de la fecha en que comienza a correr el plazo para interponer el recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras regulado en la Directiva 89/665/CEE, del Consejo.

El Tribunal aclara que la citada Directiva no contiene ninguna disposición en relación con el cómputo del plazo de los recursos, por lo que se trata de una cuestión que corresponde regular a los ordenamientos nacionales, que deberán hacerlo de forma que los licitadores puedan recurrir las decisiones ilícitas adoptadas por los poderes adjudicadores de la forma más rápida y eficaz.

Para el Tribunal, el hecho de que un candidato o licitador conozca que su candidatura u oferta ha sido rechazada, no le permite interponer válidamente un recurso. Será necesario que conozca los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato y la existencia de la posible infracción de normas procedimentales. En consecuencia, el Tribunal declara que el plazo para interponer un recurso destinado a que se declare la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos o a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la infracción de estas

normas, solo comenzará a correr en la fecha en que el demandante tuvo o debiera tener conocimiento de tal infracción.

X. EJECUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. El principio del riesgo y ventura

En el *Dictamen del Consejo de Estado de 21 de diciembre de 2010 (núm. de expediente 2067/2010, FOMENTO)* se resuelve el expediente relativo a la reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras «Autovía de la Plata. Carretera N-630 de Gijón al puerto de Sevilla, pp. kk. 712 al 740,300. Tramo: Fuente de Cantos (Sur)».

La representación de la contratista solicita una indemnización por desequilibrio económico en el contrato a causa del incremento sustancial en los volúmenes de excavación en roca. Para fundamentar esta reclamación señalaba que durante el desarrollo de los trabajos había sobrevenido una variación muy importante del objeto del contrato al alterarse de manera sustancial las características de la excavación de la explanación respecto a las consideradas en el proyecto, lo que le ha causado graves perjuicios. En concreto, según los cálculos hechos por el reclamante, el volumen total de excavación acometida durante la ejecución de las obras asciende a 7.510.950,00 m³ de los que 3.226.430 m³ —y por tanto el 42,96 por 100 de la excavación—, han sido de roca y han requerido el uso de explosivos.

El Consejo de Estado señala que en este ámbito rige el principio de riesgo y ventura del contratista, que comporta la asunción por el contratista de las consecuencias derivadas de la ejecución del contrato en los términos pactados con la Administración. No obstante, este principio conoce límites, determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero. En este sentido, la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el supuesto de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del mismo) o sus condiciones (cláusula *rebus sic stantibus*). Debe tratarse de una onerosidad tal que, aparte de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual.

A juicio del Consejo de Estado no puede sostenerse, como pretende el reclamante, la existencia de una quiebra del equilibrio económico del contrato en tanto que el proyecto sobre el que versó la contratación, aunque realizado por un tercero y aprobado por la Administración, fue conocido por el contratista, que podía y debía haber realizado los estudios oportunos para conocer la calidad del suelo a excavar, aún más a sabiendas de que de acuerdo con el art. 320 del pliego, la remuneración prevista lo era para todo tipo de suelo.

El Consejo de Estado rechaza la reclamación de la indemnización dado que el mayor volumen de roca derivado de la excavación, no solo no resulta probado en el expediente, sino que en todo caso se integra bajo el principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa, pues el pliego de prescripciones técnicas preveía expresamente el abono de un precio fijo para la excavación de cualquier clase de suelo, circunstancia que asumió el reclamante, a sabiendas de la mayor o menor rentabilidad de la empresa según la menor o mayor presencia de roca en la superficie a excavar.

En el *Dictamen del Consejo de Estado de 9 de diciembre de 2010 (núm. de expediente: 2372/2010, FOMENTO)*, se somete a consulta la reclamación de daños y perjuicios formulada por una UTE por los derivados del incremento del precio de los ligantes en la ejecución de las obras «Acceso Norte a Ferrol por Fene, Neda y Narón. Vial carretera de la Trinchera (N-653) - Intersección del Ponto (C-642)». A juicio de la contratista, dicho incremento ha ocasionado un menoscabo del equilibrio económico del contrato, con los consiguientes perjuicios económicos que deben ser reparados por la Administración contratante.

En el caso del contrato de obras, uno de los elementos esenciales de la relación jurídica que vincula a las partes es que la ejecución de los trabajos, salvo en caso de fuerza mayor, se hace a riesgo y ventura del contratista, lo que comporta que éste se beneficie de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudique con las pérdidas que pudieran derivarse de su actividad empresarial. La Administración es ajena al riesgo y ventura del contratista, si bien garantiza la indemnización de las prestaciones económicas de éste mediante la técnica de la revisión de precios.

No obstante, el Consejo de Estado recuerda que la regla del riesgo y ventura del contratista tiene límites, determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero. En este sentido, la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el supuesto de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del mismo) o sus condiciones (cláusula *rebus sic stantibus*). Debe tratarse de una onerosidad tal que, aparte de obedecer a una causa imprevisible o injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual.

En este caso el Consejo de Estado estima que no procede reconocer indemnización alguna a la sociedad reclamante. El incremento de los precios de los ligantes debe ser soportado por esta entidad, pues entra dentro de su riesgo y ventura, ya que los daños alegados no pueden ser considerados tan importantes como para alterar gravemente la economía del contrato, de manera que, faltando dicho presupuesto, no procede adoptar ninguna de las medidas compensatorias excepcionales que el Derecho ofrece.

2. La resolución del contrato administrativo por mutuo acuerdo

El Consejo de Estado, en su *Dictamen de 18 de noviembre de 2010 (núm. de expediente: 2147/2010, INTERIOR)*, se pronuncia en relación con un caso de resolución de

un contrato administrativo por mutuo acuerdo. Aunque las partes están de acuerdo en la resolución, discrepan en lo que se refiere a las consecuencias indemnizatorias de la misma.

El estudio del expediente no revela incumplimiento alguno por parte de la empresa contratista. El motivo que justifica la resolución es el estado de la estructura de los edificios que se tenían que rehabilitar, que se ha comprobado que es mucho más deficiente que lo que se preveía en el proyecto. Esto hubiese obligado, de continuar el contrato, a modificar primero el proyecto y luego el propio contrato, con una repercusión económica, evaluada en un 30 por 100 aproximadamente por la dirección facultativa.

Por su parte, la Abogacía del Estado, dada la «gran envergadura» que supondría tal modificación, ha indicado la procedencia de una nueva licitación de las obras modificadas, por lo que resulta indudable la existencia de un interés público en la resolución.

Según el art. 208.1 de la ley citada, «cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas». Ante la discrepancia de las partes en relación con la cuantía de la indemnización caben dos opciones: bien descartar el mutuo acuerdo y decidir la resolución por otra causa, bien aceptar la resolución de mutuo acuerdo y arbitrar las diferencias sobre la base de lo acordado, con aplicación analógica de la responsabilidad contractual.

El Consejo de Estado se inclina por la segunda posibilidad, por respeto a la voluntad de las partes y en aras de la mayor celeridad en la extinción del presente contrato. Las partidas indemnizatorias en relación con las cuales se plantea la discrepancia son el lucro cesante, los pagos por tributos locales, los gastos de mantenimiento de personal en la obra durante unos seis meses de paralización y la prima de un contrato de seguro. Más que las partidas en sí, lo que se discute es su cuantía.

En síntesis, el Consejo de Estado entiende que se dan los supuestos legales de la resolución por mutuo acuerdo, y que sus consecuencias económicas son las propuestas por la Administración, no obstante la oposición de la contratista a algunas de ellas.

XI. OTRAS CUESTIONES

1. Guía Práctica de publicidad y comunicación institucional

El *Informe 69/09, de 15 de diciembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal* resuelve la consulta planteada por la Secretaría de Estado de Comunicación en relación con la «Guía Práctica de publicidad y comunicación institucional».

La Junta Consultiva manifiesta que la Secretaría de Estado no plantea cuestiones interpretativas, ni se trata de ninguna disposición; se trata de una Guía Práctica cuyo contenido se refiere al desarrollo de la publicidad institucional que realizan los distintos

Ministerios. Dado que la adjudicación de las campañas de publicidad se realiza a través de contratos de servicios, una parte del contenido de la Guía afecta a cuestiones relativas a la contratación administrativa. Las cuestiones más destacables que aborda la Guía en este ámbito son las siguientes: necesaria programación previa respecto de los contenidos de cada campaña, la planificación y definición de los pasos previos a la licitación, la información básica que transmite el órgano de contratación a la agencia para que ésta pueda desarrollar su trabajo, en otros términos, las especificaciones que desea expresar el contratante en la campaña, necesarias para desarrollar el contrato.

2. Posibilidad de creación de una central de contratación por parte de una entidad local que no sea una Diputación Provincial

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, en su *Informe 27/09, de 1 de febrero de 2010*, analiza la posibilidad de crear una Central de Contratación por parte de una entidad local que no sea una Diputación Provincial.

La Junta Consultiva, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 187.1, 188.2 y 189 LCSP concluye que, en el ámbito de las entidades locales, solo las Diputaciones Provinciales pueden crear centrales de compras. El resto de las entidades locales, entre las que se incluyen las entidades instrumentales, solo podrán adherirse a las creadas por el Estado, las Comunidades Autónomas y las Diputaciones Provinciales. En conclusión, no se admite que entidades locales que no sean las Diputaciones Provinciales, ni asociaciones de entidades locales, puedan crear centrales de compras.

XII. BIBLIOGRAFÍA

- AGÚNDEZ, M. A., y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (dirs.); CHINCHILLA, C. (coord.): *Contratación Pública*, Madrid, La Ley, 2010.
- BALLESTEROS MOFFA, L. A.: *Adjudicación de contratos del sector público*, Madrid, Civitas, 2010.
- BASTARDO YUSTOS, F. M.; GÓMEZ DÍAZ, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, J.: *Contratos para la Administración local*, Barcelona, Bosch, 2010.
- BUSTILLO BOLADO, R.: *Convenios y contratos administrativos, transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Pamplona, Aranzadi, 2010.
- CALVO Y RUATA, P.: *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (nuevas acotaciones, concordancias y criterios interpretativos)*, Madrid, Civitas, 2010.
- CANALES GIL, A., y HUERTA BARAJAS, J. A.: *Contratación de las Administraciones públicas en la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2010.
- CARBONERO GALLARDO, J. M.: *La adjudicación de los contratos públicos*, Madrid, El Consultor, 2010.
- CATALÁ MARTÍ, J. V.: *Manual práctico de procedimiento de contratación de las entidades locales*, Barcelona, Bayer Hermanos, 2010.
- DROMI, R.: *Licitación pública*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2010.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- GIMENO FELIÚ, J. M.: *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Madrid, Aranzadi, 2010.
- HUERTA BARAJAS, J. A. (coord.): *Elementos Prácticos de gestión de recursos y contratos de las Administraciones Públicas y de la Defensa*, tomos I y II, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2010.
- INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO: *Guía para la gestión de contratos del sector público*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 2010.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Instrumentos españoles de colaboración público-privada, el contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, Civitas, 2010.
- MORENO MOLINA, J. A.: *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, Madrid, La Ley-Actualidad, 2010.
- PASCUAL GARCÍA, J.: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del sector público*, Madrid, BOE, 2010.
- PLEITE GUADAMILLAS, F.: *El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos del sector público, claves para la clasificación de los poderes adjudicadores*, Madrid, La Ley, 2010.
- RICHER, L.: *Droit des contrats Administratifs*, Paris, LGDJ Montchrestien, 2010.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Contrato de concesión de obra pública*, Barcelona, Bosch, 2010.
- *Los contratos del sector público (comentario)*, Madrid, Edisofer, 2010.
- TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Base de datos de contratación administrativa. Administración estatal, autonómica y municipal*, Pamplona, DAPP Publicaciones Jurídicas, 2010.
- VV.AA.: *Contratación del sector público local*, Madrid, El Consultor, 2010.

