
Contratación local

María HERNANDO RYDINGS

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Rey Juan Carlos*

Palabras clave: contratación pública; sectores especiales; covid-19

Keywords: public procurement; special sectors; covid-19.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA COVID-19.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN: 1. Ámbito objetivo de aplicación. 2. Ámbito subjetivo de aplicación 3. Negocios excluidos. 4. Racionalidad de la contratación.—IV. PARTES EN EL CONTRATO: EL EMPRESARIO. CAPACIDAD Y SOLVENCIA.—V. TUTELA DE LOS LICITADORES.—VI. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS: 1. Preparación del contrato. 2. Contrato menor. 3. Administración electrónica, transparencia y protección de datos. 4. Ofertas. 5. Mesa de contratación. 6. Procedimientos de adjudicación.—VII. EFECTOS, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS: 1. Prerrogativas de la Administración. 2. Ejecución de contratos. 3. Modificación de contratos. 4. Suspensión y extinción. 5. Subcontratación y cesión.—VIII. CONTRATACIÓN EN LOS SECTORES EXCLUIDOS.—IX. MEMORIAS DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES.

I. INTRODUCCIÓN

Este año, el ámbito de la contratación pública ha estado marcado, al igual que ocurre con los demás ámbitos, por la pandemia originada por la covid-19. Este es el hilo conductor de las reformas normativas que han tenido lugar en este sector, las cuales, además, se han llevado formalmente a cabo por medio de la figura del Decreto Ley. En este marco de excepcionalidad se han dictado, en el ámbito estatal, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo; el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo; el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo; el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, y el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo.

Por otro lado, el TJUE ha dictado diversas sentencias en relación con las siempre polémicas cuestiones del ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación pública a las figuras de cooperación horizontal y vertical, y el Tribunal Supremo

ha resuelto fundamentalmente varios asuntos en materia de adjudicación y ejecución de contratos. De todo ello se da debida cuenta a continuación.

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA COVID-19

La situación de emergencia de salud pública ocasionada por la covid-19 ha determinado, en el ámbito de la contratación pública, la aprobación de todo un conjunto de disposiciones con el fin de ajustar los contratos del sector público a la situación de crisis sanitaria causada por la pandemia en la que aún nos encontramos inmersos.

En este marco de excepcionalidad se han dictado en el ámbito estatal diversas medidas incluidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo; el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo; el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo; el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, y el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo¹.

Así, respecto del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, hay que citar la DA 3.^a que declara la suspensión de plazos administrativos, cuya principal relevancia se centra en aquellos procedimientos que se encuentran en las fases de licitación, adjudicación y formalización, en todo el ámbito de la contratación pública.

También es relevante el art. 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, que regula que a todos los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente a la covid-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia, y que el libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente a la covid-19 se realizarán a justificar.

En tercer lugar, el art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, donde se disponen medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias de la covid-19, en relación con los contratos vigentes y cuya ejecución devenga imposible como consecuencia de la covid-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatirlo. En sus distintos apartados, se regula, según la tipología de contratos y bajo un predominante principio de conservación de los mismos, los supuestos en los que los contratos se podrán suspender conforme a los requisitos y circunstancias concurrentes.

En cuarto lugar, la Disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se levanta la suspensión de plazos y trámites de la DA 3.^a del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para los procedimientos de contratación, siempre

¹ Las citadas disposiciones han sido consolidadas por el ORESCON en el documento *Compendio de Disposiciones sobre contratación pública durante la declaración del Estado de alarma derivado de la covid-19*, OIRESCON, 22 de junio de 2020.

y cuando se tramiten por medios electrónicos, así como para los recursos especiales que les corresponda.

Y, por último, el art. 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19².

En la doctrina destaca también el *Observatorio de Contratos Públicos 2019*, volumen coordinado por C. DE GUERRERO MANSO y dirigido por J. M. GIMENO FELIU, Aranzadi, 2020, en la que se analiza de forma sistemática la incidencia que la crisis sanitaria de la covid-19 ha tenido en la contratación pública tanto de forma global como en relación a aspectos específicos. Así, se aborda su incidencia en la ejecución de los contratos, con especial mención a los efectos de la suspensión de determinados contratos y al reequilibrio económico de las concesiones; en los contratos excluidos; en los operadores económicos y los principios de la contratación; en la preparación de los contratos, la posibilidad de utilizar la compra pública de innovación y la elección del procedimiento de contratación más adecuado; y el régimen de invalidez, reclamaciones y resolución de conflictos, con especial mención a la posibilidad de recurrir al arbitraje en la ejecución de los contratos. Junto a estos aspectos, se estudia el régimen contractual del Banco Central Europeo.

Asimismo, destaca la monografía que han publicado J. M GIMENO FELIU y G. GARCÍA ÁLVAREZ, *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria*, Aranzadi, 2020, en la que propugnan y justifican cómo la compra pública de medicamentos en el marco del Sistema Nacional de Salud debe permitir preservar las notas de sostenibilidad financiera como la equidad del modelo, que se aleje de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, y ello para evitar poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial. También destaca la monografía de J. GARCÍA AMEZ, *Contratación pública en el ámbito sanitario*, Colex, 2020, en la que se analizan las principales novedades que establece la norma de contratación pública en lo que respecta a la gestión sanitaria.

También se han publicado artículos científicos en revistas especializadas que, de modo general, analizan la repercusión que ha tenido la covid-19 en este sector. Así, entre otros, J. M. GIMENO FELIU, «La crisis sanitaria covid-19 y su incidencia en la contratación pública», *El Cronista*, núms. 86-87, marzo-abril de 2020; F. PASCUA MATEO ha publicado «La contratación administrativa ante la covid-19», *Revista de Administración Pública*, núm. 213, pp. 439-478; S. BELLO PAREDES, «Covid-19 y contratación pública: un peligroso cóctel en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 213, pp. 373-403; y I. FERNÁNDEZ PUYOL y B. LOZANO CUTANDA, «Novedades introducidas por el Real Decreto-ley 15/2020, en materia de contratación pública: la reactivación del recurso especial en materia de contratación», *Revista de estudios locales*, núm. 230, 2020,

² *Compendio de Disposiciones sobre contratación pública...*, *op. cit.*

pp. 172-176. Asimismo, se incluyen, como es habitual, comentarios a cuestiones prácticas puntuales en la web del *Observatorio de Contratación Pública* y se recopilan las entradas que se incluyen *online*, en materia de contratación pública, en la web *contratodeobras*.

Por último y aunque no directamente enfocada hacia los efectos de la pandemia en la contratación, se ha publicado una monografía global *Guía práctica de la Ley de Contratos del Sector Público*, de M. A. GÓMEZ GIL, Aranzadi, 2020, con un enfoque práctico, en la que se analizan las cuestiones más relevantes que han surgido tras la entrada en vigor de la ley, y aportando como soluciones las resoluciones más destacables de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. Ámbito objetivo de aplicación

Se ha dictado, en materia de concesiones, la *STS 865/2020*, en la que el Tribunal Supremo determina a quién debe girarse el canon derivado de una concesión para la construcción y explotación de aparcamiento para residentes, si a los propietarios o al concesionario original. El Ayuntamiento de Móstoles recurre en casación la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Madrid que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la sociedad adjudicataria de una concesión para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para residentes por un plazo de setenta y cinco años. El recurso se dirigía contra las liquidaciones giradas en 2016 por el ayuntamiento correspondientes al canon semestral previsto en la concesión, que el ayuntamiento nunca había cobrado (la adjudicación se produjo en 1993). El ayuntamiento se opuso al entender que la mayor parte de los periodos reclamados ya estaban prescritos, pues el canon debe considerarse un ingreso tributario. Además, considera que ha cesado en su condición de concesionario, pues los pliegos de la concesión prevén que su titularidad pase a la comunidad de usuarios cuando se cedan a los residentes más del 10 por 100 de los aparcamientos construidos. Por su parte, el ayuntamiento niega el carácter tributario del canon y considera que se aplica el plazo de prescripción civil, y mantiene que la sociedad sigue siendo formalmente la concesionaria, al no haberse comunicado cambio alguno de la titularidad.

El TS confirma el razonamiento de la sociedad y del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. En primer lugar, afirma que el canon concesional tiene naturaleza de ingreso tributario. En particular, le atribuye el carácter de tasa por utilización privativa del dominio público. De esa forma, su plazo de prescripción es de cuatro años, por lo que habrían prescrito todos los periodos hasta 2011, incluido. En cuanto a quién debe considerarse concesionario a efectos del pago, no niega que la concesionaria original no comunicó al ayuntamiento el cambio de titularidad, según exigían los pliegos. Pero entiende que, superado el 10 por 100 de cesiones, es una circunstancia que depende de la exclusiva voluntad de la nueva concesionaria (la comunidad de usuarios), que no realizó

gestión alguna. Por tanto, niega que la sociedad constructora tenga ya consideración de sujeto pasivo del canon, aunque le resten algunas obligaciones de conservar y mantener en buen estado los aparcamientos.

Por otro lado, hay que destacar el interés que ha suscitado, desde la doctrina, el contrato de servicios. En este sentido, los profs. L. TOLIVAR ALAS y M. CUETO PÉREZ han dirigido la obra colectiva *La prestación de servicios sociosanitarios*, Tirant lo Blanch, 2020, en la que se clarifica el marco jurídico aplicable a estos contratos, analizando las nuevas formas de gestión, tanto contractuales como no contractuales, como la acción concertada, que tanta importancia ha adquirido en la prestación de servicios sociosanitarios en el ámbito autonómico. La figura del concierto social también ha sido analizada por el prof. R. PIZARRO NEVADO en su artículo «El concierto social para la prestación de la atención infantil temprana en Andalucía», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 14, 2020, pp. 88-103.

Por su parte, la prof. E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN ha publicado «El contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 212, 2020, pp. 375-399, el prof. E. ARIMANY LAMOGLIA «La gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias», *Revista de Administración Pública*, núm. 213, 2020, pp. 141-178, y el prof. J. DE LA CRUZ FERRER «La regulación legal de la prestación del servicio público y la regulación contractual de su gestión indirecta: su confusión en la jurisprudencia sobre los contratos farmacéuticos», *Revista de Administración Pública*, núm. 213, 2020, pp. 209-223.

También ha sido objeto de atención en la doctrina las comunidades de regantes y su encuadre en la normativa de contratación pública. Así, el prof. A. EZQUERRA HUERVA ha publicado el artículo «Las comunidades de regantes ante la legislación de Contratos del Sector Público», en la *Revista Vasca de Administración pública*, núm. 118, septiembre-diciembre 2020, pp. 49-82.

Asimismo, téngase en cuenta el Informe 33/2020, de la JCCA del Estado, sobre contratos de entidades que no son poderes adjudicadores con empresas públicas de su propiedad, el Informe 63/2019, de la JCCA del Estado, sobre diversas cuestiones relacionadas con una concesión, el Informe 45/2019, de la JCCA del Estado, sobre retribución del contratista en los contratos de servicios con prestaciones directas en favor de la ciudadanía, el Informe 31/2019, de la JCCA del Estado, sobre proyecto de obra completa, análisis del art. 13 de la LCSP y el Informe 28/2019, de la JCCA del Estado, sobre el ámbito de una concesión y las obras posteriores.

2. **Ámbito subjetivo de aplicación**

Téngase en cuenta el Informe 27/2018, de la JCCA del Estado, sobre la aplicación de la LCSP a las Entidades Urbanísticas de Conservación.

3. Negocios excluidos

Los convenios de colaboración constituyen uno de los temas que suscitan interesantes pronunciamientos judiciales y análisis doctrinales. En esta ocasión, se ha dictado, en primer lugar, la *STJUE de 4 de junio de 2020 (C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436)*, con ocasión de la cuestión prejudicial que un tribunal alemán eleva al TJUE en relación con un litigio en el que se impugna un convenio de cooperación entre dos Administraciones locales alemanas para la gestión y valorización de residuos. Quien impugna en el litigio principal es Remondis, una compañía que opera en el sector y que considera que el convenio de cooperación oculta en realidad un contrato público. Al interpretar el art. 12.4 de la Directiva, que excluye de su ámbito de aplicación la cooperación interadministrativa, concluye que la cooperación debe responder a una estrategia conjunta de distintos poderes adjudicadores para alcanzar los fines que les corresponden. En este caso, sin embargo, no aprecia más que la obtención de una prestación a cambio de una retribución. De esta forma, no existe sinalagma en las obligaciones asumidas por el consorcio, ya que el TJUE las considera meras adiciones cosméticas para simular la existencia de una relación sinalagmática. De este modo, el TJUE entiende que no existe cooperación que excluya la aplicación de la Directiva de contratación cuando un poder adjudicador es responsable de una misión de interés público en su territorio y encarga a otra, que no depende de él, la ejecución de alguna de las operaciones necesarias para llevar a cabo esa misión a cambio de una retribución.

También se ha dictado la *STJUE de 18 de junio de 2020, Porin Kaupunki, c-328/19 (ECLI:EU:C:2020:483)*, la cual ha sido objeto de un comentario publicado en el Observatorio de Contratación pública por parte de F. Hernández González, con fecha de 25 de junio de 2020. La Sentencia trae causa de la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Finlandia en relación con la *adjudicación directa por la ciudad de Pori (Finlandia) del servicio de transporte de personas con discapacidad a Porin Linjat Oy*, sociedad anónima que pertenece íntegramente a dicha ciudad, con arreglo al régimen del contrato «in house». La citada adjudicación se lleva a cabo en el marco de *dos convenios de colaboración*: uno *en materia de transporte público*, que vincula a las ciudades de Pori, Harjavalta, Kokemäki y Ulvila y al municipio de Nakkila; y otro *en materia de servicios sanitarios* celebrado por las ciudades de Pori y Ulvila y el municipio de Merikarvia. En ambos convenios, la ciudad de Pori tiene la condición de «municipio responsable» de la prestación del servicio. Para ello, se sirve de Porin Linjat, que es una «*entidad vinculada*» (es decir, un operador interno o medio propio) de la que es propietaria y sobre la que ejerce su control. En esencia, el tribunal remitente formula dos preguntas: primero, si el *convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios* puede no estar sometido, por su naturaleza, al ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, debido a que materializa una *transferencia de competencias o una colaboración entre entidades pertenecientes al sector público* (si el modelo de «municipio responsable» es un supuesto de colaboración horizontal); y, segundo, si —en su condición de municipio responsable— la ciudad Pori puede *adjudicar a una entidad vinculada*

sin licitación la prestación de servicios que no solo satisfacen sus propias necesidades, sino también las de los demás municipios que forman parte de dicho convenio. Considera el citado autor que la STJUE comentada es importante porque viene a confirmar la validez de un *convenio de cooperación interadministrativo para la prestación de un servicio de transporte* (en contra de lo que dispone el art. 6.1 de la LCSP de 2017) *seguido de una adjudicación «in house»* (encargo de un poder adjudicador a un medio propio, en la terminología de la LCSP), no siendo requisito *sine qua non* —además— que todas las entidades que sean parte en el convenio tengan participación en el capital de la entidad «in house». Aunque referida a la Directiva 2004/18, esta doctrina es aplicable con el actual marco normativo.

Los negocios que quedan excluidos del ámbito de la normativa de contratación pública han sido también objeto de atención por parte del prof. J. M. GIMENO FELIU, en su artículo «Las fronteras del contrato público. Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del derecho europeo», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 19-60.

Téngase en cuenta, por último, el Informe 7/2020, de la JCCA del Estado, Regulación de los contratos privados de seguros; el Informe 2/2020, de la JCCA del Estado, sobre la naturaleza del contrato de compraventa de un inmueble; el Informe 58/2019, de la JCCA del Estado, sobre sujeción a la LCSP de contrato por el que se constituye un derecho de superficie sobre bienes patrimoniales; el Informe 56/2019, de la JCCA del Estado, Adjudicación directa de una concesión de transporte, y el Informe 32/2019, de la JCCA del Estado, sobre la aplicación del art. 11.2 de la LCSP.

4. Racionalidad de la contratación

La contratación de las entidades que conforman el denominado sector instrumental continúa planteando numerosos interrogantes, algunos de los cuales tienen que ver con las reglas que resultan de aplicación a los mismos en materia de disciplina presupuestaria y, concretamente el modo en que deben consolidarse sus operaciones en las cuentas de la Administración de la que dependen. Desde una perspectiva mixta, que aúna la propia de contratación pública con la fiscal, las profs. S. DÍEZ SASTRE y E. MARCO PEÑAS, han analizado estas cuestiones en su artículo «La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 125-156.

También en clave presupuestaria, se ha publicado la monografía *La perspectiva presupuestaria de la contratación pública*, de A. GARCÍA MOLINERO, El Consultor de los Ayuntamientos, 2020, la cual examina y analiza cómo las herramientas de planificación, presupuestación y de control, pueden coadyuvar a implementar mejoras en la compra pública, que impliquen tanto comprar mejor, como comprar lo necesario y de forma económica, eficaz y eficiente.

Téngase en cuenta el Informe 128/2018, de la JCCA del Estado, sobre diversas cuestiones relacionadas con TRAGSA y el Informe 123/2018, de la JCCA del Estado sobre la posibilidad de que un consorcio autonómico pueda realizar encargos a entidades del Grupo TRAGSA.

IV. PARTES EN EL CONTRATO: EL EMPRESARIO. CAPACIDAD Y SOLVENCIA

Se ha dictado la *STS 1210/2020*, en la que se analiza fundamentalmente cuál es el momento que debe tomarse como referencia para comprobar si el licitador está o no al corriente del pago de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. El TS, al interpretar los arts. 60.1.d) y 61.1 TRLCSP, señala que la interpretación más acorde con los principios europeos es la de entender que el momento de referencia para comprobar si el licitador está al corriente o no es el de la fecha de licitación o presentación de la oferta. Sostener lo contrario implicaría hacer de mejor condición al licitador deudor que al no deudor, si se permitiese la subsanación en el momento de la adjudicación.

Por otro lado, han sido objeto de estudio las uniones de empresarios, por el prof. J. GUILLÉN CARAMÉS, en su artículo «Unión de empresarios y contratación pública: una reforma incompleta e inacabada», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 203, 2020, pp. 9-48.

Asimismo, han sido objeto de atención doctrinal las cuestiones que derivan de la integridad en la contratación pública y la defensa de la competencia. En este sentido, J. MIRANZO DÍAZ, ha publicado la monografía *Hacia la configuración de una estrategia de integridad eficiente en la contratación pública*, Aranzadi, 2020, en la que se defiende que la regulación del conflicto de intereses se configura como un aspecto especialmente idóneo hacia la creación de un sistema de integridad «no restrictivo» y que respete la discrecionalidad en la contratación pública europea. La normativa europea lleva a cabo una normativización del conflicto de interés que, lejos de representar una cuestión aislada, moldea y condiciona toda la estrategia anticorrupción, exigiendo una sutil juego de contrapesos para el correcto funcionamiento del sistema que descansa sobre una correcta asignación de responsabilidades. Asimismo, P. IGLESIAS REY ha analizado «A integridade na contratación pública. O papel do Consello de Contas de Galicia na prevención da corrupción e na xestión de riscos na contratación pública», *Revista Galega de Administración pública*, núm 60, 2020, pp. 481-493; y el prof. E. PARICIO RALLO también ha elaborado un informe «Defensa de la competencia y contratación pública», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 54, 2020, pp. 182-214.

Téngase en cuenta, por último, el Informe 25/2020, de la JCCA del Estado, sobre Prohibiciones de contratar por fraude; el Informe 16/2020, de la JCCA del Estado, sobre exclusiones por temeridad y clasificación de las proposiciones, y el Informe 29/2019, de la JCCA del Estado, sobre el cálculo de los costes salariales y medioambientales.

V. TUTELA DE LOS LICITADORES

La tutela de los licitadores constituye otro de los temas que siempre suscita el interés de la doctrina. En esta ocasión, el prof. J. E. CANDELA TALAVERO analiza en su monografía *El recurso especial en materia de contratación en el ámbito local*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2020, así como el artículo «El Tribunal de Recursos Contractuales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 52, 2020, pp. 12-103.

También en materia de legitimación se ha dictado la *STS 776/2020*, en la que se afirma que la condición de usuario de un servicio concedido a un contratista no confiere legitimación para impugnar la adjudicación de la concesión, al no tener interés legítimo, pues no hay ventaja o perjuicio concreto que se vaya a derivar del procedimiento o proceso. Y recuerda el Tribunal que la acción pública en el orden contencioso es una excepción y no existe en el ámbito de los contratos públicos, de manera que tampoco puede haber aquí una legitimación sobre un interés en la legalidad.

Por otro lado, se ha dictado la *STS 8/2020*, en la que se afirma que los contratistas pueden reclamar como medida cautelar únicamente el abono de los intereses de demora, sin necesidad de incluir también el principal adeudado.

Téngase en cuenta, por último, el Informe 15/2020, sobre la suspensión de la tramitación y del cómputo del plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación durante el estado de alarma en el caso de los contratos amparados por la DA 3.^ª4 del Real Decreto 463/2020.

VI. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE CONTRATO

La preparación y adjudicación de los contratos del sector público plantea numerosas disyuntivas que año tras año son objeto de atención generalizada, al menos por parte de la doctrina, como ocurre con la preparación del expediente de contratación, el contrato menor, o con la implantación de la administración electrónica.

1. Preparación del contrato

Se ha dictado la *STS 403/2020*, en la que se sostiene que el incumplimiento de las bases establecidas que exigen la justificación de la solvencia en un determinado momento no permite la subsanación y determina la expulsión.

En este sentido, la mercantil STOCK CIRCUIT, S. L. resultó adjudicataria de un contrato, ante lo que otra sociedad interpuso primero el recurso especial y posteriormente el contencioso-administrativo ante el TSJ. Este último lo estimó parcialmente, anuló la adjudicación de varios lotes y reconoció el derecho de la recurrente a una in-

demnización. La controversia gira en torno a que la citada mercantil fue requerida para que subsanara la deficiencia sobre el anormal precio a la baja ofrecido, pero no facilitó el nombre del contratista con quien contrataba los servicios de recogida y transporte de vehículos. La cuestión es si tal cosa era o no subsanable. El TS resuelve que los pliegos de condiciones a los que se sujeta la licitación pública son norma del contrato; por tanto, no están sujetos a la valoración de la prueba, y por ello su interpretación se realiza de acuerdo con la función hermenéutica de los tribunales y no como práctica de la prueba. El TS recuerda su jurisprudencia por la cual no puede volver a realizar la interpretación de la norma, a no ser que el tribunal de instancia contravenga manifiestamente la legalidad o resulta errónea o arbitraria, circunstancias que, según el TS, no concurren en el supuesto. Asimismo, concluye el Tribunal que las funciones de recogida, transporte y custodia tienen un carácter principal en la licitación, que condiciona la prestación del servicio. Por tanto, no es posible subsanar la falta de justificación en la licitación que fue exigida en un determinado momento (debía ser justificada en el anexo 1), y que ha de aplicarse a todos los licitadores por igual. Por tanto, no cabe subsanación y el incumplimiento determina su expulsión del proceso de contratación. Al no ser considerados documentos formales o deficiencia en la documentación, no existe la justificación que permita subsanar.

Asimismo, se ha dictado la STS 20/2020, en la que se advierte que la vulneración potencial de los principios de igualdad y transparencia por los pliegos del contrato no siempre conllevan su nulidad de pleno derecho y ello por entender el TS que los vicios del procedimiento no tuvieron incidencia en la adjudicación. En consecuencia, no provocan la nulidad absoluta del procedimiento de licitación por vulneración de los principios de igualdad y transparencia, debido al carácter objetivo y técnico de los mismos.

También en materia de preparación, se ha publicado la monografía *Guía para la gestión de expedientes de contratación pública local*, de A. CANO MURCIA, El Consultor de los Ayuntamientos, 2020, la cual analiza toda una serie de instituciones vinculadas a la contratación pública que al estar dispersas a lo largo del texto de la LCSP su localización e identificación resulta difícil y enrevesada: los órganos de contratación, el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la declaración responsable, los términos, plazos y cuantías, entre otras materias. Asimismo, destaca la monografía de M. PARDO LÓPEZ y A. SÁNCHEZ GARCÍA, *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los contratos públicos*, Aranzadi, 2020, y la monografía de R. DICKSON MORALES, *La asignación de riesgos en la colaboración público-privada. Una visión de España y República Dominicana*, Aranzadi, 2020.

Téngase en cuenta, por último, el Informe 14/2020, de la JCCA del Estado, sobre Fraccionamiento de los contratos y otras cuestiones; el Informe 12/2020, de la JCCA del Estado, sobre diversas cuestiones referentes a un contrato dividido en lotes; el Informe 20/2020 de la JCCA del Estado, sobre la justificación del mantenimiento de la solvencia económica y financiera ante las medidas covid-19; el Informe 18/2020, de la JCCA del Estado, Influencia de las medidas covid-19 sobre el mantenimiento de la solvencia

técnica; el Informe 42/2018, de la JCCA del Estado, sobre la interpretación del art. 100 de la LCSP, y el Informe 1/2020, de la JCCA del Estado, sobre cláusulas laborales en los contratos públicos.

2. Contrato menor

Una de las cuestiones que más dedicación han recibido es la del contrato menor. En este sentido, se ha dictado el Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero, que, entre otras cuestiones, modifica el contenido del art. 118 sobre el contrato menor, estableciendo que ya no se requiere el informe motivado del órgano de contratación, en contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros y, además, se elimina la obligación del órgano de contratación de justificar que el contratista no haya suscrito más contratos menores que, individual o conjuntamente, superen los umbrales establecidos.

En el ámbito doctrinal, destaca la monografía de J. PINTOS SANTIAGO, *Todo sobre el contrato menor*, 2.^a ed., El Consultor de los Ayuntamientos, 2020, así como el artículo de la prof. A. B. CASARES MARCOS, «O contrato menor como cuestión maior na contratación do sector público», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 59, 2020, pp. 35-78.

Téngase en cuenta el Informe 25/2019, de la JCCA del Estado, sobre el análisis de la DA 54.^a de la LCSP; el Informe 54/2018, de la JCCA del Estado sobre anticipos de caja fija y contratos menores; el Informe 25/2018, de la JCCA del Estado sobre los anticipos de caja fija y contratos menores en ámbitos de la seguridad y la defensa; el Informe 24/2018, de la JCCA del Estado sobre los anticipos de caja fija y unidad funcional separada; el Informe 23/2018, de la JCCA del Estado sobre anticipos de caja fija y contratos de I+D+i, y el Informe 20/2018, de la JCCA del Estado sobre la aplicación de las normas de los contratos menores a los pagos realizados por el sistema de anticipos de caja fija.

3. Administración electrónica, transparencia y protección de datos

Los profs. I. MARTÍN DELGADO y J. A. MORENO MOLINA han publicado la obra colectiva *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, 2020, en la que se analiza desde una perspectiva crítica, el marco normativo regulador —europeo y nacional— de la contratación público, identificando las carencias existentes y planteando posibles soluciones prácticas para avanzar hacia una contratación pública auténticamente innovadora, electrónica y transparente.

Téngase en cuenta el Informe 4/2020, de la JCCA del Estado sobre el art. 122.2 de la LCSP. Tratamiento de datos personales por el contratista y el Informe 55/2019, de la

JCCA del Estado, sobre Subsanción de documentos en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

4. Ofertas

También ha sido objeto de análisis, por parte del prof. F. CASTILLO BLANCO, «Las ofertas anormalmente bajas: a propósito de los costes generales y el beneficio industrial», *Revista de Administración Pública*, núm. 212, 2020, pp. 347-374.

5. Mesa de contratación

Téngase en cuenta el Informe 42/2019, de la JCCA del Estado, sobre la composición de la mesa de contratación en las corporaciones locales.

6. Procedimientos de adjudicación

La *STJUE de 4 de junio de 2020 (asunto C-3/19)* se pronuncia sobre si es conforme al Derecho europeo el Derecho nacional que limita la autonomía de las pequeñas entidades locales a utilizar solo dos modelos organizativos exclusivamente públicos sin la participación de persona o empresa privadas en el marco de una central de compras. El Tribunal responde a las cuestiones planteadas que la normativa nacional no infringe el objetivo de libre prestación de servicios y de apertura de la competencia no falseada en todos los Estado miembros, puesto que no coloca a ninguna empresa privada en una situación privilegiada con respecto a sus competidores. Por el contrario, esta disposición protege a las pequeñas entidades locales del riesgo de prácticas colusorias entre una central de compras y una empresa privada que posea una participación en la misma. Por último, el Tribunal considera que no se opone al Derecho europeo una disposición de Derecho nacional que limita el ámbito de actuación de las centrales de compras creadas por entidades locales al territorio de estas. Ello porque la medida aprobada por el Estado miembro asegura que esas centrales de compras actúan en el interés público de las mencionadas entidades y no en su propio interés mercantil, más allá de dichos territorios.

También se ha dictado la *STS 894/2020*, en la que fija como doctrina casacional que pueden adjudicarse a sociedades no profesionales contratos cuyo objeto sea una actividad profesional, siempre que gocen de aptitud legal para contratar.

Y, finalmente, la *STS 180/2020*, en virtud de la cual se entiende que anulada la adjudicación de una concesión, los tribunales no pueden ordenar una nueva adjudicación a favor del candidato que quedó segundo.

También se ha publicado la obra colectiva *Procedimiento administrativo y contratación pública en Iberoamérica*, dirigida por M. MAGIDE HERRERO y L. ARROYO, Tirant lo Blanch, 2020.

Téngase en cuenta, por último, el Informe 11/2020, de la JCCA del Estado, sobre organismo técnico especializado en la valoración de contratos; el Informe 10/2020, de la JCCA del Estado, sobre tramitación anticipada de contratos por las entidades locales; el Informe 6/2020, de la JCCA del Estado, sobre admisibilidad de umbrales en el procedimiento abierto; el Informe 5/2020, de la JCCA del Estado sobre Cuestiones sobre el procedimiento abierto simplificado; el Informe 22/2020, de la JCCA del Estado sobre Dación de cuenta al Consejo de Ministros en el art. 120 de la LCSP. Expedientes de contratación. Trámites. Tramitación ordinaria, urgente o de emergencia, el Informe 17/2020, de la JCCA del Estado, Licitación de contratos durante el estado de alarma; el Informe 13/2020 de la JCCA del Estado, validez de la inscripción en un Registro Provincial en el procedimiento abierto simplificado; el Informe 3/2020, de la JCCA del Estado, Órgano competente para la calificación documental. Funciones de la mesa de contratación; el Informe 50/2019, de la JCCA del Estado, sobre la aplicación de la contratación electrónica al procedimiento abierto simplificado, y el Informe 48/2019, de la JCCA del Estado, sobre criterios de desempate en los contratos públicos.

VII. EFECTOS, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

1. Prerrogativas de la Administración

Se ha publicado la monografía *La posición de la Administración pública en la contratación pública*, J. E. CANDELA TALAVERO, Fundación Asesores Locales, 2020, en la que se analizan las prerrogativas que la Administración tiene reconocidas en materia de contratación pública, como son la interpretación, resolución de dudas en su cumplimiento, modificación, inspección y declaración de la responsabilidad, suspensión y resolución.

2. Ejecución de contratos

Se ha dictado la *STS 340/2020* en la que se señala que la fecha de finalización de la obra determinará el *dies a quo* para el devengo de intereses cuando la recepción formal de las obras no se produce en el plazo establecido. Según el TS, cuando la recepción formal de las obras no se produce en el plazo legalmente establecido de un mes desde su fecha real de terminación (art. 147.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, actualmente el plazo es de tres meses según el art. 243.1 LCSP), deberá atenderse a la fecha de finalización de la obra para determinar el *dies a quo* del devengo de intereses por el retraso en el pago de la certificación final, debido a que en caso contrario se dejaría el contrato al arbitrio de la Administración.

En segundo lugar, se ha dictado la *STS 317/2020*, en la que se señala que el inicio del plazo para la revisión del precio en un contrato mixto comienza con la aprobación del proyecto de obra por la Administración contratante. Este sentido, establece el TS que es en el momento de la aprobación del proyecto cuando quedan fijados los precios. El Tribunal excluye como fecha de adjudicación el momento anterior a la aprobación del proyecto, ya que conllevaría el inicio de la fecha de cómputo de la revisión de precios a un momento en que los precios no están determinados. Asimismo, el Tribunal establece que para la adjudicación del contrato de obras es necesaria la aprobación del proyecto, momento en que se define el objeto del contrato. Por tanto, no se puede hablar de adjudicación del contrato de obra hasta haberse aprobado el proyecto encomendado en el contrato.

Se ha dictado la *STS 249/2020*, en la que se afirma que la aceptación de la liquidación definitiva de un contrato no supone la renuncia del contratista a reclamar los intereses de demora que se devenguen legalmente.

Por último, téngase en cuenta el Informe 59/2019, de la JCCA del Estado Admisibilidad de seguros de responsabilidad civil como condiciones especiales de ejecución del contrato; el Informe 57/2019, de la JCCA del Estado, sobre defectos de mediciones en los contratos de obra; el Informe 85/2018, de la JCCA del Estado, sobre excesos de medición, régimen de modificación del contrato de obras y otras cuestiones; el Informe 40/2019, de la JCCA del Estado, sobre gastos generales de estructura y beneficio industrial en el contrato de servicios, y el Informe 40/2019, de la JCCA del Estado, sobre gastos generales de estructura y beneficio industrial en el contrato de servicios.

3. Modificación de contratos

Se ha publicado la monografía de M. C. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, *La modificación del contrato de obras. Análisis histórico y regulación actual*, Tirant lo Blanch, 2020, en la que se realiza un análisis de la evolución histórica de la regulación del contrato de obras, partiendo tanto de los pliegos de condiciones generales como de los particulares del siglo XIX, ilustrada con cuadros comparativos, y se estudia también su regulación actual en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, así como diversas propuestas de mejora en su regulación.

4. Suspensión y extinción

En materia de suspensión y extinción, la prof. C. BARRERO RODRÍGUEZ ha analizado «As causas xerais de resolución dos contratos administrativos. En particular, o incumprimento do contratista unha posta ao día», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 60, 2020, pp. 279-310.

5. Subcontratación y cesión

En relación con la cesión de los contratos se ha dictado la *STS 874/2020*, en virtud de la cual se entiende que el cesionario de un derecho de cobro derivado de un contrato administrativo no puede solicitar la medida cautelar de pago inmediato conforme al art. 217 TRLCSP, toda vez que ni el art. 217 TRLCSP ni su sucesor en la LCSP de 2017 contemplan la posibilidad de que sea el cesionario del derecho quien solicite la medida cautelar de pago inmediato.

En materia de subcontratación, el prof. J. JORDANO FRAGA ha analizado «La subcontratación administrativa y el desafortunado mito urbano de la admisibilidad de la acción directa en la LCSP», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 207, 2020, pp. 75-100.

Téngase en cuenta el Informe 60/2019, de la JCCA del Estado, Diversas cuestiones relacionadas con la subcontratación.

VIII. CONTRATACIÓN EN LOS SECTORES EXCLUIDOS

Finalmente, con fecha de 4 de febrero se ha transpuesto parcialmente, en virtud del Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas Directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, el contenido de la Directiva 2014/25 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Concretamente, la citada transposición se contiene en el Libro I, el cual está integrado por un total de 5 títulos y 126 artículos.

De este modo, se culmina la obligación de transposición de la citada Directiva, que, recordemos, había expirado el pasado el 18 de abril de 2016, sin que la transposición de las Directivas 2014/25/UE y 2014/23/UE se hubiera completado, a pesar de que determinadas materias reguladas en las Directivas 2014/25/UE y 2014/23/UE se habían transpuesto ya a través de determinadas modificaciones puntuales del entonces vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 14 de noviembre de 2011 aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; y, posteriormente, por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Por su parte, la doctrina se ha ocupado del análisis de la misma, como en el caso del prof. J. M. GIMENO FELIU, en su artículo «La nueva regulación de la contratación en los sectores excluidos y su incidencia práctica. Novedades del Real Decreto Ley 3/2020», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 53, 2020, pp. 132-170.

Asimismo, téngase en cuenta el Informe 46/2020, de la JCCA del Estado, sobre la Aplicación de la Ley de Sectores a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias.

IX. MEMORIAS DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES

Como cada año, los Tribunales de Recursos Contractuales han publicado sus memorias de actividad relativas al año 2019. Concretamente, se han publicado en sus respectivas páginas web la Memoria del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi; la Memoria del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra; la Memoria del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias; Memoria del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia; Memoria del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León; Memoria del Tribunal Administrativa de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid; Memoria del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, y la Memoria del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Al respecto, resulta imprescindible el análisis que de los mismos se recoge en el *Informe sobre la Justicia Administrativa* (CIJA) del año 2020, dirigido por la prof. S. DÍEZ SASTRE y coordinado por el prof. C. MARTÍNEZ SÁNCHEZ. Este analiza pormenorizadamente el funcionamiento de la vía administrativa y de la contencioso-administrativa, no solo el ámbito de la contratación pública, sino también el de los tributos, responsabilidad patrimonial, derechos fundamentales, protección de datos, transparencia y responsabilidad contable, el cual, además, puede consultarse íntegramente en su web (www.cija-uam.org).