

EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Emilio Fernández-Piñeyro Hernández
Doctor en Derecho
Teniente Coronel Auditor

SUMARIO

I. Caracterización del contrato de suministro. II. Exclusiones. A. Exclusiones derivadas de lo previsto en el artículo 4.1 LCSP. B. Contratos de suministro que afectan a la industria de la defensa y tengan algún elemento extranjero o les sea de aplicación el art. 296 TCE. B.1. El artículo 267.2 LCSP. B.2. La Disposición Adicional 24 LCSP. B.3. Estudio especial sobre la aplicación actual de artículo 296 del TCE. B.3.1. Criterio general. B.3.2. Criterios a valorar cuando se invoque la aplicación del art. 296 TCE. B.3.3. Últimas tendencias a tener en cuenta para los contratos a los que sea de plena aplicación el artículo 296. B.3.3.1. Procedentes de la Agencia Europea de la Defensa (AED). B.3.3.2. Procedentes de la Comisión Europea. III. La adquisición de bienes muebles. IV. El arrendamiento. A. Arrendamiento de bienes muebles con o sin opción de compra. a. Mantenimiento. b. Duración del contrato. B. Arrendamiento financiero. V. Contratación de bienes informáticos. VI. Contrato de fabricación. VII. Umbral de los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada. VIII. Solvencia técnica y profesional en los contratos de suministro (Especialidades de este tipo de contrato en cuanto a los medios para acreditarla). 1. Relación de suministros efectuados. 2. Indicación del personal o unidades técnicas. 3. Instalaciones, medidas y medios. 4. Control de la capacidad y medios. 5. Muestras, descripciones y fotografías de los productos. 6. Certificados y evaluación. IX. Formas de adjudicación. A. Supuestos generales. B. Supuestos especiales que permiten el procedimiento negociado sin publicidad en el contrato de suministro. X. Ejecución del contrato de suministro. A. Entrega y recepción material. B. Pérdidas, averías y perjuicios. C. Fuerza mayor. XI. Pago del precio. Abono de los suministros recibidos. Revisión de precios. Pago en metálico y en otros bienes. XII. Modificación del contrato. XIII. Resolución del contrato de suministro. Causas de resolución. Efectos de la resolución. XIV. Vicios o defectos durante el plazo de garantía. XV. Motivos por los que la Comisión Europea considera que el régimen de modificación de contratos ya adjudicados, mantenido por la Ley de Contratos del Sector Público, sigue siendo incompatible con las Normas Comunitarias sobre Contratación Pública.

I. CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

La configuración esencial que caracterizó inicialmente al contrato de suministro presentaba tres elementos fundamentales: La periodicidad, el factor del tiempo y la indeterminación contractual de la cantidad objeto del suministro¹.

Por su parte, la STS de 3-11-93² definió el contrato de suministro como *aquél en el que una de las partes se obliga a realizar a favor de otra, prestaciones periódicas o continuas, a cambio de un precio*.

Estos elementos iniciales han ido evolucionando con el tiempo, para abarcar nuevas figuras como las de adquisición y arrendamiento de bienes en general y de equipos informáticos, o el arrendamiento con o sin opción de compra y el arrendamiento financiero.

En realidad, más que de un concepto unívoco, preciso y claro del contrato de suministro, lo que tenemos es un haz de instrumentos contractuales con los que la Administración cubre las necesidades de bienes y servicios que precisa para el cumplimiento de sus funciones³.

El concepto del contrato de suministro en la nueva Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) sigue englobando una serie de figuras contrac-

¹ Sobre la génesis, el concepto y la naturaleza jurídica del Contrato de Suministro nos remitimos a la amplia monografía de FRANCISCO SOSA WAGNER sobre *El Contrato Público de Suministro*. Thomson-Civitas. Madrid, 2003. 2.^a Edición, revisada y puesta al día por Mercedes Fuertes, así como a la extensa bibliografía referida en esta obra.

² R.º 8779/1990 (La Ley)

³ En este sentido se pronuncian E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ en *Curso de Derecho Administrativo* t.1 Madrid, 11.^a ed. 2002, quienes añaden que «lo que en la ley se llama contrato de suministro es pues una figura compleja no identificable en modo alguno con lo que en el Derecho Civil se conoce con el mismo nombre, sino capaz de adoptar modalidades contractuales muy diferentes (compraventa, suministro en sentido civil, arrendamiento de servicios, incluso de obra, etc.) dentro de una común finalidad típicamente instrumental y referida, siempre y en todo caso a bienes muebles, que es el dato último de caracterización, lo cual, como bien se comprende, tiene muy poco que ver con un tipo contractual definido». A similares resultados llegan R. PARADA VÁZQUEZ en *Derecho Administrativo*, t. I, Madrid 13.^a ed, 2002, L. COSCULLUELA MONTANER en *El Contrato de Suministro* publicado en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dirigido por R. GOMEZ FERRER Madrid, 1996 y M. LÓPEZ BENITEZ en *Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras públicas*, Barcelona 2000, que, de manera expresiva, afirma que «el legislador lo ha convertido en una especie de perchero contractual en el que se cuelgan las más diversas figuras y tipologías contractuales, dificultando, en último extremo, su cabal definición». La STS de 17 de febrero de 1992 (RJ 2491) se refiere también a «la compleja e indefinida figura del contrato de suministros» y una crítica de este fenómeno se contiene en L. TOLIVAR ALAS, Capítulo XI del libro colectivo de SOSA WAGNER, TOLIVAR, QUINTANA, FUERTES y SANCHEZ *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Barcelona 1995.

tuales de naturaleza jurídica distinta y, por tanto, tal calificación legal tiene como único objetivo delimitar un procedimiento contractual único para todos ellos⁴.

La LCSP en su artículo 9 dice:

1. *Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.*

2. *Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 de este artículo respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.*

3. *En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:*

a) *Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario.*

b) *Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.*

c) *Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.*

A través de este precepto se transpone el artículo 1.2.c) de la Directiva 2004/18/CE, que establece lo siguiente:

⁴ Sobre el Contrato de Suministro en la reciente Ley 31/2007, de 30 de octubre, vid. MORENO MOLINA, J. A. Y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*. La Ley. Madrid. 2008. Pags. 850 y ss. ESCRIBUELA MORALES F.J.: *La Contratación del Sector Público*. La Ley. Madrid, 2007, EQUIPO DE DERECHO PÚBLICO DE URÍA MENÉNDEZ, ABOGADOS. *Guía Práctica de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público* Ed. Uría Menéndez. VARIOS AUTORES, Coordinados por MARTÍN OVIEDO J.M. Y PRESEDO REY C.M.. *Memento Práctico de Contratos Públicos 2008-2009*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2007.

«c) Son «contratos públicos de suministro» los contratos públicos distintos de los contemplados en la letra b) cuyo objeto sea la compra de productos, su arrendamiento financiero, su arrendamiento o su venta a plazos, con o sin opción de compra.

Un contrato público cuyo objeto sea el suministro de productos y, de forma accesoria, obras de colocación e instalación se considerará un «contrato público de suministro»».

Respecto a la transposición que se realiza es preciso hacer notar que el legislador no ha querido recoger en el artículo 9 la referencia del segundo párrafo del artículo 1.2.c) de la Directiva. Ello pudo ser debido a la figura de los contratos mixtos que incluye en el artículo 12 de la LCSP, y en función del cual cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, en este caso del contrato de suministro y del de obras, se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico, es decir, las del contrato de suministro. Por lo tanto, tal y como hace el citado párrafo segundo cuando reconoce que las obras de colocación e instalación serían accesorias al propio suministro de productos.

Por su parte, el TRLCAP regulaba el contrato de suministro en el artículo 172 de la siguiente manera ⁵:

1. «En todo caso, se considerarán incluidos en el artículo anterior los contratos siguientes:

a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía

⁵ En relación a dicho precepto y a sus antecedentes normativos resulta muy interesante tener presente la doctrina de la JCCA concretada en los siguientes informes: Informe 46/96, de 22 de julio de 1996, «*Consulta sobre contratos de arrendamiento con opción a compra*». Informe 51/97, de 2 de marzo de 1998, «*Naturaleza jurídica de un contrato para la construcción de un barco*». Informe 21/98, de 30 de junio de 1998, «*Calificación de un contrato cuyo objeto es la compra de semovientes*». Informe 55/99, de 21 de diciembre de 1999, «*Adquisiciones de bienes culturales; régimen aplicable para la adquisición de bienes muebles que integran el Patrimonio Histórico. Aplicación del procedimiento negociado; valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español o por los órganos o servicios del museo adquirente*». Informe 56/00, de 5 de marzo de 2001, «*Calificación de los contratos que tienen por objeto la redacción de planes generales de urbanismo en los Ayuntamientos*». Informe 61/04, de 12 de noviembre de 2004, «*Efectos de la liberalización del sector de las telecomunicaciones. Contratos de prestación de servicios de telecomunicaciones; exclusión de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Calificación de los contratos de suministro de energía y de prestación del servicio de telecomunicaciones*».

total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.

b) La adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión del derecho de uso de estos últimos, así como de equipos y sistemas de telecomunicaciones.

c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

2. No obstante lo expresado en el apartado anterior, la adquisición de programas de ordenador a medida se considerará contrato de servicios.

3. Por otra parte, también tendrá la consideración de suministro el mantenimiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas cuando se contrate conjuntamente con la adquisición o el arrendamiento».

Comparando las redacciones del artículo 9 de la LCSP y del citado artículo 172, que se acaba de transcribir, se advierte como novedad que aquél incluye la referencia a la adquisición de productos o bienes muebles por medio de arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra.

Pero la novedad es más aparente que real, porque el artículo 171 del TRLCAP ya recogía que *«a los efectos de esta Ley, se entenderá por contrato de suministro el que tenga por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento, con o sin opción de compra, o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorporales y valores negociables, que se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso».*

Por lo demás, las correspondencias en materia de regulación específica del contrato de suministro entre el anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la vigente Ley de Contratos del Sector Público pueden establecerse, para una mejor comprensión de los cambios efectuados, de la siguiente manera:

Los artículos 171 a 195 del Libro II Título III del antiguo Texto Refundido pasan ahora al artículo 9, a otros artículos sistemáticamente dispersos y a los artículos 266 a 276 del Libro IV, Capítulo IV, de la nueva LCSP. Estos últimos mantienen en líneas generales el mismo régimen jurídico del

Texto Refundido en lo que se refiere a la ejecución, modificación y extinción del contrato⁶.

⁶ Más concretamente, la tabla de correspondencias podría hacerse del siguiente modo:

TÍTULO III DEL LIBRO II DEL TEXTO REFUNDIDO SOBRE EL CONTRATO DE SUMINISTRO

CAPÍTULO I: Disposiciones Generales

Concepto: El art. 171 pasa al 9.1 LCSP

Contratos considerados como de suministro: El art. 172 pasa al 9.2 LCSP

Tratamiento de la información y telecomunicaciones: El art. 173 no tiene correspondiente en la LCSP

Arrendamiento y prórrogas: El art. 174 pasa al 266 LCSP

Contratos de fabricación y aplicación de normas y usos vigentes en el comercio internacional: El art. 175 pasa al 267 LCSP

Contratos menores: El art. 176 pasa al 122.3 LCSP

Supuestos de publicidad: El art. 177 pasa a los arts. 125 y 126 LCSP

Plazos de presentación de proposiciones en el procedimiento abierto: El art. 178 pasa a los arts. 127 y 143 LCSP

Plazos en el procedimiento restringido: El art. 179 pasa a los arts. 127 y 151 LCSP

CAPÍTULO II: De los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos de suministro

Subasta y concurso: El art. 180 no tiene correspondiente en la LCSP

Procedimiento negociado y publicidad comunitaria: El art. 181 pasa a los artículos 154, 157 y 161 LCSP

Procedimiento negociado sin publicidad: El art. 182 pasa a los arts. 154, 157 y 161 LCSP

CAPÍTULO III De las normas especiales de contratación del contrato de suministro

Contratación centralizada de bienes: El art. 183 pasa al art. 190 LCSP

Procedimiento en los contratos para el tratamiento en la información: El art. 184 pasa al art. 191 LCSP

CAPÍTULO IV: De la ejecución y modificación del contrato de suministro

Entrega y recepción: El art. 185 pasa al art. 268 LCSP

Pago del precio: El art. 186 pasa al art. 269 LCSP

Pago en metálico y otros bienes: El art. 187 pasa al art. 270 LCSP

Facultades de la Administración en el proceso de fabricación: El art. 188 pasa al art. 271 LCSP

Modificación del contrato de suministro: El art. 189 pasa al art. 272 LCSP

CAPÍTULO V: De la extinción del contrato de suministro

Gastos de entrega y recepción: El art. 190 pasa al art. 273 LCSP

Vicios o defectos durante el plazo de garantía: El art. 191 pasa al art. 274 LCSP

Causas de resolución: El art. 192 pasa al art. 275 LCSP

Efectos de la resolución: El art. 193 pasa al art. 276 LCSP

CAPÍTULO VI: De la fabricación de bienes muebles por parte de la Administración

Supuestos: El art. 194 pasa al art. 24.2 LCSP

Autorización para la fabricación de bienes muebles: El art. 195 pasa al art. 24.5 LCSP

II. EXCLUSIONES

A. EXCLUSIONES DERIVADAS DE LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4.1 LCSP

Se hallan previstas en los apartados siguientes: e) (Convenios incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la CE), f) (Acuerdo entre Estados o entre Estado y entidades de derecho internacional público), g), h), i) (Estacionamiento de tropas), j) (Procedimiento específico de una organización internacional), m), p) y q).

Según lo establecido por el Art. 4.2 LCSP: *Los contratos negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse*

B. CONTRATOS DE SUMINISTRO QUE AFECTAN A LA INDUSTRIA DE LA DEFENSA Y TENGAN ALGÚN ELEMENTO EXTRANJERO O LES SEA DE APLICACIÓN EL ART. 296 TCE

B.1. El art. 267.2 LCSP

Los contratos que se celebren con empresas extranjeras, cuando su objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional y los de suministro que, con estas empresas, celebre el Ministerio de Defensa y que deban ser ejecutados fuera del territorio nacional, se regirán por la presente Ley, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional.

¿Hasta donde puede llegarse con la expresión *normas y usos vigentes en el comercio internacional*? Como límites aplicables en todo caso, deben tenerse en cuenta los siguientes extremos:

- Los principios constitucionales de: Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E.); la objetividad en el servicio de los intereses públicos (art. 103 C.E.); legalidad; respeto a los derechos fundamentales ...
- Los principios generales del Derecho y de la buena administración, especialmente en materia de contratación.
- La necesidad de respetar los cauces esenciales en la formación y manifestación de la voluntad de los órganos administrativos, su competencia así como las reglas del gasto público.

- En consecuencia, la mayor o menor presencia del elemento extranjero no eximirá de que el contrato deba respetar como mínimo los siguientes extremos:
 - La competencia del órgano de contratación.
 - La capacidad del adjudicatario.
 - La determinación del objeto del contrato.
 - La fijación del precio.
 - La existencia de crédito adecuado y suficiente.
 - La tramitación del correspondiente expediente.
 - La fiscalización del gasto.
 - La aprobación del gasto.
 - La formalización del contrato.

Cuando, además, estos contratos se formalicen en el extranjero, el régimen jurídico específico se contenía en el antiguo artículo 117 del TRLCAP. Ahora, es preciso acudir a la Disposición adicional primera de la LCSP, sobre «*Contratación en el extranjero*»⁷, que sigue los criterios generales que, a continuación, se exponen:

- Capacidad: Se aplicarán las leyes del Estado en que se celebre el contrato, sin perjuicio de lo previsto en la LCSP para extranjeras comunitarias.
- Condiciones contractuales: Podrán sustituirse los pliegos de cláusulas administrativas particulares por el propio clausulado del contrato.
- Procedimiento de Adjudicación: Se aplicará el procedimiento negociado sin publicidad, sin perjuicio de la posible utilización de la figura de los contratos menores.
- Garantía: Se fijará de forma análoga a lo previsto en la LCSP, siempre que ello sea posible y adecuado a las condiciones del Estado en que se efectúa la contratación y, en su defecto, la que sea usual y autorizada en dicho Estado o resulte conforme con las prácticas comerciales internacionales, ante las representaciones diplomáticas o consulares.

Excepcionalmente, por resolución motivada del órgano de contratación, y cuando las circunstancias así lo impongan, podrá eximirse de la prestación de esta garantía, siempre que ello sea conforme con las prácticas comerciales internacionales⁸.

⁷ Artículo 117 del TRLCAP. Sobre este precepto vid. FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, EMILIO en *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*. (Coord. Emilio Jiménez Aparicio). Thomson-Aranzadi. 2002. Pags. 1071 a 1115.

⁸ Novedad introducida en la LCSP.

- Pago: Se efectuará contra entrega por el contratista de la prestación convenida, salvo que se oponga a ello el Derecho o la costumbre del Estado, en cuyo caso se garantizará el anticipo.
- Comunicación de la celebración a efectos estadísticos a la JCCA ⁹ y al Tribunal de Cuentas en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de formalización.
- Normas para resolución controversias: En este caso del contrato de suministro-fabricación, toda vez que la empresa ha de ser extranjera, se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. Igualmente se procurará incluir cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales.
- En los contratos sujetos a regulación armonizada, que se formalicen y ejecuten en un país extranjero comunitario, deberán cumplirse las normas de la LCSP referentes a la publicidad comunitaria y a los procedimientos de adjudicación de los contratos.
- Revisión de precios¹⁰: Se atenderá a la legislación y circunstancias socio-económicas del país en que haya de ejecutarse el contrato, y se basará en parámetros objetivos, a ser posible públicos o, cuando menos, fácilmente medibles, pudiendo utilizarse los de Organismos Internacionales.
- Idioma (contrato y documentación)¹¹: Normalmente, con traducción al castellano, aunque excepcionalmente podrán aceptarse, sin necesidad de traducción al castellano, los documentos redactados en inglés o en francés, bajo responsabilidad del órgano de contratación por resolución motivada. En estos casos, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación garantizará la disponibilidad de la traducción al castellano de los documentos redactados en lengua extranjera, a efectos de fiscalización del contrato.

B.2. La Disposición adicional 24 LCSP

Los contratos comprendidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que celebre el Ministerio de

⁹ «Registro Público de Contratos», que ya no se denomina así, artículo 30.

¹⁰ Novedad introducida en la LCSP.

¹¹ Novedad introducida en la LCSP.

Defensa se regirán por la presente Ley, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional.

B.3. Estudio especial sobre la aplicación actual de art. 296 del TCE

Ante la práctica de muchos Estados, denunciada por la Comisión¹², de invocar casi automáticamente el artículo 296¹³ para intentar eximir casi todos los contratos públicos de defensa de la normativa comunitaria, bien directamente o bien de la manera indirecta que, por mutuo acuerdo de las partes, permite esta Disposición Adicional, a menudo, sin tener en cuenta las condiciones definidas por el Tratado y, sobre todo, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, parece adecuado, aprovechar esta D.A. 24 LCSP para detenerse en el estudio del marco jurídico actual en el que se inscribe la aplicación del tan citado art. 296 TCE.

B.3.1. Criterio general

Ante todo, hay que empezar por dejar muy claro que la Directiva 2004/18/CE¹⁴, sobre contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en adelante, *Directiva de contratos públicos* se aplica a los contratos públicos licitados por poderes adjudicadores en el ámbito de la defensa, porque, en principio, este ámbito no está excluido *in toto* de las normas

¹² Cfr. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 6 de diciembre, COM (2005) 626, relativa a los resultados de la consulta puesta en marcha por el Libro Verde sobre contratos públicos de defensa.

¹³ El artículo 296 del Tratado CE establece que:

1) Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las normas siguientes:

a) Ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad;

b) Todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.

2) El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista, que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1.

¹⁴ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

del mercado interior. De ahí que su artículo 10 la declare expresamente aplicable *a los contratos públicos adjudicados por los poderes adjudicadores en el sector de la defensa, a reserva del artículo 296 del Tratado*. Lo que existe es solo una previsión de reserva de excepción del régimen ordinario, en principio genérica, pero que jurisprudencialmente se ha ido perfilando mucho en los últimos años, recogida en el artículo 296 del Tratado CE.

B.3.2. Criterios a valorar cuando se invoque la aplicación del art. 296 TCE

En la actualidad, un mínimo rigor jurídico de la cuestión aconseja tener muy en cuenta al menos algunas de las precisiones más importantes contenidas en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa¹⁵.

A tal efecto, se significarán, a continuación, una serie de ideas, distribuidas en los siguientes subepígrafes, en los que se sigue el mismo orden sistemático utilizado por la referida Comunicación para interpretar el, ya transcrito más arriba, artículo 296 del Tratado CE¹⁶.

i) En cuanto a su ámbito de aplicación tienen especial interés las siguientes ideas:

- La lista de 1958 incluye únicamente material de naturaleza y finalidad puramente militar. Es cierto que la seguridad se ha convertido en un concepto cada vez más complejo, al existir nuevas amenazas que difuminan la línea divisoria tradicional entre las vertientes de seguridad militar y no militar, externa e interna. No obstante, puesto que las funciones de las fuerzas de seguridad militares y no militares siguen siendo diferentes, normalmente es posible distinguir

¹⁵ Comunicación interpretativa de la Comisión de 7 de diciembre de 2006, COM (2006) 779 final.

¹⁶ En cuanto al valor jurídico complementario (soft law), como avance o anticipo de una intervención imperativa por vía de Reglamentos o Directivas (hard law), de Documentos, como Comunicaciones Interpretativas o Libros Blancos o Verdes, puede verse TRAYTER, J.M. *El efecto directo de las Directivas Comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación*. RAP n.º 125. 1991 y RAZQUIN J.A. *El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003/2004) en el ordenamiento jurídico interno*. Revista Jurídica de Navarra n.º 37. 2004.

entre los contratos públicos de suministro de material militar y no militar.

- La naturaleza de los productos incluidos en la lista de 1958 y la referencia explícita que se hace en el artículo 296 del Tratado CE a «*finés específicamente militares*» confirma que sólo los contratos públicos de suministro de material diseñado, desarrollado y producido para fines específicamente militares pueden estar exentos de las normas comunitarias, de conformidad con el artículo 296, apartado 1, letra b), del Tratado CE.
- En cambio, los contratos de suministro para fines de seguridad no militares están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 296, apartado 1, letra b), del Tratado CE. En el caso de estos contratos, los intereses de seguridad pueden justificar la exención de las normas comunitarias con arreglo al artículo 14 de la Directiva 2004/18/CE de contratos públicos, siempre que se cumplan las condiciones para su aplicación. En efecto, dicho artículo 14 establece que: *La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos cuando sean declarados secretos o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas especiales de seguridad de acuerdo con las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas vigentes en el Estado miembro de que se trate, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de dicho Estado miembro.*
- A diferencia del artículo 296, apartado 1, letra b), el artículo 296, apartado 1, letra a), del Tratado CE puede abarcar también la adquisición de equipo de doble uso para fines de seguridad tanto militares como no militares, si la aplicación de las normas comunitarias obligase a un Estado miembro a revelar información perjudicial para los intereses esenciales de su seguridad

ii) En cuanto a las condiciones de aplicación

- El objetivo que justifica la exención es únicamente la protección de los intereses de seguridad esenciales de un Estado miembro. Otros intereses, en especial industriales y económicos, aunque estén relacionados con la producción y el comercio de armas, municiones y material de guerra, no pueden justificar por sí solos una exención con arreglo al artículo 296, apartado 1, letra b), del Tratado CE. Las contrapartidas (*offsets*) indirectas no militares, por ejemplo, que no sirven a intereses de seguridad específicos sino a intereses económicos generales, no están cubiertas por el artículo 296 del Tratado

CE, aunque estén relacionadas con un contrato de adquisición de material de defensa exento en virtud de ese artículo.

- Además, los intereses de seguridad de los Estados miembros deben considerarse también desde una perspectiva europea, porque la integración europea ha dado lugar a una convergencia creciente de los intereses nacionales entre los Estados miembros.
- El artículo 296 del Tratado CE no se refiere a la protección de los intereses de seguridad en general, sino a la protección de los intereses de seguridad esenciales. Esta especificación subraya el carácter extraordinario de la excepción y deja claro que la naturaleza militar específica del material incluido en la lista de 1958 no es, por sí sola, suficiente para justificar la exención de las normas de contratación pública de la UE. Por el contrario, la formulación especialmente drástica («esencial») limita las posibles exenciones a contratos que sean de la máxima importancia para la capacidad militar de los Estados miembros.
- La redacción del artículo 298 del Tratado CE y la jurisprudencia pertinente, que se refiere en general al artículo 296, confirman que este razonamiento debe aplicarse al uso tanto del apartado 1, letra a), como del apartado 1, letra b), del artículo 296, del Tratado CE.

iii) En cuanto a cómo aplicarlo

- Es prerrogativa de los Estados miembros definir los intereses esenciales de su seguridad, pero para conciliarla con las obligaciones que les incumben en virtud del Tratado las entidades adjudicadoras han de evaluar para cada caso si esta justificada o no la exención de la Directiva de contratos públicos, mediante la ponderación minuciosa de las siguientes cuestiones:
 - ¿Qué interés de seguridad esencial está en juego?
 - ¿Cuál es la relación entre este interés de seguridad y la decisión específica de contratación?
 - ¿Por qué la inaplicación de la Directiva de contratos públicos es necesaria en este caso específico para la protección de este interés esencial de seguridad?

iv) En cuanto al papel de la Comisión

- La Comisión puede verificar si se cumplen las condiciones para eximir contratos públicos al amparo del artículo 296 del Tratado CE.

En tales casos, son los Estados miembros los que deben facilitar, a instancias de la Comisión, la información precisa, y demostrar que la exención es necesaria para proteger los intereses esenciales de su seguridad. El Tribunal de Justicia ha dictaminado reiteradamente que *según el artículo 10 CE, los Estados miembros están obligados a cooperar de buena fe en cualquier investigación efectuada por la Comisión al amparo del artículo 226 CE y a facilitar a ésta toda la información solicitada al respecto*¹⁷.

- La Comisión podrá también recurrir directamente ante el Tribunal de Justicia si considera que un Estado miembro abusa de las facultades previstas en el artículo 296 del Tratado CE. En este caso, la carga de la prueba de que una exención está justificada incumbe a los Estados miembros.

B.3.3. Últimas tendencias a tener en cuenta para los contratos a los que sea de plena aplicación el art. 296¹⁸

B.3.3.1. Procedentes de la Agencia Europea de la Defensa (AED)

Se derivan del denominado ***Régimen intergubernamental para promover la competencia en el mercado europeo de equipos de la defensa (comúnmente llamado Código de conducta de la Agencia Europea de Defensa*** y, por ende, de los contratos a los que se aplique dicho régimen para la adquisición de material de defensa, al que España se incorporado recientemente.

En efecto, por Decisión n.º 09/2005 de 21 de noviembre la Agencia Europea de Defensa adoptó este Régimen (Código de Conducta en la adquisición de material de defensa) para los Estados miembros de la misma que consideran conveniente sujetarse a un régimen competitivo aun tratándose de ciertos contratos del sector de defensa claramente no sujetos a la Directiva de contratos públicos y, por tanto, exentos de las normas ordinarias sobre competencia del mercado único de la UE por serles de aplicación la reserva prevista en el artículo 296 del Tratado.

¹⁷ Sentencia 82/03 de 13 de julio de 2004. Apartado 15

¹⁸ Con mayor detalle y extensión acerca de esta concreta materia, vid. FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ E. *Nuevos Actores y Reglas de Juego. La incipiente Política Europea de Armamento*. En la Obra conjunta con otros autores «La Industria y la Tecnología en la Política Europea de Seguridad y Defensa». Monografías del CESEDEN 105. Ministerio de Defensa. Madrid, Marzo 2008. Págs. 57 a 86.

Entrada en vigor

- Entró en vigor el 1 de julio de 2006. España se adhirió el 1 de julio de 2007.

Ámbito subjetivo

- En la fecha de entrada en vigor se adhirieron 22 Estados, todos ellos miembros de la Unión Europea. Dinamarca, según su Protocolo de adhesión a la UE, no participa en los asuntos de defensa, por lo que no es miembro de la AED, ni está tampoco, lógicamente, en este régimen intergubernamental al que España se ha incorporado oficialmente a partir del 1 de julio de 2007.

Ámbito objetivo

- Se aplica los proveedores que tienen una base tecnológica e industrial en el territorios de otros Estados miembros.
- Solo rige para los contratos.
- De valor igual o superior a 1 millón de euros (excluido el IVA).
- Que cumplan las condiciones para la aplicación de la reserva prevista en el artículo 296 del Tratado UE.
- Excepcionalmente, puede no aplicarse, previa presentación del caso a la Agencia Europea de la Defensa, en los siguientes supuestos:
 - urgencia,
 - trabajos de seguimiento,
 - razones de seguridad nacional.
- No se aplica en ningún caso para los contratos que impliquen una actividad de colaboración o adquisiciones en materias de:
 - Investigación y tecnología,
 - armas nucleares,
 - sistemas de propulsión nuclear,
 - bienes y servicios químicos, bacteriológicos y radiológicos, y
 - equipo criptográfico.

Contenido

Se ajusta a la aplicación de los siguientes principios y reglas:

- 1) Adhesión y permanencia voluntaria. Por tanto, los Estados se unen al Régimen si quieren y cuando quieren y son libres de abandonarlo cuando lo estimen oportuno.
- 2) La decisión final de las adjudicaciones es competencia de las autoridades nacionales de los Estados miembros.

- 3) Trato igual y equitativo para los proveedores. Con el fin de maximizar las oportunidades de todos los proveedores establecidos en el territorio de los otros Estados participantes y de incrementar la transparencia e igualdad de la información, todas las nuevas oportunidades pertinentes de adquisición de material de defensa anunciadas por los Estados miembros se notificarán en un portal único. Se asegurará un trato igual y equitativo en los: a) criterios de selección, b) especificaciones y requisitos, c) criterios de concesión (solución económicamente más ventajosa aunque cabe que se tengan en cuenta otras consideraciones como las relativas a compensaciones industriales. En todo caso, se exige que los criterios estén definidos desde el principio) y d) información.
- 4) Transparencia mutua y responsabilidad. Para analizar los datos completos sobre el impacto del nuevo régimen en las prácticas de adquisición de material de defensa, la AED adoptará un sistema efectivo de supervisión e información con informes periódicos al Comité de dirección del organismo. Los Estados miembros tendrán que comunicar cualquier uso del artículo 296 en relación con la concesión de ayuda estatal o en asuntos de concentraciones y adquisiciones.
- 5) Apoyo mutuo. El funcionamiento plenamente efectivo del régimen dependerá de una sólida confianza mutua y de la interdependencia. Por lo tanto, los Estados miembros que suscriban el Código harán todo lo posible para prestarse asistencia mutua y agilizar al máximo los requisitos de los contratos de defensa, y facilitarán las transferencias y el tránsito de material y tecnologías de defensa entre ellos.
- 6) Beneficio mutuo. Este régimen sólo funcionará si todos los signatarios se benefician del mismo, para lo cual se considera esencial el desarrollo de oportunidades para que las PYME nacionales puedan vender en un mercado de ámbito continental.

Para potenciar el logro de este último principio de beneficio mutuo, la propia Agencia Europea de Defensa impulsó el denominado «*Código de buenas prácticas en la cadena de suministro*» que analizamos a continuación:

a) Ámbito de aplicación y objetivos

Fue aprobado el 27 de abril de 2006 por los Estados miembros de la UE que participan en la Agencia Europea de Defensa.

Se trata también de un régimen voluntario que debe ser entendido como una parte del Régimen estudiado en el apartado anterior, por lo que

tiene los mismos ámbitos subjetivo y objetivo y pretende coadyuvar a la consecución de principios similares.

Asimismo, ha de entenderse como régimen complementario y siempre subordinado a los procedimientos nacionales de cada Estado que resulten de aplicación.

Específicamente, pretende contribuir a establecer las condiciones para conseguir la mayor transparencia y competencia posible así como la igualdad de oportunidades para todos los proveedores, incluyendo las pequeñas y medianas y empresas (PYMES), de modo que el incremento de valor y las buenas prácticas se produzcan desde el principio mismo de la cadena de suministro del material de defensa y tanto para contratistas como para subcontratistas.

Los objetivos generales son la mejora de la calidad, de la eficacia, de la puntualidad y de la consistencia de las relaciones en la cadena de suministros para la adquisición de bienes en el sector de la defensa.

b) Contenido

Consiste en la implantación y observancia dentro de los procedimientos incluidos en sus ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de los siguientes principios y reglas:

- 1) Los poderes adjudicadores y los suministradores se atendrán a los principios de imparcialidad, honradez, transparencia, eficiencia, eficacia y profesionalidad. Procurarán mantener los niveles más altos de integridad, imparcialidad y objetividad. Se esforzarán en cumplir sus obligaciones eficientemente y con arreglo a los más altos estándares de profesionalidad, trato recíproco transparente y correcto. El primer contratista es responsable último de la selección y de la gestión de su propia cadena de suministradores
- 2) La libertad de contratación en la cadena de suministros debe mantenerse salvo que la ley o la costumbre exigieran lo contrario. Se reconoce la libertad de los poderes adjudicadores para establecer cláusulas de resolución de los contratos. Sin embargo, tales cláusulas deben hacerse constar desde el principio, deben redactarse de manera inequívoca y deben tenerse en cuenta en las valoraciones de modo que puedan preverse fórmulas para compartir los riesgos.
- 3) El Código de buenas prácticas en la cadena de suministro ha de tener en cuenta:
 - a) La relación entre poderes adjudicadores y proveedores.
 - b) Los comportamientos esperados de todos los poderes adjudicadores y proveedores, tanto grandes como pequeños.

- c) El comportamiento transparente y equitativo en la selección de los suministradores por parte de los poderes adjudicadores.
- 4) El Código de buenas prácticas en la cadena de suministro viene a promover las condiciones para que pueda haber una competencia eficiente a un nivel práctica, económica y tecnológicamente apropiado para proveedores cualificados y competentes tanto nacionales como extranjeros. En interés de ambas partes contractuales, podrá limitarse el número de invitados a presentar ofertas para asegurar una economía óptima, aunque respetando el estatuto del proveedor y sus alianzas estratégicas si existieran. Esto se incluirá en las cláusulas del contrato y subcontratos tan pronto como sea posible, mediante su publicación en el Boletín Oficial correspondiente del poder adjudicador competente, en la publicidad electrónica de la AED o en la página web del proveedor que corresponda.
 - 5) Los poderes adjudicadores harán posible que los criterios para la valoración de las ofertas estén disponibles y que el resultado de la misma se notifique a todos los licitadores en el mismo día. Asimismo, respetando los límites del secreto comercial, se podrá solicitar conocer los motivos por los que una oferta ha sido la seleccionada o no al objeto de poder conseguir mejores resultados en ocasiones futuras.
 - 6) En la valoración económica del procedimiento de licitación de los suministros se tendrá en cuenta que, tanto los poderes adjudicadores como los suministradores licitantes, estén condicionados por factores estratégicos más amplios que los estrictos requerimientos del contrato o programa concreto de que se trate en cada caso.
 - 7) En la valoración de las ofertas, los poderes adjudicadores considerarán, entre otras cosas, cómo se estén teniendo en cuenta por parte de los licitantes los principios de este Código especialmente respecto de los procedimientos que utilicen para seleccionar a sus propios proveedores.
 - 8) Es competencia del poder adjudicador resolver en cada momento toda reclamación de cualquier miembro de la cadena de suministradores en relación con el presente Código. Para asegurar la transparencia, debe designarse el órgano competente que sirva de punto de contacto.

Finalmente, todos los procedimientos de adquisición de suministros deben ceñirse al mismo espíritu de buenas prácticas de modo que, en cualquiera que se elija, exista la necesaria transparencia, claridad y certeza.

B.3.3.2. Procedentes de la Comisión Europea

Estriba en la Propuesta de Directiva de 11 de diciembre de 2007 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

Lo más relevante de esta última iniciativa se condensa en los procedimientos aplicables (artículos 17 a 20) para la selección de contratistas y que son:

- En general: Procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación. Puede ser por fases (para reducir el número de ofertas a negociar) o no. Puede ser con o sin diálogo competitivo en función de la complejidad del contrato.
- En supuestos tasados: Procedimiento negociado sin publicidad. Dichos supuestos tasados serían, en apretada síntesis:
 - Programa de cooperación entre dos o más Estados.
 - Urgencia por situaciones de crisis o de conflicto armado.
 - Razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos de exclusividad que obligan a la adjudicación a un operador económico determinado.
 - Servicios o productos de investigación, desarrollo...
 - Entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial si el cambio de proveedor obligara a incompatibilidades o dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionado. No más de 5 años.
 - Suministro por un Gobierno a otro de armas, municiones y/o material de guerra.

III. LA ADQUISICIÓN DE BIENES MUEBLES

El art. 9.1 LCSP considera contratos de suministro, *los que tienen por objeto la adquisición de bienes muebles.*

Añade que no tendrán la consideración de contratos de suministro los relativos a propiedades incorporales o valores negociables, y los programas de ordenador desarrollados a medida.

Y en el apartado 3 del referido precepto establece que, en todo caso, tendrán la consideración de contratos de suministro *aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud*

a) tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario.

Este tipo de suministro comprende una obligación contractual de tracto sucesivo, con entregas a lo largo de un período de tiempo, cuya cuantía total no se encuentra determinada, por estar supeditada a las necesidades duraderas homogéneas del órgano adquirente.

Hay que advertir que, conforme a lo establecido en el art. 1543 del CC al hablar de arrendamiento, el tiempo de duración del contrato deberá estar determinado o al menos, establecer en los pliegos o en el contrato, los elementos o criterios que permitan dicha determinación.

El sistema a utilizar para la adjudicación de este tipo de contratos, sería el acuerdo marco fijando las condiciones a que deberán ajustarse los contratos que hayan de celebrarse durante el período de tiempo fijado en el pliego.

La adjudicación se realizará a tenor de lo previsto en los artículos 180 a 182 de la LCSP, relativos a la utilización de «acuerdos marco» celebrados con un único empresario.

En este párrafo el legislador reconoce una modalidad del contrato de suministro que es especialmente funcional para el órgano de contratación. Se conoce, por parte de los citados órganos, con la denominación de «*suministro abierto*», y a través de ella se puede ir acompasando la ejecución del contrato a las necesidades del contratante. Su funcionamiento es bien sencillo. El órgano de contratación promueve la celebración de un contrato con el fin de determinar el precio unitario de un producto que debe ser suministrado por el contratista. Lo habitual es que la forma de elegir al adjudicatario sea por medio de la utilización de varios criterios objetivos, es decir, lo que conocíamos en el TRLCAP como la forma de adjudicación por concurso. Una vez determinada la oferta económicamente más ventajosa y concretadas las características del bien a suministrar y, lo más importante, su precio unitario, el órgano de contratación ya está en condiciones de mostrar paulatinamente sus necesidades una vez que se formalice el correspondiente contrato.

Ahora bien, ello no quiere decir que no exista límite de gasto ni que, por supuesto, se pueda formalizar su compromiso sin que llegase a existir crédito adecuado y suficiente para satisfacer al contratista el precio de los productos que vaya suministrando a lo largo de la vida del contrato. Podríamos pensar que la expresión del artículo 9.3.a) de la LCSP «...*sin que la*

cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente», permitiera que el órgano de contratación no contase con ningún límite en el gasto mientras persistiese la necesidad.

Nada hay de esto. A pesar de que el contrato busca fijar un precio unitario que responda al producto que mejor se adapte a las necesidades a satisfacer, teniendo muy presente el criterio de adjudicación del valor precio, el anuncio de licitación ha de referirse a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en éstos es dónde precisamente ha de contenerse el límite máximo de gasto¹⁹. Asimismo, aunque referido al compromiso de gasto²⁰, debe contenerse la referencia al citado límite en el documento de formalización del contrato que hemos denominado de *«suministro abierto»*.

Por lo tanto, es un contrato en el que el contratista puede suponer que el órgano de contratación agotará la ejecución del crédito comprometido, pero en el que, de no ser así, no tendrá derecho a reclamar el pago de la totalidad so pretexto de que está en condiciones de suministrar bienes suficientes en función del precio unitario adjudicado. En este caso, como ya ha quedado expuesto, lo que prima es la subordinación de las entregas a las necesidades que tenga el órgano de contratación.

Además, es preciso señalar que hasta ahora, con el TRRLCAP, era obligatoria²¹ la constitución de las correspondientes garantías en referencia al límite máximo de gasto, lo que de entrada llevaba aparejados unos gastos financieros que giraban sobre la totalidad del importe dispuesto aunque no se conocía si el mismo sería o no comprometido y abonado al contratista. Este inconveniente en la LCSP podría resolverse, ya que la constitución de las garantías queda en los contratos de suministro a la consideración motivada del órgano de contratación²². Ahora bien, de no acordarse la exención, la garantía definitiva o, en su caso, complementaria debería constituirse sobre el presupuesto base de licitación, ya que el artículo 83.3 establece que *«cuando la cuantía del contrato se determine en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación»*.

¹⁹ Artículo 67.5.c) RTRLCAP.

²⁰ Artículo 71.6.b) RTRLCAP.

²¹ El artículo 39.a) solamente eximía de la constitución de garantía provisional o definitiva en los contratos de suministro del artículo 172.1.a) cuando los mismos se concertaran con empresas concesionarias de servicios públicos.

²² Solamente se establece como obligatoria la constitución de la garantía definitiva en los contratos de obras y de concesión de obras públicas (artículo 83.1.párrafo segundo).

Como se señalaba con anterioridad, el legislador añade, en el artículo 9.3.a) de la LCSP, que los contratos que hemos denominado de «*suministro abierto*» deberán de celebrarse por medio de «*acuerdos marco*» que se concierten a través de un único proveedor. A través de la figura de los «*acuerdos marco*» la Directiva 2004/18/CE incorporó uno de los instrumentos que pudieran aportar simplificación al proceso de la contratación pública, junto con otros tales como la «*subasta electrónica*», los «*sistemas dinámicos de contratación*» y las «*centrales de contratación*». Esta idea de simplificación para los contratos celebrados por entidades públicas tuvo su origen en el proceso de construcción de la normativa comunitaria de la contratación pública, que surgió de la adhesión de la Comisión Europea al Acuerdo de Contratación Pública surgido en el seno de la Organización Mundial del Comercio ²³. Después de dicha adhesión y a través, primero, del Libro Verde sobre «*La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones de Futuro*» ²⁴, y, posteriormente, de la Comunicación de la Comisión sobre «*Contratos Públicos en la Unión Europea*» ²⁵, se adoptaron una serie de conclusiones entre las que se recogía la necesidad de instaurar procedimientos más simples y flexibles, tales como el «*Diálogo sujeto a competencia*» y los «*acuerdos-marco*».

Sin embargo, el legislador comunitario no estableció en la Directiva 2004/18/CE como obligatoria la transposición de ninguna de las figuras de «*simplificación*» a las que se acaba de hacer referencia. Tampoco lo había hecho respecto del procedimiento extraordinario de adjudicación por «*diálogo competitivo*», que se había constituido con el fin de facilitar la flexibilidad de los procesos de contratación. Así, el Considerando 16 de la mencionada Directiva se manifestaba en unos términos tan claros como los siguientes:

«Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva».

Esta incorporación facultativa de los instrumentos de «*simplificación*» por parte de cada Estado miembro en el momento de transponer la Directiva 2004/18/CE, se volvió a remarcar dentro del texto de la citada misma. Así

²³ Acuerdo sobre Contratación Pública de 15 de abril de 1994 (con entrada en vigor el 1 de enero de 1996) con adhesión por medio de la Decisión de la Comisión 94/800/CE, de 22 de diciembre.

²⁴ Comunicación de la Comisión de 27 de noviembre de 1996.

²⁵ Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 1998.

en los artículos 11 («centrales de contratación»), 29 («diálogo competitivo»), 32 («acuerdos marco»), 33 («sistemas dinámicos de contratación»), y 54 («subasta electrónica»), se reproduce dicha aplicación facultativa. Sin embargo, en contra de lo que en un principio pudiera suponerse, el legislador nacional ha incorporado a la LCSP todos los instrumentos citados.

En los artículos 180 a 182 de la LCSP se regulan los «acuerdos marco». En el artículo 182.3 se regula la realización de un acuerdo marco en el que se concierte la adjudicación con un sólo empresario. Dicho precepto establece que «cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con un único empresario, los contratos basados en aquél se adjudicarán con arreglo a los términos en él establecidos. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta». Es decir, en este caso los términos del suministro se encuentran perfectamente definidos en relación al empresario seleccionado por lo que, durante la vigencia del acuerdo marco que, en ningún caso, podrá ser superior a cuatro años, se procederá a adjudicar a éste todos los contratos que sean precisos. Éste es el caso al que se refiere el artículo 9.3.a) de la LCSP para el caso de un contrato de suministro en el que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. Respecto de la publicidad de la adjudicación de los contratos derivados del «acuerdo marco», se deberán observar las normas previstas en los artículos 135 y 138 de la LCSP.

IV. EL ARRENDAMIENTO

El art. 1543 del CC, que rige como supletorio en la contratación pública, establece que en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa, por tiempo determinado y precio cierto.

El contrato de arrendamiento de bienes muebles realizado por las Administraciones Públicas, está sometido a los preceptos de la LCSP.

En cambio, cuando se trate de arrendamiento de bienes inmuebles será de aplicación la legislación del Patrimonio de las Administraciones Públicas contenida en los artículos 122 y siguientes de la Ley 33/2003.

Si bien la revisión de precios de los contratos de suministro ha de acomodarse a lo dispuesto en los artículos 77 y siguientes de la LCSP, sin embargo, por mandato expreso del apartado 2º de este precepto, no tendrá lugar la revisión de precios en los contratos cuyo pago se concierte

mediante el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción a compra²⁶, con lo que sí quedarían incluidos, dentro de la revisión de precios, los contratos de arrendamiento de bienes muebles, sin opción de compra, debiendo preverse, en todo caso, en los pliegos o pactarse en el contrato, la fórmula o sistema de revisión.

A. ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES CON O SIN OPCIÓN DE COMPRA

Dentro del concepto legal del contrato de suministro, el artículo 9 de la LCSP, incluye el arrendamiento con o sin opción de compra de productos o bienes muebles.

El contrato de arrendamiento de bienes muebles es de tracto sucesivo, temporal y oneroso con precio cierto, que otorga al arrendatario la posesión, uso y disfrute de los mismos y que le permite, incluso, ejercitar acciones contra terceros.

Se excluyen del ámbito del arrendamiento las cosas consumibles, sin embargo hay que entender que cuando los bienes consumibles forman parte del elemento o equipo arrendado, dichos bienes quedarían implícitos en el contrato principal, como elemento accesorio.

En el ámbito civil, las obligaciones del arrendador y del arrendatario, vienen establecidas en los artículos 1554 y siguientes del CC, de aplicación supletoria conforme a lo dispuesto en el art. 19.2 de la LCSP.

El arrendamiento con opción de compra que, en definitiva, es un *ieasing* operativo impropio, sin intermediario financiero, tiene como finalidad básica la financiación de equipos que, al finalizar el arrendamiento, pueden ser adquiridos por la Administración, ejercitando la opción por la cantidad pactada. En el arrendamiento con opción de compra, la Administración registra las cuotas del arrendamiento como gasto económico y presupuestario del ejercicio correspondiente, como cualquier otro arrendamiento y, caso de ejercitar la opción, habrá de registrarse como adquisición onerosa por el importe de dicha opción.

a. Mantenimiento

De acuerdo con el art 266 de la LCSP, que no es precepto básico, en el contrato de arrendamiento, el arrendador asumirá durante el plazo de

²⁶ Lo mismo que ya preveía el artículo 103.2 del TRLCAP.

vigencia del contrato la obligación del mantenimiento del objeto del mismo. Este precepto es consecuencia de lo establecido en el art. 1554 del CC, que obliga al arrendador a hacer todas las reparaciones necesarias para conservar la cosa en estado de servir para el uso a que ha sido destinada. Las cantidades que, en su caso, deba satisfacer la Administración en concepto de canon de mantenimiento se fijarán separadamente de las constitutivas del precio del arriendo.

b. Duración del contrato de arrendamiento

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RDL 2/2000, derogada, establecía en su art. 14 la prohibición del pago aplazado y el límite máximo para el pago en los contratos de arrendamiento, con o sin opción de compra, de cuatro años, salvo acuerdo del Consejo de Ministros.

La LCSP en su art. 75.7 prohíbe el pago aplazado, salvo que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o con opción de compra, estableciendo en el art. 292, la exigencia de la autorización del Consejo de Ministros cuando estos contratos se concierten por un período superior a cuatro años²⁷; en todo caso, deberán tenerse en cuenta las normas contenidas en la LGP que, en su art. 47, señala que podrán adquirirse compromisos de gastos plurianuales, sin que el número de ejercicios a que puedan aplicarse los gastos excedan de cuatro, y ello, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Consejo de Ministros.

La Ley, por tanto, no establece un plazo de duración del contrato de arrendamiento, en general; precisamente, al regular el cálculo del valor de los contratos, el art. 76 establece que en los contratos de arrendamiento de duración igual o inferior a doce meses, el valor será el correspondiente al total del contrato y, si es superior a doce meses, su valor total; y si no se fija en relación con un tiempo determinado, será el valor mensual multiplicado por 48. De este modo la propia Ley está admitiendo plazo superior a doce meses en la duración del contrato, e incluso que el mismo venga determinado por otros factores distintos al tiempo.

El contrato de arrendamiento de naturaleza temporal, tendrá la duración determinada por el Órgano de Contratación, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación, las características de su financiación y la nece-

²⁷ Se sigue aquí el artículo 12.2.b) del TRLCAP.

sidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, como expresamente señala el art. 23 de la LCSP.

En consecuencia, cuando se trate de contratos plurianuales en los que se modifiquen los porcentajes o el número de anualidades establecidas en el art. 47 de la LGP, se precisará de la autorización del Consejo de Ministros, previa a la aprobación del expediente, conforme determina el art. 292.1 b) de la LCSP.

En cuanto a la prórroga de estos contratos, el art. 23 establece con carácter general que el contrato podrá prever una o varias prórrogas, debiendo figurar el número máximo de prórrogas en el pliego o en el contrato; como norma especial para el contrato de arrendamiento, el art. 266 determina que no se admitirá la prórroga tácita y la prórroga expresa no podrá extenderse a un período superior a la mitad del contrato inmediatamente anterior. Por tanto, si en el contrato celebrado no se ha previsto la prórroga de modo expreso, no podrá prorrogarse el contrato y la Administración se verá obligada, en su caso, a iniciar un nuevo procedimiento contractual.

B. ARRENDAMIENTO FINANCIERO

El arrendamiento financiero es un contrato por el que una parte, entidad financiera, cede el uso de bienes muebles adquiridos con tal finalidad, a la otra parte, arrendatario o usuario, mediante el pago, por éste, de determinadas cuotas pactadas, y durante el tiempo convenido, pudiendo el usuario ejercitar la opción de compra.

La diferencia con el renting o leasing operativo es que este último no precisa que la sociedad arrendadora adquiera la propiedad del bien, ya que aquí dicha sociedad asume el riesgo de la inversión cediendo única y exclusivamente el uso del bien.

Por otra parte, no debemos confundir el arrendamiento financiero con los contratos de suministro que tengan por objeto la venta a plazos de productos, que tienen un tratamiento jurídico y régimen fiscal distinto, aun cuando puedan tener apariencias semejantes. En efecto, al regular el cálculo del valor estimado de los contratos, el art. 76.4 de la LCSP admite la posibilidad de su existencia al mencionar expresamente los contratos de suministro que tengan por objeto la venta a plazos de productos.

La jurisprudencia ha establecido pautas interpretativas derivadas del propio contrato, señalando que si el precio de la opción de compra es poco relevante, se estaría ante un contrato de compra venta con precio aplazado.

No obstante, la STS de 28-11-97, R.º 1308/1993, añade que en la interpretación de los contratos hay que tener en cuenta los preceptos del CC y, entre ellos, los arts. 1281 y siguientes, y otros factores interpretativos como la naturaleza de la sociedad financiera cedente y el propio contenido del contrato que pone de manifiesto la verdadera naturaleza del mismo, sin que pueda establecerse la conclusión de que se trata de un contrato de compraventa a plazos por el hecho de que la opción no supere una cuota mensual de amortización.

Caso de ejercitarse la opción y a diferencia del contrato de arrendamiento con opción de compra, debería incorporarse el bien como propio desde el inicio del arrendamiento, es decir como inversión.

En virtud del contrato de arrendamiento financiero, la entidad financiera ha de presentar su oferta relativa a un bien concreto, que tiene en su poder o que deberá adquirir, para ceder su uso y disfrute a la Administración contratante, caso de resultar adjudicatario, estableciendo la posibilidad de ejercer la opción de compra; como precio del contrato, percibirá durante la vigencia del mismo y en la forma determinada en los pliegos, las cantidades que hayan sido objeto de adjudicación.

No existe en nuestra legislación de contratos una regulación general del arrendamiento financiero, habiéndose incorporado esta figura por Ley 53/1999, de 18 de diciembre y posteriormente en la LCAP y, por tanto, hay que tener en cuenta las disposiciones recogidas en la propia LCSP²⁸ y las restantes normas de derecho privado. En este sentido la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, define el contrato de arrendamiento financiero, en su DA séptima:

Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario. Cuando por cualquier

²⁸ Art. 9, que lo incluye en el concepto del contrato de suministro; art. 75.7 admitiendo el pago aplazado del precio para estos contratos; el art. 77 prohibiendo la revisión de precios; y el art. 292 c) que exige la autorización, previa a la aprobación del expediente, del Consejo de Ministros, cuando su duración exceda de cuatro años.

causa el usuario no llegue a adquirir el bien objeto del contrato, el arrendador podrá cederlo a un nuevo usuario, sin que el principio establecido en el párrafo anterior se considere vulnerado por la circunstancia de no haber sido adquirido el bien de acuerdo con las especificaciones de dicho nuevo usuario.

La LCSP se refiere al arrendamiento financiero en su art. 9, considerándolo como contrato de suministro, a cuyas normas generales y a las específicas del art. 266, deberá ajustarse.

Hay que recordar que en los Pliegos no podrán mencionarse marcas, patentes o tipos, salvo que no sea posible hacer una descripción técnica precisa e inteligible, en cuyo supuesto habría que añadir la palabra «o equivalente».

En consecuencia, en los pliegos deberá definirse el objeto del contrato mediante características genéricas y prestaciones diversas.

Teniendo en cuenta que la capacidad de obrar de las personas jurídicas se mide por su objeto social y que sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas entre sus fines, objeto o ámbito de actividad, como determina el art. 46.1 de la LCSP, el contrato de arrendamiento financiero habrá de concertarse con una entidad financiera de las mencionadas en la Ley, únicas que tendrán capacidad de obrar y objeto social adecuado al contrato.

En este sentido la citada DA séptima de la citada Ley 26/1988, señala:

Las Sociedades de arrendamiento financiero tendrán como actividad principal la realización de operaciones de arrendamiento financiero. Con carácter complementario, y sin que les sea de aplicación el régimen fiscal específico previsto en esta disposición, también podrán realizar as siguientes actividades:

- a) Actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos.*
- b) Concesión de financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura.*
- c) Intermediación y gestión de operaciones de arrendamiento financiero.*
- d) Actividades de arrendamiento no financiero, que podrán complementar o no con una opción de compra.*
- e) Asesoramiento e informes comerciales.*

Se faculta al Gobierno para regular, en lo no previsto en esta disposición, el régimen al que deban ajustar su actuación las Sociedades de Arrendamiento Financiero.

A partir del 1 de enero de 1990, las operaciones de arrendamiento financiero previstas en este artículo también podrán ser desarrolla-

das por las entidades oficiales de crédito, los Bancos, las Cajas de Ahorro, incluida la Confederación Española de Cajas de Ahorro, la Caja Postal de Ahorros y las Cooperativas de Crédito, cumpliendo en todo caso las condiciones previstas en esta norma legal y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen.

V. CONTRATACIÓN DE BIENES INFORMÁTICOS

La LCSP distingue en su art. 9.3 b) diversos contratos dentro del concepto de bienes informáticos, comprendiendo tres categorías fundamentales:

- a) La adquisición o arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información;
- b) la adquisición o arrendamiento de dispositivos y programas;
- c) la cesión del derecho de uso de los programas, a excepción de los programas desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

Según el art.191.1 LCSP, la competencia para adquirir equipos y sistemas para el tratamiento de la información y sus elementos complementarios o auxiliares, en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, tanto si se trata de contratación centralizada, como si los bienes no han sido declarados de adquisición centralizada, corresponde a la Dirección General de Patrimonio del Estado, oídos los departamentos u organismos interesados, salvo que el Ministro de Economía y Hacienda atribuya la competencia a otros órganos de la Administración General del Estado, y demás del sector público estatal, cuando el volumen o especiales circunstancias así lo aconsejen.

En consecuencia, los organismos que estimen que la contratación en un momento o circunstancias determinadas reúne alguna de estas exigencias, podrán iniciar procedimiento ante el Ministro de Hacienda, con las justificaciones pertinentes, solicitando la competencia para efectuar la contratación correspondiente.

Una excepción importante a la competencia concentrada en la DGPE, viene recogida en la DA cuarta de la Ley, que atribuye la competencia para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y elementos complementarios y auxiliares, que no hayan sido declarados de contratación centralizada, en sus ámbitos respectivos, al Ministro de Defensa y a las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social.

VI. CONTRATO DE FABRICACIÓN

El art 9 3 c) de la LCSP, dispone que el contrato de fabricación de cosas o bienes elaborados para la Administración, con arreglo a características peculiares fijadas por la entidad contratante, tendrá la consideración de contrato de suministro, con o sin aportación de materiales, efectuada conforme a las características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante²⁹.

En su art. 267, que tiene carácter básico, la Ley remite a las normas generales y especiales del contrato de obras para la regulación de estos contratos, pero dicha remisión tiene una primera limitación, ya que el Órgano de Contratación debe fijar en el pliego las normas específicas que, de entre las reguladoras del contrato de obras, vayan a serle de aplicación; y una segunda, porque las normas referentes a publicidad serán las establecidas en la Ley para el contrato de suministro, cuyos umbrales son menores y, en consecuencia, más exigentes, que en el contrato de obras, tanto en lo relativo al anuncio previo (art. 125 LCSP), como al umbral para delimitar los contratos sujetos a regulación armonizada (arts. 14 y 15 de la Ley) y la procedencia o no de su publicidad en el DOCE (art 126).

Los materiales aportados por la entidad contratante, quedarían bajo la custodia y responsabilidad del contratista, salvo que el pliego o el contrato dispongan lo contrario, y, en consecuencia, sería responsable de las pérdidas, averías y perjuicios sufridos por los mismos. La Administración podrá exigir garantías especiales, al amparo de lo establecido en el art. 83.2 de la LCSR.

Los contratos de fabricación que se celebren con empresas extranjeras, tal como recoge el art. 267.2 de la LCSP, siempre que su objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional o cuando se trate de suministros que celebre el Ministerio de Defensa con estas empresas, para ser ejecutados fuera del territorio nacional, se regirán por la LCSP, sin perjuicio de lo que pueda convenirse entre las partes, de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional.

En cuanto a los contratos menores de suministro de fabricación, resulta necesario delimitar el régimen jurídico ya que, si se aplican las normas

²⁹ Este precepto tiene su antecedente en los arts 83 y 84 de la Ley de Contratos de 8 de abril de 1965, que lo configuraba como un contrato de suministro en el que las cosas a entregar por el empresario debían ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas por la Administración, estableciendo que dichos contratos se regirían por las normas generales y especiales del contrato de obras determinado en los pliegos, por el Órgano de Contratación.

relativas al contrato de obras, el límite cuantitativo para calificar el contrato como contrato menor sería de 50.000 euros, en tanto que si se consideran aplicables las normas relativas a suministro, el límite máximo sería de 18.000 euros, a tenor de lo establecido en el artículo 122.3 de la LCSP. Si bien es cierto que la LCSP, señala que el régimen aplicable, salvo en lo relativo a publicidad, será el relativo al contrato de obras, la JCCA, ha señalado que el art. 176.1 de la Ley (hoy art. 267.1), superando su dicción literal, ha de ser objeto de una interpretación ajustada a su finalidad y a los antecedentes del precepto, en el sentido que las normas del contrato de obras aplicables al contrato de fabricación, serán sólo aquellas que lo permita la semejanza entre ambos tipos de contratos.

En este sentido la JCCA, con criterio restrictivo, entiende en su Informe 19/1999 de 30-6-99, que no es posible aplicar a los contratos de suministros menores de fabricación los límites del contrato de obras, porque habría de incorporarse necesariamente al pliego de cláusulas administrativas particulares inexistente en los contratos menores y, además, porque dicha aplicación sería contraria a la finalidad perseguida por el art. 176.1 de la antigua LCAP (hoy 267.1 LCSP) y supondría una desnaturalización del contrato de fabricación como verdadero contrato de suministro³⁰.

En cuanto a las facultades especiales que la Administración tiene para esta modalidad del contrato de suministros, es de significar que las facultades de dirección se extienden aquí, conforme establece el art. 271 de la LCSP, que no es precepto básico, a la inspección del proceso de fabricación o de la elaboración del producto; a ser informada de dicho proceso; a ordenar o realizar por sí misma los análisis, ensayos y pruebas de los materiales que se vayan a emplear; a establecer controles de calidad; y a cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido.

Asimismo respecto de la revisión de precios existe un régimen que resulta aplicable a ambos contratos en lo relativo a procedimiento, práctica y fórmula aplicable³¹. Respecto a la relación entre este contrato y el contrato de obras, existen en el RTRLCAP una serie de previsiones que

³⁰ Sin embargo, cabe entender que la LCSP se manifiesta en su literalidad de modo que no parece dejar dudas al establecer expresamente que a los contratos de fabricación *se les aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego*, por tanto, de no existir pliego, como sucede en los contratos menores, habría que aplicar las normas para determinar la cuantía del contrato menor de obras, de sentido más congruente que la aplicación de las normas del contrato de suministro que solo son aplicables para regular la publicidad.

³¹ Artículos 104.1, 105.3, 106 y Anexo X del RTRLCAP.

se han de considerar vigentes a la vista de la LCSP en cuanto no se oponen a su contenido. El artículo 71.6. a), c) y e) establece la necesidad de que en el documento de formalización del contrato de suministro-fabricación se haga expresa referencia al proyecto o prescripciones técnicas que han de ser observadas en la fabricación, a la conformidad del contratista con el proyecto aprobado por el órgano de contratación, y al modo de llevar a cabo el órgano de contratación la vigilancia del proceso de fabricación.

En este apartado tendrá especial relevancia todo lo relativo a la ejecución del contrato de suministro-fabricación y a la posible responsabilidad del contratista en el desarrollo del mismo. A tal fin se aplicarán las normas especiales que, en relación al contrato de obras, se recogen en los artículos 213 y 214 de la LCSP.

De acuerdo con dichos preceptos, el contrato se ejecutará con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato, y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieron al contratista el Director facultativo, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia. Asimismo, cuando las instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes. En todo caso, a tenor de lo previsto específicamente para este contrato de suministro en el artículo 198.1 y 2 de la LCSP, será obligación del contratista indemnizar los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma.

Respecto a las prerrogativas de las Administraciones Públicas y como complemento de lo previsto en los artículos 194 y 195 de la propia LCSP, el artículo 271 establece que éstas tienen la facultad de inspeccionar y de ser informadas del proceso de fabricación o elaboración del producto que haya de ser entregado como consecuencia del contrato, pudiendo ordenar o realizar por sí misma análisis, ensayos y pruebas de los materiales que se vayan a emplear, establecer sistemas de control de calidad y dictar cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido.

VII. UMBRAL DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA

Tratándose de suministros en el ámbito de la Administración Pública la importancia de que el contrato esté sujeto o no a esta regulación estriba en la obligación prevista en el art. 126.1 párrafo segundo de que la licitación de los armonizados ha de publicarse obligatoriamente en el DOCE.

El art. 15 de la LCSP señala que están sujetos a regulación armonizada los contratos de suministro cuyo valor estimado, sin incluir el IVA, sea igual o superior a las siguientes cantidades:

a. 133.000 euros cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social.

Cuando los órganos de contratación pertenezcan al Ministerio de Defensa, este umbral sólo se aplicará a los contratos de suministro que tengan por objeto los productos enumerados en el Anexo III de la Ley.

b. 206.000 euros cuando se trate de contratos de suministro, distintos por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto, de los señalados en el apartado anterior.

El apartado 2 del citado art. 15, señala que, en el supuesto del art. 76.8, referido al cálculo del valor estimado de los contratos para los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere las cantidades indicadas anteriormente, se aplicarán las normas de regulación armonizada a la adjudicación de cada lote y que podrá excepcionarse de dicha exigencia a los lotes que no excedan de 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados, no sobrepasen el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.

VIII. SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO (Especialidades de este tipo de contrato en cuanto a los medios para acreditarla)

Esquemáticamente, los medios para acreditar dicha solvencia en estos contratos son los siguientes:

1. Relación de los principales suministros realizados durante los últimos tres años mediante certificaciones de buena ejecución.
2. Declaración de medios y/o unidades técnicas responsables del control de calidad.

3. Descripción de las instalaciones técnicas.
4. En su caso, control efectuado por entidad del sector público contratante.
5. Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar.
6. Certificados expedidos por los servicios oficiales encargados del control de calidad.

Veámoslos a continuación con más detalle. El artículo 66 de la LCSP, establece que en los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios se acreditará por uno o varios de los siguientes medios:

1. RELACIÓN DE SUMINISTROS EFECTUADOS

a) *Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.*

La relación de suministros deberá efectuarla el licitador, utilizando los modelos que, a tal efecto, puedan establecerse en los pliegos y, en caso contrario, haciendo la necesaria referencia a las fecha del suministro, su importe y separando debidamente los suministros públicos y privados. La norma exige además la acreditación de dichos suministros mediante la presentación de certificados, en el caso de suministros públicos, expedidos por el Órgano de Contratación o representante de la Administración contratante, certificados no exentos de dificultades para su obtención, por lo que debería arbitrarse la posibilidad de suplirlos por otros documentos, como las copias de contratos e incluso por una declaración del licitador que la Administración podría comprobar por procedimientos internos; en el supuesto de suministros privados, bastará un certificado expedido por el comprador o, en su defecto, una declaración formal del empresario.

2. INDICACIÓN DEL PERSONAL O UNIDADES TÉCNICAS

b) *Indicación del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, especialmente los encargados del control de calidad.*

La Directiva 2004/18, recoge en su art. 48.2.b) como medios para comprobar y evaluar la capacidad técnica, la relativa al personal técnico u organismos técnicos integrados o no en la empresa y especialmente la relación del personal responsable del control de calidad.

3. INSTALACIONES, MEDIDAS Y MEDIOS

c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

Se refiere a esta letra, el art. 48.2 c) de la Directiva 2004/18, con igual texto al recogido por la LCSP:

4. CONTROL DE LA CAPACIDAD Y MEDIOS

d) Control efectuado por la entidad del sector público contratante o, en su nombre, por un organismo oficial competente del Estado en el cual el empresario está establecido, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, cuando los productos a suministrar sean complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin particular. Este control versará sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuera necesario, sobre los medios de estudio e investigación con que cuenta, así como sobre las medidas empleadas para controlar la calidad.

Este apartado del artículo 66 de la LCSP establece el control de calidad como medio de acreditar la solvencia y el artículo 134 señala la calidad como uno de los criterios de valoración de ofertas para la adjudicación del contrato.

Por tanto, para delimitar el concepto entre lo que deba ser criterio de solvencia o de valoración, hay que estar a los propios preceptos y, en tal sentido, la solvencia viene referida al control sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuera necesario, sobre los medios de estudio e investigación de conformidad de los productos con especificaciones o normas, así como las medidas específicas empleadas para controlar la calidad y no sobre la propia calidad vinculada al objeto, que constituye criterio de valoración.

En consecuencia, para acreditar la solvencia técnica podrán utilizarse las medidas que el empresario haya podido establecer para controlar y garantizar la calidad de sus productos; en tanto que, como criterio de valo-

ración, podrá utilizarse la calidad misma, determinándolo todo ello en los pliegos con la suficiente precisión.

Utilizar como criterio de adjudicación un mayor número de elementos personales y materiales que los exigidos en el pliego como elemento de aptitud y solvencia no contradice las Directivas comunitarias ni la interpretación de las mismas realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, fundamentalmente en su Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (asunto C-31/1987), porque, según entiende esta sentencia, la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación de los contratos son dos fases diferentes, regidas por normas también diferentes debiendo utilizarse en la primera uno o varios de los criterios de selección cualitativa enumerados en las Directivas y en la segunda criterios objetivos, dado que la enumeración de las Directivas no es exhaustiva y siempre que no atribuyan a los poderes adjudicadores una libertad incondicional de selección.

Además y para que no se produzca discriminación entre licitadores, los criterios de adjudicación deberán ser previamente objeto de publicidad en los pliegos o en los anuncios.

A idéntica conclusión debe llegarse desde el punto de vista de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, dado que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene preceptos idénticos o muy similares a los de las Directivas comunitarias.

También por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en los contratos de suministro de vestuario y determinado material policial a celebrar por la Dirección General de la Guardia Civil, determinadas características de las muestras exigidas pueden utilizarse como criterios de solvencia técnica y otras distintas de las mismas muestras, como reflejo de la calidad, como criterios de adjudicación siempre que ambos tipos de criterios sean objeto de la debida publicidad en los pliegos o en los anuncios.

5. MUESTRAS, DESCRIPCIONES Y FOTOGRAFÍAS DE LOS PRODUCTOS

e) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante.

En los pliegos podrá exigirse que el licitador aporte con la documentación o durante el desarrollo del procedimiento, además de las propias muestras, la certificación bastante, que acredite la autenticidad de las muestras, descripciones o fotografías, con los productos a suministrar.

La STJCE de 19-6-03, (C-315/01123) señala la posibilidad de exigir la presentación de muestras o fotografías de los productos que han de suministrarse, que la Directiva sobre suministros 93/36 admite como prueba de la capacidad técnica, pero entiende que excedería de dicha posibilidad la exigencia de que la entidad adjudicadora pueda comprobar los propios productos objeto de adjudicación en un lugar determinado. En definitiva, tal como señala esta sentencia, en el marco de un contrato público de suministro puede exigirse a los licitadores la presentación de muestras, descripciones o fotografías, pero las Directivas se oponen a que los criterios de solvencia puedan utilizarse como criterios de adjudicación, y, singularmente, la exigencia de que el poder adjudicador tenga a su disposición los productos, objeto de la oferta, dentro de un radio determinado alrededor de su sede.

6. CERTIFICADOS Y EVALUACIÓN

f) Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas.

g) En los contratos de suministro que requieran obras de colocación o instalación, la prestación de servicios o la ejecución de obras, la capacidad de los operadores económicos para prestar dichos servicios o ejecutar dicha instalación u obras podrá evaluarse teniendo en cuenta especialmente sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad.

En este sentido y de igual modo, los pliegos deberán determinar las formas y documentos necesarios para acreditar los conocimientos técnicos, experiencia y fiabilidad.

Finalmente, tal como señala el art. 53.1 de la LCSP, en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación. Asimismo, el art. 53.2, faculta a los órganos de contratación a determinar en los pliegos la obligación y el compromiso del contratista de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales o personales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos de resolución de contrato del art. 206 g), o establecer penalidades para el caso de su incumplimiento, conforme al art 196.1, ambos de la LCSP.

IX. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A. SUPUESTOS GENERALES

Conforme se establece con carácter general en el art. 122 de la LCSP la adjudicación del contrato de suministro se realizará ordinariamente por el procedimiento abierto o el procedimiento restringido.

El procedimiento negociado podrá utilizarse en los casos previstos en el art. 154 que regula los supuestos generales³² y en el art. 157 que determina los supuestos especiales para el contrato de suministro.

³² Con carácter general, el procedimiento negociado podrá ser con publicidad o sin publicidad.

Serán objeto de **publicidad** previa (art. 161 LCSP) los contratos que se encuentren en alguno de los dos supuestos previstos en las letras a) y b) del art. 154, es decir:

a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables, por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el art. 103, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.

b) En casos excepcionales, cuando se trate de contratos en los que, por razón de sus características o de los riesgos que entrañen, no pueda determinarse previamente el precio global.

En el supuesto de ofertas irregulares o inaceptables a que alude el apartado a), no será necesaria la publicación del anuncio cuando se admitan en la negociación a todos los licitadores y solo a ellos, que en el procedimiento precedente hubiesen presentado ofertas que cumplan los requisitos formales.

En los restantes procedimientos negociados establecidos en la Ley, distintos de los anteriores transcritos, no será necesaria la publicidad de la licitación, asegurándose la concurrencia mediante la solicitud de al menos tres ofertas a empresas capacitadas para realizar el objeto del contrato, siempre que ello sea posible (art. 162.1 LCSP).

En estos supuestos de procedimiento negociado sin publicidad, deberán observarse las normas sobre delimitación del objeto de negociación y las de negociación de los términos del contrato, a que luego nos referiremos.

De acuerdo con lo que determina el art. 154 letras c) a g) de la LCSP, los contratos que celebren las Administraciones públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado **sin publicidad**, en los siguientes casos:

c) Cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente. Tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada, se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, si ésta así lo solicita.

d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato solo pueda encomendarse a un empresario determinado.

e) Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el art. 96.

El diálogo competitivo podrá instrumentarse, conforme al art. 164, en el caso de contratos complejos cuando el Órgano de Contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios o especificaciones técnicas necesarias que permitan satisfacer sus necesidades u objetivos.

B. SUPUESTOS ESPECIALES QUE PERMITEN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO

La LCSP en el art. 157 señala que, además de los supuestos de carácter general establecidos en el art. 154, los contratos de suministro podrán adjudicarse mediante el procedimiento negociado en los casos siguientes, ninguno de cuyos supuestos está incluido en la excepción establecida para los anuncios de licitación en el art. 161.1, por lo que no están sometidos a publicidad.

a) Cuando se trate de la adquisición de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, previa su valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español u organismo reconocido al efecto de las Comunidades Autónomas, que se destinen a museos, archivos o bibliotecas.

b) Cuando los productos se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo; esta condición no se aplica a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo

El presente apartado se corresponde con el apartado b) del art. 182 de la derogada LCAP, tratando de simplificar las contrataciones de suministros necesarios para investigación, experimentación, estudio o desarrollo llevado a cabo por organismos o Instituciones oficiales, dentro de su ámbito.

c) Cuando se trate de entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas

f) Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el art. 13.2.d).

g) Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del art. 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, por regla general, ser superior a tres años.

Este apartado, que venía recogido en la legislación anterior, atiende a criterios racionales de la propia contratación, por encima de principios que, como el de la libre concurrencia, deben conjugarse con el de la racionalidad. No obstante, a fin de evitar extralimitaciones, se establece que la duración de estos contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, por regla general, ser superior a tres años.

d) Cuando se trate de la adquisición en mercados organizados o bolsas de materias primas de suministros que coticen en los mismos. Se introduce este nuevo apartado, de acuerdo con el art. 31.2 c) de la Directiva 2004/18, para recoger la realidad de las adquisiciones efectuadas en mercados organizados, mercados de futuros y de opciones y bolsas de materias primas.

e) Cuando se trate de un suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza.

Este apartado tiene su precedente en el art. 31.2 d) de la Directiva 2004/18, y pretende situar al sector público en igualdad de condiciones con otros compradores, a fin de que pueda beneficiarse de condiciones especialmente ventajosas para la adquisición de productos de un empresario que cese en sus actividades o mediante operaciones que puedan concertarse con la administración de un concurso, a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza; de otro modo, el sector público se vería en situación de clara desventaja si, para estas contrataciones, tiene que observar las formas y procedimientos normales de contratación previstos en la norma, pero conviene introducir las necesarias cautelas, principalmente en el supuesto de cese de actividades, dejando constancia en el expediente, a efectos de posible revisión, de las especiales condiciones de la contratación, en relación con las existentes en el mercado.

f) En todo caso, cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros.

Se trata de un supuesto de contrato no sujeto a regulación armonizada, en razón de su cuantía, que habrá de calcularse, conforme a lo dispuesto en el art. 76 de la LCSP, por el importe total del contrato, sin incluir IVA.

Hay que recordar que de modo singular la Ley establece que si la cuantía del contrato excede de 60.000 euros, deberá anunciarse el procedi-

miento en el *BOE* (art. 126.1), conforme exige el art. 161.2, publicación que podrá ser sustituida por la de los diarios o boletines oficiales respectivos cuando se trate de contratos de las CC.AA., entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas. Como el anuncio de estos procedimientos debe publicarse en el perfil de contratante, esta publicidad podrá sustituir a la que deba efectuarse en el *BOE* o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales, por así disponerlo de modo expreso el art. 126.4 de la LCSR.

X. EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

A. ENTREGA Y RECEPCIÓN MATERIAL

El art. 268-1.º de la LCSP, de carácter básico, ya que no lo son los apartados 2.º y 3.º, señala la obligación del contratista de entregar los bienes objeto del suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas³³.

Ahora bien, la Ley distingue dos momentos en la entrega de los suministros: el de la entrega material de los bienes objeto del contrato del art. 268 y el de la recepción formal, que con carácter general y para todos los tipos de contratos determina el art. 205 de la Ley y que deberá efectuar la Administración dentro del mes siguiente a la entrega de los bienes.

Con la entrega material de los bienes, a que se refiere el art. 268, nacen obligaciones y derechos, con independencia de la recepción formal, que es, en definitiva, una facultad de la Administración limitada en el tiempo.

Por otro lado conviene recordar aquí que si el contratista se encuentra obligado a entregar los bienes en la forma y plazos establecidos, esto supone, consecuentemente, la obligación de la Administración de recibirlos, pudiendo aquél realizar las actuaciones y requerimientos oportunos para que la Administración reciba los bienes³⁴.

³³ Se sigue aquí el criterio general del art. 1091 del CC que determina que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

³⁴ Como ha señalado la STSJ de Castilla y León de 15-03-OS, R.º 17712000, citando la del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1987, a la hora de interpretar y aplicar los preceptos relativos a la entrega y recepción hay que tener en cuenta que no es admisible que los plazos se dilaten, pudiendo indagarse sobre algún hecho concluyente del que pueda deducirse que a recepción tácita se ha producido, porque ni la entrega ni la recepción pueden quedar diferidas a la libre y arbitraria voluntad de la Administración.

El art. 268.3 de la LCSP determina la posibilidad de que la recepción formal sea posterior a la entrega de los bienes, de acuerdo con las condiciones fijadas en el pliego, en cuyo supuesto, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra.

La tenencia de los bienes por la Administración, antes de la recepción formal, no puede identificarse con el depósito porque las características exigibles, principalmente la restitución de los bienes, no se cumple en el mismo; y, por otro lado, no estamos ante cosas ajenas, sino de bienes entregados con la voluntad de transmitirlos a la Administración contratante.

Si los suministros se han entregado a la Administración con anterioridad a que esta efectúe la recepción formal, hay que entender que ésta asumirá las responsabilidades por las pérdidas, averías o perjuicios de los suministros materialmente entregados.

Las situaciones, por tanto, en las que podríamos resumir los distintos supuestos de entrega y responsabilidades en los contratos de suministro, a la luz de lo previsto por los distintos apartados del art. 268 LCSP, serían los siguientes:

a) Perfeccionado y formalizado el contrato, sin realizar la entrega de bienes

Los riesgos serán asumidos por el contratista, quien no tendrá derecho a indemnización alguna por pérdidas, averías o perjuicios; si los suministros se pierden por causa de fuerza mayor debidamente probada, sin culpa del contratista y antes de incurrir en mora, no podrá exigírsele al adjudicatario responsabilidades por incumplimiento del contrato.

b) Perfeccionado y formalizado el contrato y ofrecidos formalmente los bienes a la Administración para su entrega en el lugar convenido

Si la Administración no los recibe, dentro del marco de las obligaciones contractuales, podrá incurrir en mora *accipiendi* a partir del requerimiento o intimación del contratista, que exige el art. 1100 del CC. La Administración responderá de las pérdidas, averías y perjuicios de la mercancía, salvo culpa o negligencia del contratista e incluso de los gastos de depósito.

c) Entregados los bienes y pendiente del acta de recepción formal

Los daños sufridos por los bienes objeto del contrato y entregados a la Administración contratante, serán de cuenta de ésta.

d) Entregados los bienes y efectuada el acta de recepción formal

En estos supuestos la responsabilidad del contratista se limitará a los vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía fijado en los pliegos o en el contrato, respondiendo de los mismos la garantía definitiva que, en su caso, se hubiera constituido, conforme determina el art 88 d) de la LCSP.

Si los bienes no se hallan en estado de ser recibidos, el art. 273.2, que no tiene carácter básico, establece la obligación de la Administración de hacerlo constar en el acta de recepción, dando instrucciones al contratista para que subsane los defectos o para que proceda a un nuevo suministro.

De no efectuarse estos reparos u observaciones por la Administración en el plazo establecido, habrá que entender que existe conformidad con el suministro realizado³⁵.

Los gastos de entrega y transporte de los bienes objeto del suministro, salvo que expresamente se haya pactado lo contrario, serán de cuenta del contratista, como determina el art. 273.1 de la LCSP, precepto no básico, coincidente con lo dispuesto en el art. 338 del CCo.

B. PÉRDIDAS, AVERÍAS Y PERJUICIOS

Los riesgos inherentes a la posesión de los bienes objeto del contrato se encuentran regulados en el apartado 2.º del art. 268 de la Ley, al establecer que el adjudicatario no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega, precepto que tiene su precedente en la legislación común, en el art. 1094 del CC que señala que el obligado a entregar alguna cosa lo está también para conservarla con la diligencia de un buen padre de familia.

³⁵ La STSJ de Valencia de 22-04-05, R.º 1165/2002, entiende que una vez efectuada la entrega material y expedida la factura del suministro, la Administración cuenta con un mes para aceptar o rechazar el objeto suministrado, a través del acta de recepción formal.

Ahora bien, si la Administración no recibe los bienes que le ofrece el contratista dentro de lo establecido en los pliegos o en el contrato, incurrirá aquella en mora *accipiendí*, y será responsable de los pérdidas, averías y perjuicios originados en los suministros no recibidos (art. 268.2). La mora *accipiendi* se rige por los principios generales de la mora; a tal efecto el contratista que dentro de los plazos establecidos, quiera proceder a la entrega de los bienes y no sean admitidos por la Administración, deberá requerir a ésta para que acepte la entrega, a los efectos establecidos en el art. 1100 del CC, iniciándose así, y desde la intimación, la mora de la Administración.

Como caso especial para bienes o productos perecederos, el apartado 4.º del art. 268, que tiene carácter básico, determina la responsabilidad de la Administración respecto a la gestión, almacenamiento, uso o caducidad de estos bienes cuando hayan sido entregados por el contratista sin perjuicio de la responsabilidad de éste por los posibles vicios o defectos ocultos que pudieran tener los bienes entregados y que la Administración deberá constatar y comunicar al contratista, a efectos de que éste pueda alegar, en su caso, lo que considere adecuado a los posibles vicios o a sus causas.

Cuando en los pliegos o en el contrato se establece un plazo máximo de entrega por parte del contratista, quiere ello decir que dentro del mismo el adjudicatario tiene la obligación de entregarlos, pero también tiene el derecho a la entrega, de modo que puede exigir a la Administración la recepción material de los bienes, trasladando a ésta la responsabilidad por dicha tenencia material. Dentro de los posibles perjuicios por la no recepción material, el contratista tendrá derecho a reclamar el importe y los costes de almacenamiento.

C. FUERZA MAYOR

La LCSP no establece para el contrato de suministro un precepto análogo al art. 214 que prevé para los contratos de obras, las situaciones de fuerza mayor y sus efectos, dentro de cuyo concepto se recogen taxativamente, los incendios causados por electricidad atmosférica, los fenómenos naturales catastróficos, y los daños causados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público; o al art. 241, al regular el mantenimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obra pública, cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración originen de forma directa la rotura sustancial de la economía de la concesión.

El problema acerca de la admisibilidad en este contrato de la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad en los términos en que se encuentra admitida para el contrato de obras ha sido resuelto por la doctrina en el sentido de descartarla toda vez que la inclusión de los supuestos típicos de la fuerza mayor responde a la necesidad de evitar un encarecimiento innecesario de la contratación por vía de repercusión en el precio contractual de las primas de los seguros que, en otro caso, se vería obligado a contratar el contratista para cubrir los riesgos correspondientes³⁶. Sin embargo, por la misma razón, se llega a la conclusión justamente contraria en el supuesto de los suministros de fabricación, pues a éstos se les aplicarán las reglas del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el Pliego.

Por tanto, en el contrato de suministro, no son de aplicación las causas de fuerza mayor establecidas en la Ley para el contrato de obras, o el de concesión de obras públicas, al no recogerlo expresamente el texto legal y, además, porque resulta incongruente con la naturaleza del propio contrato que, generalmente, supone la entrega de bienes, al contrario del contrato de obras o de concesión, en cuyo desarrollo pueden surgir acontecimientos imprevisibles e inevitables que influyan negativamente en la ejecución del contrato y aconsejan indemnizar al contratista por los daños y perjuicios originados.

Con independencia de ello, será de aplicación lo dispuesto en el art. 1182 del CC, antes citado, respecto a la pérdida de los bienes objeto del suministro por causa de fuerza mayor, no entregados por el contratista y sin que éste haya incurrido en mora, que extingue la obligación y, consecuentemente, la Administración no podría exigir responsabilidades, al no tratarse de un supuesto de incumplimiento culpable a que alude el art. 208.4 de la LCSP.

Si el contratista hubiera cumplido con parte del contrato y no con la totalidad del mismo, por la concurrencia de causas de fuerza mayor, tendría derecho a percibir el importe del suministro parcial efectuado a los precios fijados en el contrato, sin que sea admisible, por ser contrario a los principios de la contratación y al enriquecimiento injusto, ampararse en dicho incumplimiento parcial para no pagar los suministros efectuados, salvo que proceda la devolución de los entregados, por responder la totalidad del contrato, a una exigencia o unidad funcional, no divisible.

³⁶ En este sentido se pronuncian SOSA WAGNER en *El contrato de suministro...* Op cit. Pag. 186 y E. GARCÍA DE ENTERRÍA en «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo». *RAP* n.º 50.

En cuanto al contrato de fabricación, siendo así que el art. 267 de la LCSP dispone la aplicación al mismo de las normas generales y especiales relativas al contrato de obras, deberá ajustarse en casos de fuerza mayor, a los supuestos legales establecidos en el artículo 214 citado, para tener derecho a percibir los daños y perjuicios que se le hayan podido originar.

XI. PAGO DEL PRECIO

A. ABONO DE LOS SUMINISTROS RECIBIDOS

El art. 269, de carácter básico, especifica que el adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración, con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato.

La recepción formal es un derecho que permite a la Administración constatar y comprobar formalmente los suministros efectuados, dentro del plazo de un mes, fijado expresamente por la propia Ley en su art. 205, al establecer que la recepción o conformidad se efectuará dentro del mes siguiente a la entrega o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares en razón de las características de aquellos.

Ahora bien, tal como determina el art. 1115 del CC, es nula la obligación cuando el cumplimiento de la condición dependa exclusivamente del deudor y si la Administración no utiliza su facultad dentro del plazo fijado, las consecuencias no pueden recaer en el contratista, por lo que habrá que entender efectuada tácitamente la recepción formal.

Por otra parte, de la interpretación conjunta de los artículos 200.4 y 205.4 así como la DF 7.^a, en los contratos de suministro, la Administración cuenta con el plazo máximo de un mes desde la entrega material, para efectuar el acta de recepción formal; transcurrido éste, tiene otro mes para acordar y notificar al contratista la liquidación del contrato, y proceder al pago correspondiente; y transcurrido éste sin que se haya efectuado el pago, el contratista tendrá derecho además a los intereses de demora y a los costes de cobro, en su caso.

B. REVISIÓN DE PRECIOS

Al contrario de lo que sucedía en la Ley de Contratos del Estado de 1965 y la legislación especial contenida en el Decreto-Ley 2/1964, de 4 de

febrero y Decreto 461/1971, de 11 de marzo, sobre inclusión de cláusulas de revisión de precios en los contratos que sólo la admitía para el contrato de obras, la Ley 13/1993 en su art. 103, generalizó la revisión de precios a todos los contratos regulados en la misma, exigiendo como requisitos la ejecución del 20 por 100 de su importe y el transcurso de un año desde su adjudicación.

La LCSP, en su art. 77 de carácter básico, reconoce esta posibilidad con carácter general para todos los contratos, a excepción de los contratos de arrendamiento financiero o arrendamiento con opción a compra, y de los contratos menores, o cuando la improcedencia de la misma se haya previsto en los pliegos o pactado en el contrato; en los pliegos o en el contrato se determinará la fórmula o sistema de revisión aplicable.

Con las exigencias establecidas en la Ley, el transcurso de un año y el 20 por 100 de ejecución, la revisión de los contratos de suministro sólo podría tener eficacia práctica, en los contratos de tracto sucesivo, en los que, para determinar el importe del contrato al que habrá que aplicar el porcentaje indicado, deberá capitalizarse, en su caso, el importe de la garantías definitivas o aplicar el porcentaje sobre el límite cuantitativo del contrato. El supuesto general lo contempla el art. 9.3 a) de la LCSP, de entrega por el empresario de una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato.

Cuando se trate del contrato de fabricación y sea procedente la revisión de precios, se aplicará la fórmula prevista en el pliego.

C. PAGO EN METÁLICO Y EN OTROS BIENES

El art. 270 LCSP, que no tiene carácter básico, regula la posibilidad del pago en metálico y en bienes, cuando razones técnicas o económicas debidamente justificadas en el expediente lo aconsejen.

En tal sentido podrá determinarse que el pago del precio total de los bienes a suministrar consista parte en dinero y parte en otros bienes, que deberán ser de la misma clase que los que sean objeto de suministro, y cuyo límite cuantitativo no podrá superar el 50 por 100 del precio total³⁷.

³⁷ El CC en su art. 1446 establece que si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención de los contratantes, teniéndose por permuta si el valor de la cosa dada excede al dinero y de venta en caso contrario; de ahí que la LCSP en su art. 270, establezca el límite del 50 por 100 para la calificación del contrato como de suministro, a fin de armonizar el precepto con las exigencias de la legislación civil.

El compromiso de gasto se limitará al importe neto del pago en dinero, estableciendo expresamente el precepto que no será de aplicación lo dispuesto en el art. 27.4 de la Ley General Presupuestaria, ni el art. 165.3 de la Ley de Haciendas Locales o análogas regulaciones contenidas en las normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, alterando así el principio general de universalidad presupuestaria, que determina que los derechos liquidados y las obligaciones reconocidas se aplicarán por su importe íntegro.

Conforme señala el art. 270.2, la entrega de los bienes por parte de la Administración, se acordará por el Órgano de Contratación por el mismo procedimiento que ha de seguirse para la adjudicación del contrato de suministro y dicho acuerdo de entrega, adoptado en el propio acuerdo de adjudicación, implicará, por sí solo, la baja en el inventario y, en su caso, la desafectación de los bienes.

No parece ofrecer dudas que este último aspecto constituye la motivación y una de las verdaderas finalidades que se pretenden con la utilización de esta forma de pago, como esquema válido y nueva vía para permitir de modo automático la baja en el inventario de bienes determinados o de escaso valor residual (inferior al 25 por 100 del precio de adquisición, que es el porcentaje para determinar la obsolescencia de un bien) y su desafectación como bien público, al margen de las exigencias de procedimiento, establecidas en la Ley de Patrimonio para enajenación de bienes muebles y derechos de propiedad incorporal.

Finalmente en el art. 270.3, se introduce, como elemento económico obligado de valoración de las ofertas regulada con carácter general en el art. 134 de la Ley, el importe que del precio total del suministro corresponda a los bienes entregados, y que deberá consignarse expresamente por el licitador en su oferta, debiendo, a tal efecto, el Órgano de Contratación consignar en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, la ponderación de dicho criterio.

XII. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

El art. 272 de la LCSP, de carácter básico, establece como causas especiales de modificación del contrato de suministro, las de aumento, reducción o supresión de las unidades o la sustitución de unos bienes por otros, aunque las modificaciones fueran sucesivas, siempre que los mismos estén comprendidos en el contrato.

Las modificaciones acordadas por la entidad contratante obligarán al contratista. No obstante, como señala el art. 275 c), al que se remite el propio

precepto *in fine*, el contratista no vendrá obligado a aceptar las modificaciones del contrato que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones que superen el 20 por 100 del precio del contrato, con exclusión del IVA, o representen una alteración sustancial del mismo, en cuyos supuestos podrá potestativamente instar la resolución del contrato o aceptar la modificación³⁸.

A las ampliaciones se le aplicarán los precios unitarios del contrato o resultantes del mismo; en la supresión o reducción del suministro, el contratista no tendrá derecho al lucro cesante ni a ser indemnizado; cuando la modificación implique causa de resolución y se resuelva el contrato, tendrá derecho a las indemnizaciones correspondientes y al lucro cesante.

En todo caso, y conforme a lo previsto en el art. 195.3 de la LCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las CC.AA., en las modificaciones de contrato cuando la cuantía conjunta o aisladamente sea superior al 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea superior a seis millones de euros.

XIII. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

A. CAUSAS DE RESOLUCIÓN

El art. 275 de la LCSP de carácter básico, determina las siguientes causas especiales³⁹ de resolución del contrato de suministro:

³⁸ En el régimen general la Ley contiene algunos requisitos más para la viabilidad de las modificaciones contractuales que conviene tener en cuenta. En efecto, el art. 202 parte de que el contrato esté perfeccionado y siempre, que afecte a elementos que integran el mismo sin modificar sus condiciones esenciales, que *existan* razones de interés público y que las causas para contratar sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, todo lo cual deberá justificarse debidamente en el expediente y recogerse en los pliegos y en el documento contractual; las modificaciones deberán formalizarse en documento administrativo, dentro de los diez días hábiles a contar desde el siguiente a la notificación de la modificación. A fin de que esta prerrogativa de la Administración tenga un carácter, en cierto modo reglado, el art. 202.2 de la LCSP exige para poder modificar el contrato que tal posibilidad y las condiciones en que podrá producirse, se encuentren recogidas en los pliegos y en el documento contractual, sin cuyo requisito, no podrá modificarse el contrato. La segunda limitación viene contenida en el art. 202.1 al determinar que cuando se trate de ampliaciones del objeto del contrato, que no puedan integrarse en el proyecto inicial, mediante una corrección del mismo, o que consistan en una prestación nueva de aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer necesidades nuevas, deberá contratarse de forma separada, aunque podrán utilizarse el régimen de contratación de obras complementarias, previsto en el art. 155 b) y el régimen de contratación complementaria de servicios del art. 158 b), por el procedimiento negociado sin publicidad.

³⁹ El art. 206 de la LCSP⁶¹, que es precepto básico, establece como causas generales de resolución del contrato:

a) *La suspensión, por causa imputable a la Administración, de la iniciación del suministro, por plazo superior a seis meses contados a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega, salvo que el pliego establezca otra menor.*

b) *El desistimiento o la suspensión del suministro por plazo superior a un año, acordada por la Administración, salvo que el pliego señale otra menor⁴⁰.*

c) *Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial de la prestación inicial.*

Las modificaciones del contrato en más o en menos al 20 por 100 del importe del mismo, constituye una causa de resolución, pero no la resolución misma, por lo que el contratista podrá instar o no la resolución del contrato, facultad que la Ley también otorga expresamente, en este supuesto, a la propia Administración.

Esta facultad en poder de la propia Administración, para instar la resolución del contrato, que le otorga el art. 207.2 de la LCSP, debe utilizarse motivadamente para no convertirla en instrumento de desviación, que permita la resolución del contrato de modo unilateral sin justa o legal causa, porque es precisamente aquella, la que puede introducir o acordar las modificaciones.

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el art. 202.3.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

d) La no formalización del contrato en plazo.

e) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, y el incumplimiento del plazo señalado en la letra d) del apartado 2 del art. 96.

f) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del art. 200, o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.

g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

h) Las establecidas expresamente en el contrato.

i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta ley.

⁴⁰ La renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento, vienen regulados con carácter general en el art. 139 de la LCSP.

B. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

El art. 276 regula los efectos de la resolución para el contrato de suministro estableciendo, en su apartado 1, de carácter básico, que la resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, deberá ésta abonar el precio de los bienes entregados y recibidos de conformidad⁴¹.

Conforme establece el art. 276.2 de la LCSP, que no tiene carácter básico, en los supuestos en los que la iniciación del suministro se demore, por causa imputable a la Administración, por más de seis meses y se opte por la resolución, el contratista sólo tendrá derecho a percibir una indemnización del 3 por 100 del precio de la adjudicación.

De este modo, con independencia de lo establecido en su apartado primero, de recíproca devolución de los bienes y pagos realizados, que tiene carácter general, este apartado establece una indemnización de tipo legal que abarcaría tanto el lucro cesante, como el resto de daños y perjuicios, pero limitada al porcentaje establecido y siempre que se haya procedido a la resolución el contrato, por la causa prevista en el apartado a) del art. 275.

Finalmente, en el supuesto previsto en el apartado 3.º del art. 276, no básico, de desistimiento o suspensión del suministro, por parte de la Administración, por plazo superior a un año, el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las entregas dejadas de realizar, en concepto de beneficio industrial.

Determina así la ley una indemnización por lucro cesante, para los contratos de suministro ya iniciados y que, por parte de la Administración, se hayan suspendido o desistidos de continuar, por plazo superior a un año y siempre que se haya resuelto el contrato, en base a lo establecido en el art. 275 b) de la LCSP.

⁴¹ El art. 208 de la LCSP regula con carácter general los efectos de la resolución del contrato según se trate de falta de formalización del contrato, mutuo acuerdo de las partes, incumplimiento por parte de la Administración, o incumplimiento por parte del contratista. Cuando exista mutuo acuerdo, serán las partes las que estipularán los derechos y efectos de la propia resolución; cuando se trate de incumplimiento imputable a una de las partes, deberá indemnizar a la otra los daños y perjuicios ocasionados, debiendo el acuerdo de resolución contener, en todo caso, el pronunciamiento sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida, en su caso.

En cuanto a la posibilidad de exigir de modo simultáneo o acumulativo la indemnización de daños y perjuicios y la penalidad por incumplimiento contractual, hay que recordar lo dispuesto en el art. 1152 del CC, al determinar que la pena sustituirá a la indemnización de daños y perjuicios, salvo pacto en contrario; y en el art. 1153 del CC que impide, salvo acuerdo expreso, la exigencia del cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena.

XIV. VICIOS O DEFECTOS DURANTE EL PLAZO DE GARANTÍA

El contratista responde de los vicios o defectos durante todo el plazo de garantía teniendo derecho la Administración (art. 274.1), no básico, a reclamar del contratista la reparación de los bienes o, si la reparación no fuese suficiente, a la reposición de los mismos. El contratista tendrá derecho, tal como le reconoce el art. 274.2 a conocer y ser oído sobre la aplicación de los bienes suministrados, en evitación de responsabilidades por un mal uso o indebida aplicación de los mismos, en cuyo supuesto, el contratista deberá constatarlo técnica y documentalmente y notificarlo a la entidad contratante.

La Administración tendrá derecho a reclamar al contratista la reparación de los bienes, siempre que ello sea posible y que tal exigencia no resulte desproporcionada en relación con la propia reposición; en su defecto, cuando la reparación no pueda llevarse a cabo o la reparación no sea suficiente para la perfecta utilidad del bien, o resulte desproporcionada, la Administración podrá exigir la reposición de los bienes afectados; en todo caso, tal como establece la legislación común, que regirá en este aspecto como supletoria, los gastos de envío y transporte, en su caso, serán de cuenta del contratista.

Cuando los bienes no sean idóneos, acomodados o adecuados al fin que, establecido en los pliegos, motive la contratación, como consecuencia de los vicios o defectos observados en ellos, e imputables al contratista, el art. 274.3 señala que la Administración podrá, antes de expirar el plazo de garantía, y siempre que exista presunción de que la reposición o reparación no será bastante para lograr el fin pretendido, rechazar los bienes dejándolo a disposición del contratista.

En realidad, esta facultad de rechazar determinados bienes, supone una resolución parcial del contrato, dentro del plazo de garantía y en virtud de una causa recogida con carácter especial, en la propia Ley, cuyos efectos específicos también se determinan la misma.

En este sentido, el art. 274.3 señala que, en el supuesto de rechazo de los bienes, la Administración los pondrá a disposición del contratista para que pueda retirar los mismos, y quedará exenta de la obligación de pago de los bienes afectados, e incluso, teniendo derecho a recuperar la parte del precio correspondiente, caso de haberse efectuado el pago, o parte del mismo, a cuyo fin podrá utilizar la garantía definitiva que hubiera podido constituirse, conforme a lo establecido en el art. 88 de la LCSP; en la medida que tales actos supongan una resolución parcial del contrato, será preciso iniciar el procedimiento de resolución correspondiente con audien-

cia el contratista y del Consejo de Estado u órgano equivalente de las CC.AA., cuando se formule oposición por el contratista.

Finalmente, conforme a lo dispuesto en el apartado 4.º del citado art. 274, una vez finalizado el plazo de garantía establecido en el contrato sin que la Administración haya formalizado alguno de los reparos o denuncias citados en los apartados anteriores, el contratista quedará exento de responsabilidad por razón de los bienes suministrados, con lo que, el transcurso del tiempo fijado para la garantía actúa de modo liberatorio para el contratista, si la Administración no efectúa de modo formal las reclamaciones oportunas y sin que, a tal efecto, puedan tener relevancia las meras advertencias o consideraciones realizadas por la Administración.

XV. MOTIVOS POR LOS QUE LA COMISIÓN EUROPEA CONSIDERA QUE EL REGIMEN DE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS YA ADJUDICADOS, MANTENIDO POR LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, SIGUE SIENDO INCOMPATIBLE CON LAS NORMAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Con fecha 8 de mayo de 2008, tuvo entrada en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea una Carta de emplazamiento de la Comisión denunciando que el régimen mantenido en la LCSP por el que se regula la modificación de los contratos ya adjudicados es contrario a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia enunciados en el art. 2 de la Directiva 2004/18/CE y que se derivan también de los arts. 12, 43 y 49 del Tratado CEE.

La Comisión considera que, tras la Sentencia *Succhi di Frutta*, la modificación de un contrato tras su adjudicación no se atiene a los principios anteriormente referidos, salvo que se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes:

- a) Que la modificación no afecte a ninguna condición esencial de la licitación (no del contrato cfr. Art. 202 LCSP).
- b) Que la posibilidad de hacer alguna modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación (los pliegos).

Para la Comisión, hay que presumir la existencia de una modificación esencial siempre que no quepa excluir que las condiciones originales, menos favorables, hayan disuadido a otros prestadores de servicios de participar en la licitación o que, a la vista de las nuevas condiciones contrac-

tuales, podrían estar ahora interesados en la licitación o que, con las nuevas condiciones, podría haberse hecho con el contrato un licitante que, en su día, no lo consiguió.

Este criterio no salva en todos los casos el seguido por el artículo 202.1 párrafo 2.º LCSP en cuya virtud se permiten modificaciones que puedan integrarse en el proyecto inicial mediante corrección.

Por lo que se refiere al caso más concreto de los Suministros, para la Comisión, el régimen de los artículos 272 en relación con el 202 y el 275 c) de la LCSP no respeta los principios tan repetidos por:

- a) La alteración del precio en más o en menos del 20% no obliga a resolver el contrato en beneficio de posibles derechos de terceros. Tan solo faculta al adjudicador o al contratista a hacerlo si conviene a sus derechos
- b) La conjunción «o» del artículo 275 c) permite entender que una modificación inferior al 20% del precio del contrato puede no ser en ningún caso una alteración sustancial lo cual conduce a una interpretación arbitraria por ser meramente cuantitativa del criterio sobre el asunto establecido por la Sentencia *Succhi di Frutta*.