

LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Por Juan Pozo Vilches
Comandante Auditor
Doctor en Derecho

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DEL CONTRATO DE OBRAS.—III. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN.—IV. TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN.—V. TRAMITACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. 1. PROCEDIMIENTO ABIERTO Y RESTRINGIDO. SUBASTA. 1.1 FASE INTERNA. 1.2 FASE EXTERNA. 2. PROCEDIMIENTO ABIERTO Y RESTRINGIDO. CONCURSO. 2.1 FASE INTERNA. 2.2 FASE EXTERNA. 3. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO. 3.1 PROCEDIMIENTO NEGOCIADO CON PUBLICIDAD. 3.2 PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD PREVIA.—VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades legislativas más importantes de los últimos años ha sido, sin duda alguna, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (1).

Su aparición vino provocada, como expresa TESO GAMELLA (2), por dos razones: por razones jurídicas, dada la necesidad de adecuar nuestra legislación a las nuevas Directivas comunitarias sobre la materia (92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE), y por razones políticas, al objeto de dotar de mayor transparencia y objetividad el procedimiento de contratación (3).

(1) En adelante, LCAP.

(2) TESO GAMELLA, "El contrato de obras, gestión de servicios y suministros: principales novedades de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Actualidad Administrativa* núm. 6, 1996, pp. 123 y ss.

(3) Más determinante es PENDAS GARCÍA cuando afirma de forma categórica "la lucha contra la corrupción constituye el verdadero espíritu y finalidad de la Ley" (*Derecho de los contratos públicos*, Madrid, 1995, p. 10).

Por otra parte, la importancia de la legislación de contratos del Estado resulta patente, ya que no hay que olvidar que regula transacciones por valor de 4,5 billones de pesetas anuales (4). Un volumen tan extraordinario, financiado con dinero público, exige un estricto cumplimiento de la ley, extremo que trata de garantizar la Disposición Adicional Quinta, al recoger las responsabilidades de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

El contrato de obra pública, objeto de este estudio, sigue conservando su carácter de contrato administrativo, pero ha perdido la importancia que le otorgaba la legislación anterior, en el sentido de ser la piedra angular de la contratación administrativa. La vieja Ley de Contratos del Estado (5) y su Reglamento (6), regulaban de forma exhaustiva el contrato de obra pública, remitiéndose las demás figuras contractuales, en lo no previsto con carácter específico, a la normativa de tal contrato. La nueva Ley obedece a otra estructura, con una Parte General aplicable a todos los contratos, y una regulación específica de cada contrato administrativo.

Muchas son las novedades de la reciente Ley en relación con el contrato de obra, siendo de destacar la exigencia de un estudio geotécnico, la incorporación del contrato de concesión de obra pública, la existencia de una única recepción (suprimiéndose la distinción entre provisional y definitiva) y de una única liquidación (suprimiéndose igualmente la distinción entre provisional y definitiva), supresión de la intimación en los intereses de demora (que se generarán a partir de los dos meses siguientes a la fecha de la certificación), la facultad concedida al contratista de suspensión de la ejecución del contrato por falta de pago, nuevas causas de resolución...

En el presente trabajo, y a pesar del título, no vamos a analizar únicamente el acto de la adjudicación, ya que trataremos de dar una visión general de todo el procedimiento que desemboca en la adjudicación del contrato de obra pública, con las particularidades que puede presentar dentro de la Administración Militar (7). En esta etapa de formación o gestión del contrato de obra pública, se seguirá, en parte, y para una mejor

(4) Datos contenidos en la obra *Introducción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, BLANC y otros, Barcelona, 1995.

(5) En adelante, LCE.

(6) En adelante, RGCE.

(7) Por ello se excluye todo aquello que pudiera carecer de interés en nuestro ámbito, como la referencia, en su caso, a las especialidades de las demás Administraciones Públicas, o a figuras contractuales de muy escasa (por no decir nula) repercusión (por ejemplo, el contrato de concesión de obras públicas).

comprensión por los Organos de Contratación, la estructura contenida en la Instrucción 61/91, de 31 de julio, del Secretario de Estado de la Defensa, en relación con la contratación administrativa.

II. CONCEPTO DEL CONTRATO DE OBRAS

La nueva Ley define el contrato de obra pública en razón de su objeto. Dispone, en efecto, el artículo (8) 120 LCAP que se entiende por contrato de obras el celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea:

a) La construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil.

b) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos.

c) La reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores.

En términos muy parecidos se pronunciaba el artículo 55 RGCE (9).

Dentro de la doctrina, GARCIA DE ENTERRIA ha dado un concepto amplio del contrato de obra, basado en el artículo 120 LCAP (anterior 57 RGCE), como “aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio” (10). GAR-

(8) En adelante, artículo

(9) La nueva ley sustituye el término “aeródromos” por “aeropuertos”, y menciona expresamente las obras de defensa del litoral y señalización marítima, así como los trabajos de corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas y actuaciones urbanísticas.

(10) GARCÍA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1995, p. 694. En igual sentido PÉREZ DE LEÓN/PÉREZ BERENJENA, *La contratación de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, p. 184.

CIA ORTEGA también opta por un concepto amplio, pero basado, no en el artículo 57 RGCE, sino en el artículo 55 RGCE, precepto que prácticamente reproduce (11).

Más restringido es el concepto de JURISTO, que lo define como “aquel tipo de contrato administrativo por virtud del cual una de las partes llamada contratista o empresario se obliga a realizar, con organización y medios propios, una obra inmobiliaria destinada a satisfacer un interés público, a cambio de un precio cierto en dinero que se compromete a pagarle una Administración pública” (12).

Es de resaltar que lo importante en los contratos administrativos no es que una de las partes sea la Administración. No todo contrato que realiza la Administración se puede calificar, por este simple hecho, de contrato administrativo, ya que en ocasiones, a pesar de ser una de las partes la Administración, nos encontraremos ante un contrato privado. Lo que caracteriza al contrato administrativo es que la Administración disfruta de una serie de prerrogativas (las contenidas en el artículo 60 LCAP), se regula por normas de Derecho Administrativo (13), y es competente para resolver las controversias que surjan entre las partes el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (artículo 7 LCAP); mientras que en los contratos privados, la Administración carece de dichas prerrogativas, se regulan sus efectos por normas de Derecho Privado, y es competente para resolver las controversias que surjan entre las partes el orden jurisdiccional civil (artículo 9 LCAP).

Por último, señalar que el contrato de obra es, como manifestó, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo (14) de 10 de marzo de 1989, un *contrato de resultado* que consiste en que el contratista se obliga a realizar una obra determinada por un precio cierto, por lo que la ejecución del contrato se lleva a cabo a riesgo y ventura del contratista

(11) GARCÍA ORTEGA, *Manual de contratos del Estado*, Madrid, 1987, p. 57. MIRANDA GONZÁLEZ, por su parte, lo define como “aquel que tiene por objeto la realización por un empresario, para alguna de las administraciones públicas, de una obra que ha de estar asentada sobre un bien de carácter inmueble y cuyo objeto pueden ser bienes que por sí mismos tengan naturaleza inmueble, obras que se realicen para modificar la forma o sustancia del terreno o del subsuelo y la reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos anteriormente” (MIRANDA GONZÁLEZ, *Contratación de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, p. 163).

(12) JURISTO SÁNCHEZ, *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1991, p. 15.

(13) Aunque, con carácter supletorio, también por normas de Derecho Privado.

(14) En adelante, STS.

(artículo 99 LCAP), salvo los casos de fuerza mayor (artículo 144 LCAP), existiendo una copiosa jurisprudencia sobre el particular.

A continuación, y tras una breve referencia a los procedimientos de adjudicación, analizaremos la tramitación de un expediente de contratación de obra pública.

III. PPROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

La nueva Ley establece tres procedimientos de adjudicación (abierto, restringido y negociado), y dos formas de adjudicación (concurso y subasta).

La vieja legislación invertía los términos, al decir que existían tres formas de adjudicación (subasta, concurso y contratación directa), admitiendo, en dos de ellas, dos procedimientos de licitación (en las subastas y en los concursos, se admitía el procedimiento abierto —con o sin admisión previa— y el restringido) (artículo 92 RGCE).

Siguiendo la nueva Ley, los procedimientos de adjudicación son:

a) Procedimiento abierto. En este tipo de procedimiento, todo empresario interesado puede presentar una proposición (artículo 74.2 LCAP).

Este procedimiento admite dos formas de adjudicación: la subasta y el concurso.

La subasta versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo (artículo 75.2 LCAP).

En el concurso la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, en atención a los criterios que se hayan establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, sin atender exclusivamente al precio, y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto (artículo 75.3 LCAP).

b) Procedimiento restringido. En este procedimiento sólo pueden presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos (artículo 74.3 LCAP).

Al igual que en el procedimiento abierto, admite dos formas de adjudicación: la subasta y el concurso.

c) Procedimiento negociado. En este procedimiento el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios (artículo 74.4 LCAP).

Ahora bien, el procedimiento negociado plantea no pocos problemas, como veremos en las páginas siguientes.

IV. TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN

La nueva Ley, al igual que la anterior, distingue tres clases de expedientes de contratación: ordinarios, urgentes y de emergencia (artículo 71.1 LCAP).

Dado que la tramitación ordinaria será analizada posteriormente, vamos a detenernos únicamente en la tramitación urgente y de emergencia.

a) Tramitación urgente. Este tipo de tramitación se llevará a cabo en contratos cuya necesidad sea inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público, debiendo constar en el expediente la declaración de urgencia, debidamente motivada, realizada por el Órgano de Contratación.

En este tipo de tramitación se sigue el mismo procedimiento que los expedientes ordinarios, con las particularidades contenidas en el artículo 72 LCAP (15).

b) Tramitación de emergencia. Este tipo de tramitación se llevará a cabo cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a

(15) Consisten estas particularidades en lo siguiente:

a) Preferencia en su despacho por los órganos administrativos, fiscalizadores y asesores que participen en la tramitación, disponiendo sólo de un plazo de cinco días para emitir sus informes. No obstante dicho plazo puede quedar prorrogado hasta diez días en dos supuestos:

- si se trata de expedientes complejos
- si no se puede emitir el informe en el plazo indicado, por causa justificada.

Para tramitar esta prórroga basta, según el texto del artículo 72.2.a LCAP, que los órganos administrativos, fiscalizadores o asesores *pongan en conocimiento* del Órgano de Contratación las indicadas circunstancias.

b) Los plazos establecidos en la ley para la licitación y la adjudicación quedan reducidos a la mitad, una vez acordada la apertura del procedimiento de adjudicación (excepción: cuando hayan de publicarse los anuncios en el Diario Oficial de las

Comunidades Europeas, se respetarán los plazos establecidos en los artículos que menciona el propio artículo 72 LCAP).

c) El Órgano de Contratación puede ordenar el comienzo de la ejecución de las obras, aunque todavía no se haya formalizado el contrato, siempre que se haya constituido la garantía definitiva.

d) Si no se inicia la ejecución del contrato en el plazo de dos meses desde la adjudicación, quedará resuelto el contrato.

causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. Se trata de supuestos muy excepcionales, que precisan una inmediata actuación de la Administración, sin que la tramitación urgente pueda cumplir tal objetivo.

En este tipo de tramitación se tendrán en cuenta las normas contenidas en el artículo 73.1 LCAP (16), siendo de resaltar que es el único caso en nuestra legislación de contratos en el que se admite la contratación verbal (artículo 56 LCAP).

V. TRAMITACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Como hemos indicado en las primeras páginas de este trabajo, seguiremos, en parte, la estructura contenida en la Instrucción 61/91 del Secretario de Estado de la Defensa, distinguiendo procedimientos y formas de adjudicación, y fases interna y externa de la tramitación.

1. PROCEDIMIENTO ABIERTO Y RESTRINGIDO. SUBASTA

1.1. Fase interna

A. *Elaboración del Proyecto (artículo 122 LCAP)*

Salvo que se adjudique conjuntamente el proyecto y la obra, la adjudicación de un contrato de obras requiere la previa elaboración, supervi-

(16) El régimen excepcional que contiene el indicado precepto es el siguiente:

a) El Organismo de Contratación competente, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el evento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. Del acuerdo del Organismo de Contratación se debe dar cuenta inmediata al Consejo de Ministros.

b) El Ministerio de Economía y Hacienda, simultáneamente, autorizará el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos, con carácter a justificar.

c) Ejecutadas las actuaciones, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la fiscalización y aprobación del gasto.

sión, en su caso, aprobación y replanteo de un proyecto, en el que se definirá con precisión el objeto del contrato (artículo 122 LCAP) (17).

A continuación se examinará la realización del proyecto, la clasificación de las obras a efectos de la elaboración de Proyectos y, por último, su contenido.

A.1. *Realización del Proyecto*

El proyecto puede ser realizado (18):

a) Por la propia Administración, a través de sus servicios técnicos.

Es de destacar que en el caso de que dicho proyecto contuviera *errores materiales* que afecten al presupuesto de la obra al menos en un 20 por 100, se podrá resolver el contrato (artículo 150.d LCAP).

b) Por una contratista o empresa consultora con la cual se contrate únicamente la realización del proyecto, a través de un contrato de consultoría y asistencia, realizándose materialmente la obra por otro contratista.

En este supuesto, si el proyecto contiene defectos, insuficiencias técnicas, errores materiales, omisiones o infracciones de preceptos legales o reglamentarios, imputables al adjudicatario, el Organo de Contratación exigirá su subsanación en el plazo que estime oportuno, que no podrá exceder de dos meses (19) (artículo 217.1 LCAP).

Si transcurrido el plazo concedido al efecto, el contratista no hubiese corregido las deficiencias observadas, el Organo de Contratación podrá optar:

- por la resolución del contrato, con los efectos de incautación de la garantía y la obligación del contratista de abonar a la Administración una indemnización equivalente al 25 por 100 del importe del contrato.
- o por conceder un nuevo plazo al contratista (20), que será de un mes, improrrogable, incurriendo el contratista en una penalidad equivalente al 25 por 100 del precio del contrato. Si concedido el

(17) No obstante, es posible que también exista un anteproyecto, si así lo estima el Organo de Contratación, si se trata de una obra en la que concurren especiales circunstancias determinadas por su magnitud, complejidad o largo plazo de ejecución (artículo 60 RGCE).

(18) Es de destacar que la Resolución 78/91, de 31 de octubre, de la Secretaría de Estado de la Defensa aprobó la Instrucción para la elaboración de proyectos de obras en el ámbito del Ministerio de Defensa.

(19) El origen de la responsabilidad del contratista consultor se encuentra en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 31/90, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

plazo, existe un nuevo incumplimiento, se procederá a la resolución del contrato, con los efectos de incautación de la garantía y debiendo el contratista abonar a la Administración una indemnización igual al precio pactado.

Por otra parte, el artículo 218 LCAP establece un sistema de indemnizaciones que puede ser recogido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para el caso de que el presupuesto previsto en el proyecto se desviase en más de un 20 por 100 (por exceso o por defecto) del coste real de la obra, como consecuencia de errores u omisiones imputables al contratista consultor.

Y, por último, el artículo 219 LCAP recoge la responsabilidad del contratista consultor por los daños y perjuicios que se causen a la Administración o a terceros, por defectos o errores del proyecto, responsabilidad que será exigible dentro del término de diez años contados desde la recepción del proyecto. La indemnización alcanzará el 50 por 100 del importe de los daños y perjuicios causados (la Administración asumirá el resto, cuando se deban satisfacer a terceros), sin que pueda exceder del quíntuplo del precio pactado por el proyecto.

c) Por el propio contratista, cuando se trate de adjudicación conjunta de proyecto y obra (21); en tal caso, la Administración podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que la misma ha de ajustarse (22) (artículo 125 LCAP).

A.2. *Clasificación de las obras a efectos de la elaboración de Proyectos (artículo 123 LCAP).*

A los efectos de elaboración de los proyectos, las obras se clasifican, según su objeto y naturaleza, en los grupos siguientes:

a) Obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación (23).

(20) Si el contratista, antes de la concesión de este nuevo plazo, renuncia a la realización del proyecto, se le incautará la garantía y deberá abonar a la Administración una indemnización igual a la mitad del precio del contrato.

(21) Posibilidad que no aconsejaba la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 13/65, de 25 de febrero.

(22) Sobre errores en el proyecto en este caso, v. STS 7 de abril de 1994.

(23) Son obras de primer establecimiento las que dan lugar a la creación de un bien inmueble. Son obras de reforma el conjunto de obras de ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente. Se consideran como obras de gran reparación las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales, y que afecten fundamentalmente a la estructura resistente.

- b) Obras de reparación simple (24).
- c) Obras de conservación y mantenimiento (25).
- d) Obras de demolición (26).

Tal clasificación adquiere suma importancia a la hora de determinar el contenido del Proyecto (27), como veremos a continuación.

A.3. *Contenido del Proyecto.*

Los proyectos de obras deberán tener, al menos, el siguiente contenido (artículo 124.1 LCAP):

- a) Una *memoria* que, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, tendrá carácter contractual y recogerá las necesidades a satisfacer y los factores de todo orden a tener en cuenta.
- b) Los *planos* de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida.
- c) El *Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares* (28) que contendrá la descripción de las obras y se regulará su ejecución (29).

(24) Son las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales, sin que afecten fundamentalmente a la estructura resistente.

(25) Son las necesarias para la enmienda de un menoscabo producido en el tiempo por el natural uso del bien.

(26) Son las que tienen por objeto el derribo o la destrucción de un bien inmueble.

(27) También tal distinción es importante en el sentido de que, a diferencia de las demás, las obras de reparación simple, conservación y mantenimiento pueden ser adjudicadas por las Juntas de Contratación que menciona el artículo 12.4 LCAP.

(28) Es de destacar que la Orden 15/89, de 23 de febrero, aprobó el Pliego de Prescripciones Técnicas Generales para obras en el ámbito del Ministerio de Defensa.

(29) En cuanto al contenido del Pliego de Prescripciones Técnicas, v. artículo 66 RGCE, artículo 53 LCAP y artículo 21 del Real Decreto 390/96, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP (en adelante, R.D. 390/96).

Es frecuente que el Pliego de Prescripciones Técnicas *incluya cláusulas contractuales*, extremo que se debe evitar, máxime cuando, en ocasiones, las cláusulas que contiene están en contradicción con lo que dispone el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa fue determinante en su informe 58/74 al expresar que “el hecho de que la cláusula 11 del Pliego de Prescripciones Técnica dé derecho al contratista a la revisión de precios está en contradicción evidente con la no inclusión en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares de cláusula alguna de revisión de precios. Es indudable que a efectos de resolver la contradicción *es el último Pliego el que debe prevalecer* por ser el que indudablemente da al contrato verdadera eficacia y virtualidad jurídica”.

No obstante, el Tribunal Supremo ha adoptado un criterio permisivo en la STS de 14 de marzo de 1988, al afirmar que “el hecho de que la cláusula de revisión se incluyese en el

d) Un *presupuesto*, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración (30).

e) Un *programa de desarrollo de los trabajos* en tiempo y coste óptimo, de carácter indicativo (31).

f) Cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario. A estos efectos, entre los documentos más importantes, dentro de nuestro ámbito, se pueden citar los siguientes (32):

- El *Estudio de Seguridad e Higiene* (regulado por Real Decreto 555/86, de 21 de febrero, modificado por Real Decreto 84/90, de 19 de enero), documento necesario en el caso de obras cuyo presupuesto sea igual o superior a 100.000.000 pts.— (33), o se empleen cincuenta o más trabajadores (34), o conlleven un especial riesgo (35).
- El *Estudio geotécnico de los terrenos* sobre los que la obra se va a ejecutar, salvo cuando resulte incompatible con la naturaleza de la obra (artículo 124.3 LCAP).

No obstante, no todos los documentos anteriores son necesarios, ya que depende de la complejidad técnica de la obra, por lo que hay que acudir a

Pliego de Bases del concurso como condición técnica en lugar de incluirse en las condiciones económico-jurídicas, constituye de por sí un formalismo manifiestamente intrascendente atendiendo a las reglas de interpretación de los contratos que se contienen en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil; pues lo importante es la intención expresada en las palabras, y no el lugar donde se colocan éstas; ello aparte de que en el caso que nos ocupa, ni siquiera hubo la adecuada nomenclatura diferenciadora de los distintos Pliegos, pues todo está incluido bajo la denominación genérica de *Pliego de Bases*".

(30) No obstante, el artículo 126 LCAP admite, con carácter excepcional, cuando la naturaleza de la obra lo permita, el sistema de retribución a tanto alzado, sin existencia de precios unitarios, en las circunstancias y condiciones que reglamentariamente se determinen.

(31) En la legislación anterior, sólo era necesario este documento si la cuantía del contrato era superior a 10.000.000 pts. (artículo 22 LCE y 63 RGCE).

(32) Omitimos, por ejemplo, el Estudio del Impacto Ambiental, regulado en el Real Decreto Legislativo 1302/86, de 30 de junio, al no ser de aplicación a las obras relacionadas con la defensa nacional.

(33) Se refiere al presupuesto de ejecución por contrata y no al de ejecución material (informe 17/89, de 10 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa).

(34) Contabilizados en la fase de mayor utilización simultánea de mano de obra.

(35) Como túneles, galerías, conducciones subterráneas y presas, y las que estime el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a petición razonada de las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales más representativas, o a propuesta de la Inspección de Trabajo.

la clasificación de las obras que hace la propia Ley. Con independencia de las obras menores, que sólo requieren proyecto si una norma específica así lo exige (artículo 57 LCAP), los proyectos de obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación, inferiores a 20.000.000 (36) pts., y para los de reparación simple, conservación, mantenimiento y demolición, se podrá simplificar, refundir o incluso suprimir, alguno o algunos de los documentos anteriores en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que la documentación resultante sea suficiente para definir, valorar y ejecutar las obras que comprende (artículo 124.2 LCAP).

B. *Supervisión del proyecto (artículos 122 y 128 LCAP), y su aprobación (artículo 129 LCAP)*

Tal supervisión deberá ser realizada por la Unidad u Oficina de Supervisión de Proyectos (37), que son las encargadas de examinar detenidamente los proyectos elaborados y de vigilar el cumplimiento de las normas reguladora de la materia.

El informe (38) es preceptivo si la cuantía es igual o superior a 50.000.000 pts., y facultativo si la cuantía es inferior a tal importe (salvo que se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, en cuyo caso el informe será también preceptivo).

Una vez aprobado el proyecto, se procederá al replanteo de la obra (artículo 129 LCAP).

C. *Replanteo de la obra (artículos 122 y 129 LCAP)*

El replanteo consiste en comprobar la realidad geométrica de la obra y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución, y de cuantos supuestos figuren en el proyecto elaborado y sean básicos para el contrato a celebrar.

La realización del replanteo se acredita por certificación del Jefe de Servicio correspondiente, bajo su personal responsabilidad, de la plena

(36) Salvo indicación expresa en contrario, todos los importes del presente trabajo han de entenderse IVA incluido, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 LCAP.

(37) En el ámbito del Ministerio de Defensa, debe tenerse en cuenta la Orden 70/84, de 5 de diciembre, modificada por la Orden 23/90, de 22 de marzo.

(38) Que deberá emitirse en el plazo de un mes, salvo casos excepcionales, a contar desde la recepción del proyecto (artículo 76 RGCE).

posesión y de la disposición real de los terrenos necesarios para la normal ejecución del contrato, así como la viabilidad del proyecto (artículo 81 RGCE) (39).

Lógicamente, son a cargo del Estado la expropiación y el pago de los terrenos y bienes que haya de ocupar la obra, de acuerdo con la cláusula 30 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, aprobado por Decreto 3854/70, de 31 de diciembre (40).

(39) Según el Reglamento General de Contratos del Estado, sin la unión de esta certificación, no se podía, de manera alguna, continuar la tramitación del expediente, incurriendo en responsabilidad si, a pesar de su omisión, se acordaba o autorizaba la apertura del procedimiento de adjudicación o la contratación en su caso (artículo 85 RGCE).

Su importancia llegaba a tal extremo que el Consejo de Estado, en su dictamen número 39.578 de 22 de mayo de 1975, estimaba que no se trataba de un mero requisito formal que pudiera ser subsanado posteriormente, y su omisión provocaba la nulidad de todos los trámites administrativos posteriores.

Pero el artículo 7 de la Ley 5/83, con el objeto de agilizar los expedientes de contratación, dispuso que se podía dispensar del requisito previo de la disponibilidad de los terrenos, sin perjuicio de que la ocupación efectiva de aquéllos no se realizase hasta que no se hubiese formalizado el acta de ocupación.

Por su parte, el Consejo de Estado entendió que se debía denegar la adjudicación definitiva por infracción del ordenamiento jurídico cuando se hubiese incumplido lo previsto en el artículo 85 RGCE sobre el acta de replanteo y sobre la certificación relativa a la posesión y disponibilidad de los terrenos y la viabilidad de la ejecución de las obras (dictamen núm. 51.702 de 14 de abril de 1988).

La nueva Ley es terminante al calificar al replanteo de requisito *indispensable* para la convocatoria de licitación, en procedimientos abiertos y restringidos, y para la adjudicación, en procedimientos negociados, con lo que la vigencia de la citada Ley 5/83 es más que dudosa, interpretación que se encuentra avalada por la reciente reforma de la LCAP. En efecto, en la primera reforma que ha sufrido la nueva Ley de Contratos, por Ley 9/96, de 15 de enero, se ha establecido, con el fin de agilizar los expedientes de contratación relativos a "obras de infraestructuras hidráulicas y de transportes", que se dispensará en los mismos del requisito previo de disponibilidad de los terrenos previsto en el artículo 129 LCAP, sin perjuicio de que la ocupación efectiva de aquéllos no se realice hasta que se haya formalizado el acta de ocupación (Disposición Adicional Segunda). Si la Ley 5/83 todavía estuviera en vigor, habría sido innecesaria la modificación expuesta.

(40) Polémico es el tema de la licencia municipal de obras. No cabe duda que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 242 y 244 del Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, los actos de edificación y de uso del suelo y el subsuelo que se promuevan por órganos de las Administraciones públicas, están sujetos a licencia municipal, correspondiendo a la Administración solicitar tal licencia (STS de 16 de septiembre de 1988 y dictamen del Consejo de Estado núm. 1.093, de 3 de octubre de 1991), afirmando la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 29/75, de 24 de septiembre que "la obtención de la licencia municipal que legitime la construcción constituye obligación de la Administración contratante a los fines de la viabilidad del proyecto".

Ahora bien, el pago de la tasa municipal que se devenga por la obtención de tal licencia debe ser satisfecha por el contratista, y no por la Administración, pues la Administración,

D. *Orden de Inicio o de Proceder*

Debe ser emitida por el Organismo de Contratación.

Son Organismos de Contratación en la Administración General del Estado, según la nueva Ley, los Ministros y los Secretarios de Estado (41), aunque es admisible la desconcentración y la delegación (42).

En el Ministerio de Defensa, se inician por Orden de Proceder del Ministro, del Secretario de Estado de la Defensa o del Secretario de Estado de Administración Militar, los expedientes relativos a los convenios y contratos comprendidos en el apartado I del artículo 3.º del Real Decreto 1904/95. Los demás expedientes se inician mediante orden del Organismo de Contratación correspondiente (artículos 1.º y 2.º de la Orden 8/96).

El Organismo de Contratación necesita autorización del Consejo de Ministros en los siguientes supuestos (artículo 12.2 LCAP):

a) Cuando el presupuesto sea igual o superior a 2.000 millones de pesetas.

b) En los contratos de carácter plurianual cuando se modifiquen los porcentajes o el número de anualidades legalmente previsto a los que se refiere el artículo 61 de la Ley General Presupuestaria (43).

E. *Certificado de existencia de crédito y/o de compromiso de crédito (artículo 68.2 LCAP)*

Estos documentos son denominados en la actualidad “Retención de créditos pendientes de utilización” (cuando se refiere al ejercicio actual) y

al elaborar el presupuesto, ya tuvo en cuenta el importe de tal tasa, conforme a lo dispuesto en el artículo 68 RGCE. Como afirma NUÑEZ MUNAIZ, “la Administración ya paga la tasa al pagar el precio del contrato” (para un completo estudio sobre el tema v. NUÑEZ MUNAIZ, “Contrato administrativo y licencia municipal de obras”, Cuadernos Jurídicos, núm. 29, pp. 27 y ss.).

(41) Novedad la inclusión de esta última Autoridad.

(42) V. Real Decreto 1904/95, de 24 de noviembre, de desconcentración de facultades en materia de convenios y contratos administrativos en el ámbito del Ministerio de Defensa (desarrollado por la Orden 8/96), y las Ordenes 9/96, 11/96, 12/96 y 13/96, todas de 17 de enero, de delegación de facultades en materia de convenios y contratos administrativos de, respectivamente, autoridades del Organismo Central del Ministerio de Defensa, autoridades del Ejército de Tierra, autoridades de la Armada y autoridades del Ejército del Aire. Posteriormente ha sido publicada la Orden 84/96, de 21 de mayo, por la que se delegan competencias en materia de convenios, contratos, administración de créditos y gastos.

(43) Es decir, cuando se superen los cuatro ejercicios posteriores a aquel en que se inicia el contrato, o los porcentajes, respectivos, de 70, 60, 50 y 50 por 100, en los términos establecidos en el referido precepto.

“Retención de créditos para ejercicios posteriores” (cuando se refiere a ejercicios posteriores). En el supuesto de contratos plurianuales, deberán existir ambos documentos.

Es de destacar que la inexistencia de consignación presupuestaria previa, provoca la nulidad de pleno derecho del contrato (STS de 31 de enero de 1990 y dictamen del Consejo de Estado núm. 51.698 de 25 de febrero de 1988).

F. *Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (artículo 50 LCAP)*

Su aprobación corresponde al Órgano de Contratación (artículo 50.2 LCAP), y en este documento se incluyen los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato (artículo 50.1 LCAP), tratándose de uno de los actos preparatorios de carácter inexcusable (dictamen del Consejo de Estado núm. 44.455 de 29 de julio de 1982).

Y, como ha manifestado reiteradas veces el Tribunal Supremo, es la “ley del contrato” (SSTS de 10 de diciembre de 1985, 9 de noviembre de 1986, 9 de julio de 1988, 21 de enero de 1994, 21 de septiembre de 1994...), si bien, como especifica en otras muchas sentencias, ha de entenderse tal expresión en el sentido de que se trata de un poder normativo *inter partes*, pero *subordinado* al ordenamiento jurídico, sin que pueda contener pactos o condiciones contrarios al mismo (SSTS de 9 de diciembre de 1982, 7 de julio de 1986, 21 de diciembre de 1988, 7 de junio de 1989, 25 de julio de 1989 y de 31 de octubre de 1994; también dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 10 de mayo de 1991 y de 23 de diciembre de 1993).

El contenido del Pliego es el siguiente:

a) Definición del objeto del contrato, con referencia al proyecto, y mención expresa de los documentos del proyecto que revistan carácter contractual (44).

(44) En el artículo 82 RGCE se establece que obligatoriamente tendrán carácter contractual los planos, el Pliego de Prescripciones Técnicas y los cuadros de precios. La LCAP dota de tal carácter también a la memoria, “en las condiciones que reglamentariamente se determinen” (artículo 124 LCAP); tal naturaleza evitará los múltiples problemas que se planteaban en la práctica anterior en cuanto al valor contractual o no de la memoria (v. SSTS 19 de febrero de 1975 y 22 de abril de 1987).

- b) Presupuesto, y si existen varias anualidades, su distribución.
- c) Constancia expresa de la existencia de los créditos precisos para atender a las obligaciones económicas que se derivan para la Administración por el cumplimiento del contrato.
- d) Plazo total de ejecución del contrato, así como, si lo estima la Administración, de los plazos parciales (o referencia de si se fijarán en la aprobación del programa de trabajo), indicando, en su caso, cuáles darán lugar a recepciones parciales (45).
- e) Derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato, con especial referencia al régimen de pagos.

Por lo que se refiere al pago del precio, la nueva Ley ha introducido importantes reformas, con el objeto de salvaguardar los intereses económicos del contratista, ante la frecuente demora de la Administración en el abono del precio.

Es de destacar que la Administración, a los efectos del pago, debe expedir mensualmente certificaciones que comprenden la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, salvo que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares disponga otra cosa (46) (artículo 145 LCAP).

En el caso de que la Administración no abonase el importe de la certificación dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su expedición, deberá abonar al contratista, *a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses*, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, de la cantidad debida (artículo 100.4 LCAP) (47).

(45) Podrán ser objeto de recepción parcial aquellas partes de obra susceptibles de ser ejecutadas por fases que puedan ser entregadas al uso público, según lo establecido en el contrato (artículo 147.5 LCAP). También deberá recogerse en el Pliego, si lo estima la Administración, la posibilidad de devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía definitiva (artículo 48.2 LCAP).

(46) Estos abonos tienen el concepto de pagos a buena cuenta (v. artículo 100.2 LCAP), sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, y sin suponer, en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden (artículo 145 LCAP).

(47) El citado precepto soluciona los graves problemas interpretativos que provocaba el artículo 47 LCE (y artículo 144 RGCE), a cuyo tenor “si la Administración no hiciese el pago al contratista de las certificaciones dentro de los tres meses siguientes a la fecha de aquéllas, deberá abonar al mismo, *a partir de aquella fecha*, el interés legal de las cantidades debidas, siempre que aquél intime por escrito el cumplimiento de la obligación”.

Dos cuestiones esenciales se planteaban a la hora de interpretar el artículo 47 LCE: cuál era el *dies a quo* para el cómputo de los intereses y qué valor debía darse al escrito de intimación.

Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista puede suspender el cumplimiento del contrato (48) (100.5 LCAP). Con esta medida se ha tratado de evitar el grave problema que se planteaba bajo la legislación anterior, y que podía llevar a la ruina al contratista, al tener este último que continuar la ejecución del contrato hasta su conclusión (pues en caso contrario incurría en causa de resolución imputable al mismo) aunque existieran certificaciones pendientes de cobro. Ahora

a) En cuanto al primer problema, surgieron en la doctrina y en la jurisprudencia tres posturas:

- los intereses se deben abonar a partir de la fecha de la certificación;
- los intereses se deben abonar a partir de la fecha de la intimación;
- los intereses se deben abonar a partir de los tres meses siguientes a la fecha de la certificación.

Esta última postura ha sido la que ha prevalecido en los últimos años (v. SSTs de 17 de mayo de 1977, 18 de octubre de 1977 y 9 de febrero de 1982, y el informe 13/84, de 19 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa). No obstante, todavía en época reciente podemos encontrar autores que afirman que los intereses se deben abonar desde la fecha de la certificación (v. JURISTO SÁNCHEZ, *La ejecución del contrato de obra pública, ob. cit.*, p. 445; este autor cita en apoyo de su postura la STS de 22 de enero de 1975), o sentencias que postulan como fecha inicial la de la intimación (v. STS de 11 de marzo de 1987).

b) En cuanto al segundo problema, valor de la intimación, es de destacar que los contratistas, frecuentemente, reclamaban los intereses una vez abonado el importe de la certificación, entendiéndose por el Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, que la *simple petición de intereses* una vez realizado el cobro de la certificación, no podía considerarse como *intimación al pago*, ya que precisamente lo que exigía el artículo 47 LCE era la intimación por escrito del cumplimiento de la *obligación*, es decir, que se exigiese formalmente el abono de la deuda vencida, esto es, de la certificación, cosa que únicamente se podía realizar, evidentemente, antes de que se procediese a su pago. Como afirmaba la STS de 22 de enero de 1975, “es la conjunción del retraso y la intimación la que constituye en mora y comporta, en consecuencia, la especial responsabilidad”.

Pero en los últimos años esta doctrina fue combatida, calificándose a la intimación de requisito formal consecuentemente con el principio dispositivo en la exigencia de sus derechos que tienen los acreedores y que provoca la actuación administrativa en el caso de que la Administración voluntariamente no los hubiera reconocido y satisfecho, pero “no es la intimación del acreedor condicionante constitutiva de la mora” (STS de 3 de octubre de 1987, 10 de octubre de 1987, 20 de mayo de 1988, 27 de mayo de 1988, 30 de mayo de 1988, 21 de febrero de 1989, 23 de mayo de 1989...).

Hoy día, las dos cuestiones se encuentran resueltas: los intereses se abonarán a partir de los dos meses siguientes a la fecha de la certificación, y no se exige intimación.

Ahora bien, que no se exija intimación en el sentido propio de la palabra, no significa que no sea precisa una reclamación del contratista en solicitud de los pertinentes intereses, reclamación (que no intimación) con el valor de mero *requisito formal* que implica que el contratista no renuncia al abono de los intereses (dado que cabe la renuncia tácita a los mismos).

(48) Si bien deberá *comunicar* a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión.

bien, un plazo de cuatro meses, aunque razonable, puede ser excesivamente corto en el caso de certificaciones emitidas en los últimos meses del año natural. La experiencia nos demuestra que, problemas presupuestarios, provocarán que su abono se realice muy iniciado el año siguiente.

Y para una mayor garantía de los derechos económicos del adjudicatario, el artículo 100.6 LCAP preceptúa que si la demora fuese superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho a la resolución del contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ellos se le originen.

f) Causas especiales de resolución del contrato. Es de destacar que la nueva Ley, a diferencia de la anterior, establece unas causas de resolución comunes a todos los contratos (artículo 112 LCAP) y unas causas específicas de cada figura contractual, recogiendo las del contrato de obras en el artículo 150 LCAP. Pues bien, además de esas causas generales y específicas, puede la Administración establecer causas especiales en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

g) Penalidades administrativas. Tales penalidades se encuentran recogidas en el artículo 96.3 LCAP, precepto que mantiene, en esencia, las del artículo 138 RGCE (49), redactado hace veinte años, desaprovechando la oportunidad de aumentar las cuantías, de acuerdo con los tiempos actuales, como garantía en favor de la Administración del cumplimiento en plazo del contrato.

h) Plazo de garantía, que no podrá ser inferior a un año, salvo casos especiales (artículo 147.3 LCAP).

i) Procedimiento y forma de adjudicación del contrato, debiendo justificarse en el expediente la elección del procedimiento y forma utilizados (artículo 76.2 LCAP).

j) Clasificación del contratista, si el presupuesto es igual o superior a 20.000.000 pts. (artículo 25.1 LCAP). Es decir, deberá indicarse el grupo, subgrupo y categoría pertinente.

Para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad Europea, será suficiente que acrediten, en su caso, su solvencia económica, financiera y técnica, conforme a los artículos 16 y 17 LCAP, así como su inscripción en un Registro profesional o comercial en las condiciones previstas por la legislación del Estado donde estén establecidos (artículo 25.2 LCAP).

(49) Sólo aumenta la sanción en el caso de contratos por importe de 250.000.001 pts. a 500.000.000 pts., que pasa de 50.000 pts. diarias (cuantía de multa que desaparece en la nueva Ley) a 75.000 pts. diarias.

No obstante, el Consejo de Ministros puede autorizar, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la contratación con personas que no estén clasificadas, cuando así sea conveniente a los intereses públicos (artículo 25.3 LCAP). Evidentemente, tal precepto será de muy escasa aplicación en los contratos de obras.

k) Garantías provisionales (2 por 100 del presupuesto) y definitivas (4 por 100 del presupuesto), o, en su caso, complementarias (hasta un 6 por 100), a prestar por los contratistas (50).

El Organismo de Contratación puede dispensar en el Pliego de la prestación de la garantía provisional a las empresas clasificadas si la cuantía del contrato es inferior a 799.822.917 pts., IVA excluido (artículo 36.2 LCAP) (51).

m) Fórmula o sistema de revisión del precio, en su caso (artículo 104.3 LCAP), materia en que las novedades también son destacables.

n) Porcentaje máximo que se permite subcontratar (artículo 116.2.b LCAP). Si no se fija porcentaje alguno, el contratista podrá subcontratar, previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 116 LCAP, hasta un porcentaje no superior al 50 por 100.

o) Prevención de que en el importe ofertado por los contratistas se entenderá incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (52).

p) Posibilidad (excepcional) de reducir hasta 5 unidades la referencia porcentual de 10 unidades establecida en el artículo 109 RGCE (artículo 23 R.D. 390/96)

q) En el procedimiento restringido, deberán figurar los criterios objetivos con arreglo a los cuales se cursarán las invitaciones a participar en el procedimiento (artículo 92.1.a LCAP).

r) Expresa sumisión a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y demás normas de contratación, y al Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado (53).

(50) El término “fianza” de la vieja legislación ha sido sustituido por “garantía”.

(51) Cuantía conforme con la Orden de 11 de abril de 1996, que ha variado las cifras contenidas en la LCAP, de acuerdo con lo dispuesto en su Disposición Adicional Segunda, para el período comprendido entre 1 de enero de 1996 y 31 de diciembre de 1997.

(52) En las páginas siguientes, volveremos sobre este tema.

(53) En cuanto al contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, expresó el Consejo de Estado en su dictamen número 43.755, de 5 de noviembre de 1981, “el Pliego (de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de suministros del Ministerio de Defensa) sometido a consulta ha tenido buen cuidado de no incluir entre sus cláusulas normas de carácter legal o reglamentario que sean de derecho necesario. El Consejo de Estado, con ocasión del proyecto de Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de Obras del Estado, ya señaló que no debieran incluirse en

Si se pretende incluir en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares estipulaciones contrarias al Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, deberá informar, con carácter previo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (54) (artículo 51 LCAP).

G. *Informe de la Asesoría Jurídica (artículo 50.4 LCAP)*

La Asesoría Jurídica debe informar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (artículo 50.4 LCAP), salvo que el Organismo de Contratación haya establecido modelos tipo (artículo 50.3 LCAP) (55).

H. *Fiscalización del gasto (artículo 68.2 LCAP)*

Deberá ser realizada por la Intervención competente.

I. *Aprobación del expediente y de la apertura del procedimiento de adjudicación (artículos 68 y 70 LCAP)*

Una vez completado el expediente, el Organismo de Contratación dictará resolución motivada aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación.

Tal resolución comprenderá también la aprobación del gasto y del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

el Pliego, entonces dictaminado, normas de derecho necesario, habida cuenta de que *'el Pliego tiene carácter dispositivo, de forma que sus cláusulas pueden quedar sin efecto por prescripciones contrarias del Pliego de Condiciones Particulares'*; razón por la que entonces se entendió que no debían recogerse preceptos de la Ley o del Reglamento que pudieran estimarse modificados por prescripciones contrarias de los Pliegos de Cláusulas Particulares”.

(54) Si no concurre el citado informe, y existe contradicción entre el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, prevalece el primero (STS 23 de noviembre de 1991).

(55) Dentro del Ministerio de Defensa, la Orden 46/87, de 27 de julio, modificada por la Orden 24/88, de 18 de marzo, aprobó los modelos tipo de cláusulas administrativas particulares para el contrato de obras, si bien en la actualidad, debido a las reformas introducidas por la nueva legislación, se encuentran desfasados, por lo que todos los Pliegos, hasta que no se aprueben nuevos modelos tipo, deben ser informados por la Asesoría Jurídica del Organismo de Contratación.

Es de destacar que la facultad de establecer modelos tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares no ha sido desconcentrada por el Ministro y los Secretarios de Estado (artículo 3 del Real Decreto 1904/95, de 24 de noviembre).

1.2. Fase externa

A. Anuncios

En el Boletín Oficial del Estado (56) en todo caso (57), y en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (58) cuando supere la cantidad de 799.822.917,— pesetas, IVA excluido (59) (artículo 79 y 135.2 LCAP); no obstante, también puede publicarse el anuncio, aunque el contrato no supere dicha cuantía, con carácter voluntario (artículo 79.3 LCAP).

Para el cálculo de tal cifra se tendrá en cuenta, además del valor de la obra, el de los suministros necesarios para su ejecución puestos a disposición del empresario por parte de la Administración (artículo 135.3 LCAP).

En cuanto al contenido del anuncio (extremo no contemplado en la ley), se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 24 R.D. 390/96 (60).

B. Selección de los licitadores (sólo en el procedimiento restringido)

A los contratistas se les debe conceder el siguiente plazo mínimo para presentar las solicitudes de participación (artículos 79.2, 138.1 y 138.2 LCAP):

- Si no existe publicidad comunitaria, catorce días desde la fecha de la publicación del anuncio en el BOE.
- Si existe publicidad comunitaria, treinta y siete días desde la fecha del envío del anuncio al DOCE (61); puede reducirse a quince días en casos de urgencia.

Las solicitudes de participación deberán ir acompañadas de la documentación que acredite la personalidad del empresario y, en su caso, su representación, la clasificación o el cumplimiento de las condiciones de solvencia económica, financiera y técnica que se determinen en el anuncio (artículo 92.1.c LCAP).

(56) En adelante, BOE.

(57) Salvo, claro está, las obras menores, que no se ajustan al procedimiento que estamos examinando.

(58) En adelante, DOCE.

(59) En el caso de obras divididas en lotes, deberá tenerse en cuenta el artículo 136 LCAP.

(60) Sobre la responsabilidad de la Administración por anuncio defectuoso, v. STS de 12 de noviembre de 1991.

(61) El envío del anuncio al DOCE debe preceder a cualquier otra publicidad.

El Organo de Contratación, una vez comprobada la documentación administrativa, seleccionará a los concurrentes (62), de acuerdo con los criterios objetivos establecidos en el Pliego, e invitará a los admitidos, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que en cada caso se señale en la propia invitación (que no podrá ser inferior al que fija la propia Ley, y que veremos en el próximo apartado). En el escrito de invitación se indicará al candidato el lugar, día y hora de la apertura de proposiciones.

C. *Presentación de proposiciones*

En el procedimiento abierto, el plazo mínimo para la presentación de proposiciones es el siguiente (artículo 79.2 y 137 LCAP).

- Si no existe publicidad comunitaria, veintiséis días desde la fecha de publicación del anuncio en el BOE.
- Si existe publicidad comunitaria, cincuenta y dos días desde la fecha del envío del anuncio al DOCE; se reduce a treinta y seis días si se ha producido el anuncio indicativo del artículo 135.1 LCAP (63).

En el procedimiento restringido, los seleccionados podrán presentar proposiciones dentro del plazo que fije la invitación, que será, como mínimo (artículos 79, 138.2 y 138.3 LCAP):

- Si no existe publicidad comunitaria, veintiséis días desde la fecha del envío de la invitación escrita.
- Si existe publicidad comunitaria, cuarenta días desde la fecha del envío de la invitación escrita; se puede reducir a veintiséis días si se hubiese publicado el anuncio indicativo del artículo 135.1 LCAP; en casos de urgencia podrá reducirse a diez días.

Las proposiciones se ajustarán al modelo que establezca el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Serán secretas hasta la licitación

(62) Es de destacar que el Organo de Contratación puede señalar en el anuncio el número máximo y mínimo de empresas que pretende invitar a licitación. La cifra más baja no será inferior a cinco y la más alta superior a veinte (artículo 92.1 LCAP).

(63) Tal anuncio supone una novedad en nuestra legislación. Dispone, en efecto, el artículo 135.1 LCAP que “*en cada ejercicio presupuestario, los órganos de contratación darán a conocer, mediante un anuncio indicativo, las características básicas de los contratos de obras que tengan proyectado celebrar en los próximos doce meses, cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación que apliquen y cuyo importe, con exclusión del IVA, sea igual o superior a 799.822.917 pesetas*”. Ahora bien, para que este anuncio surta los efectos de reducir los plazos, deberá haberse publicado en el plazo comprendido entre cuarenta días y doce meses de antelación.

pública y su presentación presume la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad del Pliego, sin salvedad alguna (64).

Se entenderá siempre que los licitadores, al formular sus propuestas económicas, han incluido dentro de la misma el IVA, que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda, en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe global contratado experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido (artículo 88.1 de la Ley 37/92, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido).

En el procedimiento abierto, las proposiciones deberán ir acompañadas, en sobre aparte, de los documentos que menciona el artículo 80.2 LCAP (65). En los procedimientos restringidos, los licitadores seleccionados no es necesario que, junto a su oferta, acompañen todos los documentos que recoge el indicado precepto, porque ya los presentaron en la fase de selección (66).

D. *Calificación de la documentación administrativa presentada (artículo 101 RGCE)*

Corresponde a la Mesa de Contratación, que estará constituida por (artículo 82.1 LCAP y 22 R.D. 390/96) (67):

- a) Un Presidente.

(64) Como expresó el Consejo de Estado, "la obligación de cumplir las determinaciones del pliego particular no depende de la realidad subjetiva de que éste sea debidamente conocido por el adjudicatario" (dictamen núm. 48.824 de 10 de abril de 1986).

(65) Son estos documentos:

- a) Los que acrediten la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación.

- b) Los que acrediten la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica.

- c) Una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar conforme a los artículos 15 a 20.

- d) Resguardo acreditativo de la garantía provisional.

- e) Para las empresas extranjeras, la declaración de someterse a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.

- f) Los que acrediten hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

(66) Salvo, claro está, el documento acreditativo de la constitución de la garantía provisional, que deberán aportarlo ahora.

(67) Sobre incorrecta composición de la Mesa, v. dictamen del Consejo de Estado núm. 46.211 de 7 de junio de 1984.

b) Un mínimo de tres Vocales, designados por el Organismo de Contratación; entre los Vocales deben figurar necesariamente un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del Organismo de Contratación, y un Interventor (68).

c) Un Secretario designado por el Organismo de Contratación entre los funcionarios del propio Organismo de Contratación, o, en su defecto, entre el personal a su servicio (69).

La designación podrá hacerse con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de uno o más contratos. Si es permanente o se le atribuyen funciones para una pluralidad de contratos, su composición deberá publicarse en el BOE (70).

El Presidente de la Mesa ordenará la apertura de los sobres relativos a la documentación administrativa, y el Secretario certificará los documentos que contiene cada uno de ellos. Si la Mesa observa defectos materiales en la documentación, podrá conceder, si lo estima conveniente, un plazo no superior a tres días para que el licitador subsane el defecto (71).

Entre estos defectos materiales se pueden citar, como ejemplos más habituales, la presentación de los documentos en fotocopia simple (STS de 19 de enero de 1995: “la Administración, ante defectos meramente materiales en la documentación presentada, debe procurar su subsanación”). En cambio, no es subsanable, por ejemplo, la omisión de la cons-

(68) Obsérvese la diferencia con respecto al artículo 102 RGCE, en el que el Asesor Jurídico y el Interventor no eran calificados de Vocales.

(69) La Orden de 24 de octubre de 1979 (modificada por la Orden 81/89, de 16 de noviembre), de normas complementarias para la aplicación al Ministerio de Defensa del Reglamento General de Contratos del Estado, establece en su artículo 20 la siguiente composición:

- Un Presidente, que será un Oficial General o Jefe de cualquier Arma o Cuerpo.
- Dos Vocales Técnicos de la especialidad correspondiente a la obra objeto de licitación.

- Un Jefe u Oficial del Cuerpo Jurídico, como Asesor.

- Un Jefe u Oficial del Cuerpo de Intervención, como Delegado de la Intervención.

- Un Secretario, que será un Jefe u Oficial de Intendencia.

(70) En la Orden de 24 de octubre de 1979 se establecía lo siguiente: el Presidente y los Vocales serían nombrados por el Organismo de Contratación; el Secretario, por el Presidente; y el Asesor Jurídico y el Interventor por sus respectivos Jefes, de no contar el Organismo de Contratación con personal adscrito de dichos Cuerpos. Hoy día deberán realizarse las modificaciones oportunas, de acuerdo con expuesto en el texto.

(71) “Lo contrario supone colocarle en una posición de total y absoluta indefensión” (STS 14 de noviembre de 1989).

titución de la garantía provisional (informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 25/87, de 22 de diciembre). Pero sí, en cambio, es subsanable el hecho de no presentar el documento acreditativo de su constitución, si previamente se había constituido la garantía (SSTS de 29 de abril de 1981 y 4 de octubre de 1994). Como expresó la STS de 19 de enero de 1995, “la calificación de los documentos presentados, no es para que, ante cualquier observación, se rechace, sin más, a un determinado licitador: el acto de calificación de documentos mira a excluir las proposiciones de los empresarios *que no cumplan los requisitos esenciales e indispensables previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas*, exclusión que, en todo caso, debe responder a criterios objetivos”.

E. *Celebración del acto público de apertura de las proposiciones y propuesta de adjudicación*

La Mesa de Contratación ajustará su actuación a lo previsto en los artículos 103 y ss. RGCE (72), proponiendo al Organo de Contratación la adjudicación (73) del contrato al licitador que oferte el precio más bajo (74) (artículo 83.1 LCAP).

Terminado el acto, se procederá a la devolución de la documentación administrativa, así como de la garantía provisional (excepto al contratista propuesto como adjudicatario, según el artículo 36.3 LCAP), y se archivarán en el expediente todas las proposiciones económicas presentadas, salvo aquellos documentos sobre los que se haya formulado algún tipo de reclamación.

Si existe presunción de temeridad, será retenida la garantía a los empresarios comprendidos en la misma, así como al mejor postor de los que no lo estén, hasta que se dicte el acuerdo de adjudicación (artículo 36.4 LCAP).

La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del empresario propuesto, frente a la Administración, mientras no se le haya adjudicado el contrato por acuerdo del Organo de Contratación (artículo 83.2 LCAP).

(72) Sobre la posibilidad de que la Mesa solicite aclaraciones a los licitadores, v. STS 21 de junio de 1991.

(73) Ya no existe la distinción entre adjudicación provisional y definitiva.

(74) En el caso de que existan dos o más proposiciones iguales, que fueran las más ventajosas, se decidirá la adjudicación entre éstas mediante sorteo (artículo 105 RGCE).

F. *Adjudicación por el Organo de Contratación (artículo 84 LCAP)*

La adjudicación perfecciona el contrato (artículo 54 LCAP), contrato que solo existe y obliga desde ese momento (STS de 14 de diciembre de 1993).

El Organo de Contratación deberá adjudicar el contrato en el plazo máximo de veinte días a contar desde el día siguiente al de la apertura de las ofertas en acto público. Si no se lleva a cabo en tal plazo, el empresario tiene derecho a retirar su proposición (si no lo hace, se entiende que mantiene la oferta en sus propios términos: STS de 7 de abril de 1989) y a que se le devuelva o cancele la garantía que hubiese prestado.

El Organo de Contratación adjudicará el contrato conforme a la propuesta de la Mesa (75), salvo en los casos siguientes (artículo 84.2 LCAP):

a) Si la Mesa ha efectuado la propuesta con infracción del ordenamiento jurídico (76).

b) Si el Organo de Contratación presume fundadamente que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias (77).

(75) “La doctrina tradicional ha puesto de relieve el automatismo de la subasta, caracterizada por el principio de adjudicación necesaria, de suerte que siempre que las ofertas sean conformes a los pliegos resulta ineludible la adjudicación al mejor postor” (STS de 1 de junio de 1987).

(76) En tal supuesto, la convocatoria queda sin efecto. No obstante, si la infracción afecta únicamente al licitador propuesto como adjudicatario, el Organo de Contratación adjudicará el contrato, previo informe de la Asesoría Jurídica, al siguiente licitador no afectado por la infracción.

(77) En estos casos se solicitará informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando las circunstancias así lo aconsejen.

El Organo de Contratación notificará la presunción de temeridad a los interesados, y dispondrá de cuarenta días desde el siguiente a la apertura de las ofertas para proceder a la adjudicación.

El carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan reglamentariamente (por lo que, de momento, está en vigor el criterio que contiene el artículo 109 RGCE, con la matización contenida en el artículo 23 R.D. 390/96), y su declaración requiere previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

A la vista de estos informes se acordará la adjudicación a la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción por la Administración —en cuyo caso el adjudicatario debe prestar una garantía definitiva, no del 4 por 100, sino por el importe total del contrato adjudicado (artículo 37.4 LCAP)— y, en su defecto, al mejor postor no incurso en temeridad, justificando su decisión ante el Comité Consultivo para los Contratos Públicos de la Comisión de la Comunidad Europea si el anuncio se ha publicado en el DOCE.

En cuanto a la legitimación para recurrir la adjudicación, sólo se reconoce a los que han participado en la licitación, no a terceros ajenos al procedimiento; así la STS de 30 de mayo de 1994 expresó que “no es posible combatir el resultado final de un procedimiento en el que no se ha sido parte ni se ha comparecido, puesto que el concepto de interesado comporta, entre otros aspectos, la participación, no la pasividad; de manera que sólo deben estimarse legitimados para alzarse contra la adjudicación quienes presentaron proposiciones”.

G. *Notificación de la adjudicación (artículo 94.1 LCAP)*

La adjudicación debe ser notificada a todos los participantes en la licitación.

Los licitadores podrán solicitar al Organismo de Contratación que les comunique los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y las características de la proposición del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor (artículo 94.5 LCAP). El Organismo de Contratación dispone de quince días hábiles, a partir de la recepción de la solicitud, para llevar a cabo tal comunicación, que puede omitir si concurren las circunstancias expresadas en el artículo 94.4 LCAP.

H. *Constitución por el adjudicatario de la garantía definitiva (artículos 37 y 55.2 LCAP)*

Por un importe del 4 por 100 del presupuesto del contrato, a disposición del Organismo de Contratación (artículo 37 LCAP).

El plazo para la constitución es de quince días hábiles, a contar desde la notificación de la adjudicación; si no se constituye en el referido plazo por causas imputables al adjudicatario, la Administración declarará resuelto el contrato (artículo 42.1 LCAP).

I. *Documento administrativo de formalización del contrato (artículo 55 LCAP)*

Sin la previa formalización del contrato, no se puede iniciar su ejecución (artículo 55.4 LCAP) (78).

El contrato debe formalizarse en documento administrativo en el plazo de treinta días a contar desde el día siguiente al de la notificación de

(78) Sólo se permite en los casos de tramitación urgente y de emergencia.

la adjudicación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier Registro público (79). No obstante, se puede elevar a escritura pública, a instancia del adjudicatario, siendo a su costa los gastos que se deriven de su otorgamiento (artículo 55.1 LCAP).

¿Qué ocurre si no se formaliza? ¿No existirá contrato? Evidentemente, la respuesta es negativa, ya que el contrato existe desde la adjudicación (artículo 54 LCAP), sin que la formalización del contrato tenga carácter constitutivo (SSTS de 19 de abril de 1985, 29 de diciembre de 1986, 29 de diciembre de 1986 y 14 de diciembre de 1993).

En caso de contradicción entre el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y lo estipulado en el contrato, prevalece lo establecido en el Pliego (SSTS de 8 de marzo de 1989 y 25 de abril de 1990, dictamen del Consejo de Estado núm. 40.509 de 14 de octubre de 1976, informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 18/76, de 2 de julio, y 42/84, de 28 de febrero de 1985), sin que la prerrogativa de la Administración de interpretar los contratos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento autorice a imponer a la otra parte cláusulas no incluidas en el Pliego (STS de 9 de julio de 1988).

Si el contrato no se formaliza dentro del plazo señalado por la ley, debe distinguirse si ha sido debido a causas imputables al contratista o a la Administración:

a) Si ha sido por causas imputables al contratista, la Administración podrá acordar la resolución del contrato, previa audiencia del adjudicatario, y si éste formula oposición, informe del Consejo de Estado (artículo 55.3 LCAP) (80). Tal resolución tendrá los efectos de incautación de la garantía provisional y la indemnización de daños y perjuicios (medida desproporcionada si la comparamos con las consecuencias de cualquier resolución por causas imputables al contratista que se contiene en el artículo 114.4 LCAP).

(79) La Orden 46/87, de 27 de julio, aprobó el modelo tipo de documento administrativo para la formalización del contrato de obras en el Ministerio de Defensa.

(80) Es de destacar que si concurre la falta de formalización y la falta de constitución de la garantía definitiva, el contrato debe resolverse por esta última causa, por ser previa en el tiempo (dictamen del Consejo de Estado núm. 45.221 de 1 de junio de 1983), y, según reiterada doctrina del Consejo de Estado, expresada, entre otros muchos, en sus dictámenes de 28 de octubre de 1965, 14 de julio de 1971, 17 de marzo de 1983, 4 de julio de 1985 y 31 de enero de 1991, en el caso de que concurren varias causas de resolución respecto de un contrato, se aplicará *la primera que se haya perfeccionado en el tiempo*, y si posteriormente sobrevienen otras causas, éstas son ya irrelevantes.

b) Si ha sido por causas imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le puede ocasionar (artículo 55.3 LCAP), pudiendo solicitar la resolución del contrato (artículo 112.d LCAP).

J. Publicación de la adjudicación (artículo 94.2 LCAP)

En el plazo máximo de cuarenta y ocho días a contar desde la fecha de adjudicación del contrato, deberá publicarse la adjudicación:

- En el BOE, si el importe es igual o superior a 5 millones de pesetas.
- En el DOCE, si ha existido publicidad comunitaria.

Podrá omitirse dicho anuncio en los casos previstos en el artículo 94.4 LCAP.

K. Remisión del contrato al Tribunal de Cuentas (artículo 58 LCAP)

Dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, si la cuantía del contrato excede de cien millones de pesetas, el Organo de Contratación debe remitir al Tribunal de Cuentas, para el ejercicio de la función fiscalizadora, una copia certificada del documento de formalización del contrato y un extracto del expediente.

Igualmente se le deben comunicar las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos y extinción de tales contratos.

L. Remisión de información al Registro Público de Contratos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (artículos 59 y 94 LCAP)

Dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, el Organo de Contratación remitirá información sobre los contratos que reglamentariamente se determine a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a efectos del cumplimiento de la normativa internacional.

Asimismo, también se debe informar a tal Junta de los casos de modificación, prórroga o variación del plazo y extinción normal o anormal de dichos contratos.

2. PROCEDIMIENTO ABIERTO Y RESTRINGIDO. CONCURSO

Se adjudicarán por concurso aquellos contratos en los que la selección del empresario no se efectúa exclusivamente en atención a la oferta cuyo precio sea más bajo y, en particular, en los siguientes casos (artículo 86 LCAP):

a) Aquéllos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores.

b) Cuando el Organismo de Contratación considere que la definición de la prestación aprobada por la Administración es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas o por reducciones en su plazo de ejecución, a proponer por los licitadores.

c) Aquéllos para la realización de los cuales facilite la Administración materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.

d) Aquéllos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzado o cuya ejecución sea particularmente compleja.

2.1. Fase interna

La documentación es, en esencia, idéntica a la de la subasta, si bien el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares debe contener las siguientes particularidades:

a) Se deben establecer los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación (artículo 87.1 LCAP) (81).

Estos criterios se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya (artículo 87.2 LCAP).

No hace falta recordar la extrema importancia que alcanza el hecho de que los criterios se encuentren perfectamente determinados en el Pliego, pues en el concurso la Administración goza de una facultad discrecional (SSTS, entre otras muchas, de 4 de abril de 1988, 26 de diciembre de 1988, 1 de febrero de 1991, 17 de junio de 1991, 3 de octubre de 1991, 31 de octubre de 1994...), que no se puede convertir en pura arbitrariedad (v. informe

(81) El propio precepto recoge algunos criterios, sin propósito exhaustivo (v., relativo a la legislación anterior, STS 3 de octubre de 1991), si bien alguno de ellos no se podrá aplicar al contrato de obras, objeto de este trabajo.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa 22/88, de 4 de julio) (82). Y la única garantía de que ello no ocurra, es la perfecta determinación de los criterios objetivos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

b) Posibilidad de autorizar o no variantes o alternativas (artículo 88 LCAP).

c) En el caso de que no exista un presupuesto previo, la garantía provisional se determinará estimativamente por el Organo de Contratación (artículo 36.1 LCAP).

2.2. Fase externa

Las particularidades con respecto a la subasta son, en esencia, las siguientes:

a) En el acto público de apertura de las proposiciones, no puede llevarse a cabo la propuesta de adjudicación, ya que debe realizarse con carácter previo un informe técnico evaluando las proposiciones. A la vista de ese informe, la Mesa de Contratación elevará la propuesta que estime pertinente al Organo de Contratación, incluyendo la ponderación de los criterios objetivos (artículo 89.1 LCAP).

b) El Organo de Contratación tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, sin atender necesariamente al valor económico de la misma, aplicando los criterios objetivos fijados en el Pliego, o declarar desierto el concurso, motivando su resolución con referencia a los criterios de adjudicación que figuren en el Pliego (83).

c) El plazo máximo para la adjudicación es de tres meses, a contar desde la apertura de las proposiciones (salvo que se establezca otro en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares). Si no se lleva a cabo en

(82) Como tiene declarado el Tribunal Supremo, "ni aun en el caso de actos discrecionales, las facultades de la Administración son omnímodas, pues han de estar presididas por la idea del buen servicio al interés general" (STS 31 de octubre de 1994).

(83) Ahora bien, como hemos indicado anteriormente, no se puede convertir esta potestad discrecional de la Administración en la más pura arbitrariedad; y el único mecanismo para que ello no ocurra será una escrupulosa aplicación de los criterios objetivos que contiene el Pliego.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha rectificado su doctrina anterior en el sentido de que la Administración no dispone de una libertad absoluta para declarar desierto un concurso cuando existen licitadores que cumplen todos los requisitos exigidos al efecto (v. STS de 31 de octubre de 1994).

dicho plazo, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubiesen prestado (84) (artículo 90 LCAP).

3. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO

De acuerdo con la nueva legislación, se observa que en el procedimiento negociado *no hay forma de adjudicación*, es decir,

no tiene por qué adjudicarse a la proposición más económica (porque no admite la subasta) ni a la más ventajosa (porque no admite el concurso).

Entonces, ¿a quién hay que adjudicar? ¿Al que sea más “conveniente” para la Administración, tras la negociación? Pero más conveniente, ¿en qué sentido? ¿En base sólo al precio, como si fuera una subasta? ¿En base, también, a otros factores, como si fuera un concurso? ¿Se deberían recoger estos criterios determinantes en el Pliego? ¿Implicaría ello la necesidad de realizar, con carácter previo a las negociaciones, un Pliego? Si existe un Pliego, cosa que parece imprescindible (85) para que pueda haber, al menos, una “base” previa a la negociación, y luego se entra en negociación, ¿deberá modificarse el Pliego, de acuerdo con lo negociado, antes de formalizarse el contrato? Si no se modifica el Pliego, el contrato no se ajustaría al Pliego, por lo que el Pliego no podría formar parte integrante del contrato...

Ahora bien, este procedimiento plantea no solo los problemas expuestos. Uno de los más relevantes es el siguiente: ¿cuándo y cómo se lleva a cabo la negociación?

Ante la escasez de normas que presenta la Ley, dos posturas, perfectamente defendibles, podrían adoptarse al respecto:

a) *La negociación se lleva a cabo con uno o varios empresarios, con carácter previo a la adjudicación.*

(84) El licitador que no lo haga, se entiende que mantiene su oferta “en sus propios términos” (STS 7 de abril de 1989).

(85) Sobre la necesidad de que exista previamente, en *todo* contrato de obras, un Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, v. artículo 68 LCAP e informe 12/86, de 14 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Como decía el Consejo de Estado en su dictamen núm. 44.455, de 29 de julio de 1982, aunque referido a la contratación directa, pero estimamos plenamente en vigor, “la contratación directa (que exige concurrencia de ofertas) no excluye la *necesaria exigencia previa* del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, cuyo conocimiento es *indispensable* tanto para que las ofertas respondan a conocimiento de causa como para que la adjudicación signifique una determinación objetiva y causal”.

En apoyo de esta postura se encuentra el propio artículo 74.4 LCAP (“el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, *previa consulta y negociación* de los términos del contrato con uno o varios empresarios”), e incluso el propio título otorgado al procedimiento.

Ahora bien, tal postura tiene un grave inconveniente, y es que las negociaciones se pueden eternizar, con los perjuicios que ello causaría para el interés público, que requiere, en materia de contratación, una ágil y eficaz gestión, incluso por razones presupuestarias (86).

b) *La negociación se lleva a cabo una vez realizada la selección del posible adjudicatario.*

Esto es lo que da a entender el artículo 93.1 LCAP (“cuando se utilice el procedimiento negociado será necesario solicitar *la oferta* de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato... fijando con la seleccionada *el precio* del mismo”), en contradicción, al menos aparente, con el artículo 74.4 LCAP.

El artículo 93.1 LCAP da a entender que se solicitan ofertas a los contratistas, y luego se selecciona a uno, con el cual se negocia el precio. Pero, en tal caso, ¿no constaba ya el precio en su oferta? Entonces, ¿qué se negocia?

En la práctica, al menos en el contrato de obras, y con el fin de actuar con la mayor objetividad, los Organos de Contratación elegirán la segunda solución; pedirán ofertas, si ello es posible, a tres o más empresas, y adjudicarán al contratista más conveniente para la Administración, por el importe ofertado, sin negociación previa o posterior en cuanto al precio, con el fin de no “enturbiar” el procedimiento, con lo que nos encontramos, en realidad, y de nuevo, ante la contratación directa.

Este nuevo procedimiento, tan problemático, puede llevarse a cabo con o sin publicidad previa.

(86) No hay que olvidar que, conforme al artículo 63.1 del Real Decreto Legislativo 1091/88, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, “con cargo a los créditos del estado de gastos de cada presupuesto sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos en general que se realicen *en el año natural* del propio ejercicio presupuestario”.

Por otra parte, tampoco hay que olvidar el artículo 20 LCE, auténtica pesadilla para los Organos de Contratación, según el cual “la Administración realizará las actuaciones preparatorias con la antelación precisa, *a fin de que estén ultimadas en el curso del primer semestre de cada ejercicio, periodo durante el cual deberán normalmente adjudicarse los contratos...*”.

3.1. Procedimiento negociado con publicidad

Curiosamente, en el procedimiento negociado con publicidad, no recoge la Ley la posibilidad de publicación única en el BOE, sino que todo procedimiento negociado que por razón de su cuantía este sujeto a publicidad en el DOCE, también debe anunciarse en el BOE (artículo 79.1 LCAP).

Se llevará a cabo con publicidad en el BOE y en el DOCE, si la cuantía del contrato es igual o superior a 799.822.917 pesetas, IVA excluido, y concurre alguna de las siguientes circunstancias (artículos 79 y 140 LCAP):

a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos o restringidos sean irregulares o inaceptables, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato. En este caso, el Organismo de Contratación no publicará el anuncio si se incluyen en el procedimiento negociado a todos los licitadores que, con ocasión del anterior procedimiento abierto o restringido, hubiesen sido admitidos a la licitación.

b) Cuando las obras se realicen únicamente con fines de investigación, experimentación o perfeccionamiento y no con objeto de obtener una rentabilidad o de cubrir los costes de investigación o de desarrollo.

c) En casos excepcionales cuando se trate de obras cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global.

El plazo de recepción de solicitudes no será inferior a treinta y siete días a partir de la fecha del envío del anuncio, que se reducirán a quince en caso de urgencia (artículo 140.2 LCAP) (87).

(87) Obsérvese la contradicción entre el artículo 79.2 y el artículo 140.2 LCAP en cuanto al plazo para presentar solicitudes de participación. El plazo fijado en el artículo 79.2 se debe a que el legislador, como lo demuestra el Proyecto de ley, entendió que el procedimiento negociado con publicidad se anunciaba siempre en el BOE (para lo cual fijó el plazo mínimo de catorce días entre la publicación y la recepción de las solicitudes de participación), y, a partir de una determinada cuantía (5 millones de ECUS) también debía anunciarse en el DOCE (para lo cual fijó un plazo mínimo de treinta y siete desde el envío del anuncio para la recepción de las solicitudes de participación).

En el texto aprobado, la publicación en el DOCE vincula la publicación en el BOE, por lo que no cabe el supuesto de publicación obligatoria únicamente en el BOE. Por consiguiente, el plazo fijado para el procedimiento negociado en el artículo 79.2 carece de sentido, siendo el procedente el determinado en el artículo 140.2 LCAP (salvo, claro está, que entendamos que es posible, como no podía ser menos, la publicación meramente voluntaria en el BOE, cuando no se alcance la cuantía fijada en el texto, extremo no contemplado expresamente en la Ley).

3.2. Procedimiento negociado sin publicidad previa

Se llevará a cabo sin publicidad previa, pero solicitando oferta al menos a tres empresas, si ello fuera posible, en los siguientes supuestos (88) (89) (artículo 141 LCAP):

a) Cuando el contrato no llegare a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores, o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10 por 100 (90).

b) Cuando a causa de su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, la ejecución de las obras sólo pueda encomendarse a un determinado empresario.

c) Cuando una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el Organo de Contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución que no pueda lograrse por el procedimiento de urgencia regulado en el artículo 72 o por aplicación de los plazos de publicidad en el DOCE previstos para los casos de urgencia.

d) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto, ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas, siempre que su importe total no exceda del 20 por 100 del precio del contrato en el momento de la aprobación de dichas obras complementarias y su ejecución se confíe al contratista de la obra principal de acuerdo con los precios que rigen para el contrato inicial o que, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente (91).

(88) Estas circunstancias deberán justificarse en el expediente.

(89) Ahora bien, aunque no se anuncie el contrato, sí deberá anunciarse la adjudicación. La Ley no distingue si se deben publicar todas las adjudicaciones que se realicen a través de este procedimiento o sólo la de los contratos que han recibido publicidad previa. Por tanto, ante el silencio legal, deberán publicarse todas las adjudicaciones, de acuerdo con las normas generales (artículo 94.2 LCAP), salvo las excepciones del artículo 94.4 LCAP.

(90) En este supuesto, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 799.822.917 pesetas, IVA excluido, se remitirá un informe a la Comisión de la Comunidad Europea, a petición de ésta.

(91) Será necesario que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato principal sin causar inconvenientes mayores a la Administración o que, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento.

Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos mencionados habrán de ser objeto de contratación independiente.

c) Cuando se trate de la repetición de obras similares a otras adjudicadas por procedimiento abierto o restringido, siempre que las primeras sean conformes al proyecto base y se hayan incluido en el anuncio del citado procedimiento abierto o restringido y computado su importe para fijar la cuantía total del contrato (92).

f) Los declarados secretos o reservados 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. En este último supuesto, se requerirá declaración expresa de que concurre tal requisito, correspondiendo realizarla al titular del Departamento ministerial respectivo, sin que a estos efectos dicha competencia pueda ser delegada.

g) Los de presupuesto inferior a 5.000.000 de pesetas.

Ahora bien, es de destacar que las obras por un importe que no exceda de 5.000.000 pts. tienen la consideración de obras menores, y siguen una tramitación bastante más sencilla, por lo que los Organos de Contratación, ante obras por valor no superior a 5.000.000 pts., evidentemente acudirán a la tramitación del expediente como contrato menor, que les planteará muchos menos problemas que el procedimiento negociado (93) (94).

(92) Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de tres años a partir de la formalización del contrato inicial.

(93) El expediente de contratación estará compuesto por la siguiente documentación (artículo 57 LCAP): proyecto (si alguna norma específica así lo exige), presupuesto, aprobación del gasto y factura.

Es de resaltar que la Intervención General de la Administración del Estado, en informe de fecha 22 de septiembre de 1995, entiende que los contratos menores deberán adjudicarse por el procedimiento negociado, si bien no será necesario que se cumplimenten los trámites que se exigen con carácter general en el artículo 93 LCAP, puesto que prevalece el artículo 57 de la misma dado su carácter especial.

Tal criterio podría suponer la *paralización absoluta* de la Administración, al tener que "negociar" todo contrato, aunque tenga un presupuesto insignificante.

Por ello coincidimos plenamente con el criterio establecido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando afirma que "corresponde al Organo de Contratación, ante un contrato cuya cuantía permite calificarlo como menor y, al mismo tiempo, ser adjudicado por el procedimiento negociado sin publicidad, optar por el régimen simplificado del artículo 57 o por la tramitación completa del expediente y por la adjudicación, previa constitución de la Mesa de contratación y solicitud de ofertas, mediante el procedimiento negociado sin publicidad" (informes 40/95 y 13/96, ambos de 7 de marzo de 1996).

(94) Es de destacar el fácil error en que ha incurrido la mayoría de los autores. No coincide exactamente el importe del contrato menor y el del procedimiento negociado, ya que existe una diferencia de una peseta (en el contrato menor, *la cuantía no ha de exceder de 5.000.000 pts.*, mientras que en el procedimiento negociado, *el presupuesto ha de ser inferior a 5.000.000 pts.*).

Como afirma SANTIAS-VIADA, “aunque se entiende la finalidad de la reducción de cuantías para la utilización del procedimiento negociado que la Ley ha operado de manera drástica, tal reducción, aparte de hacer coincidir las cifras del procedimiento negociado con la de los contratos menores, sin que se alcance a comprender bien el alcance de tal coincidencia, ha de producir notable incremento en los trámites y gastos de la contratación (publicaciones en Diarios Oficiales, plazos de inexcusable cumplimiento, etc.), con perjuicio notable para pequeñas y medianas empresas, lo que induce a pensar que hubiera sido más ponderado elevar algo las cifras que recoge la Ley, sin merma de cumplir la finalidad perseguida de restringir la utilización del procedimiento negociado” (95).

VI. CONCLUSION

Como se ha podido observar a lo largo de estas páginas, las modificaciones introducidas por la nueva Ley con respecto a la legislación anterior son mínimas en lo que se refiere a la gestión del contrato. Precisamente la reforma ha sido muy importante en la fase siguiente, en la fase de ejecución, y también, por supuesto, en la última fase, en la extinción del contrato.

No obstante, el mayor problema lo plantea el nuevo procedimiento negociado. Es de esperar que un desarrollo reglamentario de mayor envergadura que el llevado a cabo por el R.D. 390/96 disipe las múltiples dudas que en estos momentos se les pueden presentar a los Organos de Contratación, ante tan escasa (e, incluso, contradictoria) regulación.

(95) PENDAS GARCÍA (coordinador), *Derecho de los contratos públicos*, ob. cit., p. 520.