

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS

LUIS MURILLO JASO

SUMARIO: — I. INTRODUCCIÓN. — II. NORMATIVA APLICABLE. — III. PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN: 1. Actuaciones preparatorias, formación del expediente de contratación; 2. Procedimientos de Adjudicación. A) Procedimiento abierto a adjudicar mediante subasta. B) Procedimiento abierto a adjudicar mediante concurso. C) Procedimiento restringido. D) Procedimiento negociado. E) Contratos menores. — IV. CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCIÓN

La Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP) ha supuesto una serie de cambios notables en el campo de la contratación administrativa.

El presente estudio tiene por objeto abordar la nueva normativa en el punto concreto de los procedimientos de adjudicación del contrato de obras.

Es incuestionable que el contrato de obras es el que más interés suscita entre todos los contratos administrativos, por una parte porque tradicionalmente se ha considerado su regulación como supletoria de la del resto de contratos administrativos, y, por otra, por la indudable importancia que tiene para la economía nacional, superior a la del resto de los contratos administrativos.

Forzosamente este estudio no puede ser completo dado que, en el momento en que se escriben estas líneas, todavía no se ha realizado un desarrollo reglamentario completo de la Ley, únicamente se ha publicado el Real Decreto 390/1996 de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Este Real Decreto desarrolla aspectos relativos a las Juntas de contratación, capacidad de las empresas, y garantías, fundamentalmente.

Por ello, en esta materia, relativa a los procedimientos de adjudicación, nos centraremos en las novedades que plantea la Ley que, en muchos casos, quedarán pendientes de su concreción en norma reglamentaria.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la Ley es de reciente publicación; una Ley de esta transcendencia requiere un periodo de aplicación largo para que se puedan analizar en profundidad todos los conflictos que conlleva su aplicación en la práctica.

Pese a todo lo anterior, que dificulta un estudio completo, la práctica administrativa en materia de contratación ha suscitado ya una serie de interpretaciones y problemas sobre los que es conveniente reflexionar.

II.- NORMATIVA APLICABLE

La LCAP parte de la idea de dar una regulación general válida para todos los contratos y, posteriormente, una regulación particular para cada uno de ellos.

En materia de procedimientos de adjudicación la LCAP los regula en el Capítulo VII del Título III (artículos 74-95), y, para el contrato de obra establece la regulación particular de los procedimientos de adjudicación en los artículos 135 a 141.

La LCAP parte de una filosofía distinta de la antigua Ley de Contratos. La antigua Ley desarrollaba extensamente el contrato de obras como una especie de contrato administrativo modelo, cuyas disposiciones eran supletorias de las particulares de cada contrato. Ahora la intención de la LCAP es que no haya un contrato modelo, se da una regulación común para todos y, posteriormente, la particular de cada contrato.

No obstante todo lo anterior, el contrato de obras siempre será un contrato modelo aun cuando sólo sea porque siempre ha sido y será el que más problemática suscite y por tanto mayor doctrina aplicable a toda la contratación administrativa. Sin embargo, resulta problemático que su regulación no haya sido declarada supletoria por la LCAP puesto que se observan lagunas en la regulación de los otros contratos administrativos. Ante esta situación, y dado que es necesario dar respuesta a las citadas lagunas, podría mantenerse no ya la teoría de la supletoriedad de la regulación del contrato de obras sino la de una interpretación integradora de la LCAP al objeto de dar cumplida respuesta a la falta de regulación de determinados aspectos en ciertos contratos. Dicha integración normativa llevaría a tomar criterios de la regulación más completa (la del contrato de obras) para dar solución a las carencias normativas que puedan plantearse.

En cuanto al concepto del contrato de obras, desde el punto de vista de la normativa aplicable, sigue siendo el mismo si se comparan el artículo 55 de la Ley de Contratos del Estado y el artículo 120 de la

Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Entendemos en todo caso que el concepto del contrato de obras nos viene definido por su objeto.

El art. 120 de la nueva ley se refiere a los contratos que tengan por objeto la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, y la reforma, reparación o demolición de los bienes definidos anteriormente.

Por otra parte y por lo que hace referencia a la normativa reglamentaria aplicable, la Disposición Derogatoria Unica apartado 1.b) establece:

«1.— Quedan derogadas las siguientes disposiciones:

.....

b) El Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, las disposiciones modificativas del mismo, en cuanto se opongan a lo establecido en esta Ley, y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953».

Esta Disposición deroga directamente el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y da una vigencia transitoria, en lo que no se oponga a la Ley, y en tanto no se apruebe el nuevo reglamento, al Reglamento General de Contratación del Estado.

Por otra parte está claro que la tendencia es sustituir el antiguo Reglamento General de Contratación por reglamentos de desarrollo parcial de la Ley, así el RD. 390/96. Esto en sí es problemático dado que nos encontramos con una multiplicidad de normas y bastantes confusiones a la hora de aplicar tan variada normativa.

En cualquier caso, hemos de señalar también la vigencia del Decreto 3845/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado, si bien, no será objeto de examen en el presente trabajo dado que se refiere a la ejecución de la obra y a otros aspectos del contrato distintos del procedimiento de adjudicación.

Respecto de este último Decreto citado entendemos que, aún cuando la Disposición Derogatoria Unica no haga referencia expresa al mismo, subsiste en todo aquello en lo que no se oponga a la Ley. Sostenemos esta opinión en base a lo establecido en la Disposición Derogatoria Unica apartado 2.

En cuanto al Derecho transitorio hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera, relativa al no reajuste de las actuaciones, que dispone:

«Los expedientes de contratación en curso en los que no se haya producido la adjudicación se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, sin que, no obstante, en ningún caso sea obligatorio el reajuste a la presente Ley de las actuaciones ya realizadas».

Esta Disposición es un tanto confusa pues los expedientes de contratación en curso, según la misma, se rigen por la nueva Ley pero no es obligatorio reajustar lo ya realizado, con lo cual pueden darse casos de incompatibilidad entre lo tramitado y lo que prevé la LCAP.

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (1) se refirió a los problemas que planteaba la Disposición Transitoria primera concluyendo que los contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la LCAP se regirán por la normativa anterior, que en los expedientes en curso, en que no se haya producido la adjudicación antes de la entrada en vigor de la Ley, se conservarán las actuaciones realizadas con arreglo a la anterior normativa salvo que resulten incompatibles con la LCAP, en este caso se considera conveniente el reajuste de actuaciones, si bien, no debería realizarse dicho reajuste, teniendo en cuenta la relevancia de la protección a la apariencia y buena fe de los licitadores, cuando con él se alterasen las condiciones de un contrato cuyas bases hubieran sido aceptadas mediante la presentación de proposiciones u ofertas por los interesados o cuando, aun no habiéndose presentado, fuera todavía posible hacerlo, después de la entrada en vigor de la LCAP, por no haber finado el plazo.

III.- PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

Hemos de distinguir dos fases en todo caso: actuaciones preparatorias, y procedimiento de adjudicación.

1.- Actuaciones preparatorias, formación del expediente de contratación

Esta fase lleva consigo, en primer lugar, una serie de actuaciones previas a la tramitación del expediente. Estas actuaciones se centran en la elaboración del proyecto de obras. El proyecto de obras ha de tener el contenido que establece el art. 124 de la Ley: la memoria, los planos de conjunto y de detalle, el pliego de prescripciones técnicas particulares donde se hace la descripción de la obra y se regula su ejecución, el

(1) Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 16 de junio de 1995.

presupuesto, el programa de desarrollo de los trabajos, y cuanta documentación se exija por la normativa vigente.

Una vez elaborado el proyecto e incorporado al expediente, tiene lugar la tramitación del mismo, dicha tramitación puede ser: ordinaria, urgente, de emergencia.

La tramitación ordinaria es la señalada por la Ley en sus artículos 68 a 70.

En cuanto a la tramitación de urgencia se establece para «...los expedientes de contratación cuya necesidad sea inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público».

La declaración de urgencia corresponde al órgano de contratación y ha de ser motivada.

En cuanto a las especialidades de esta tramitación fundamentalmente señalaremos, entre las establecidas en el art. 72 de la Ley, que los plazos para licitación y adjudicación del contrato se reducirán a la mitad.

Por otra parte, y en cuando a la tramitación de emergencia, hemos de señalar que nos podemos encontrar con un procedimiento de adjudicación basado en motivos excepcionales dado que lo que supone la tramitación de emergencia del expediente es la adjudicación de un contrato porque la Administración ha de «...actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional» (art.73).

En este caso nos encontramos con que el órgano de contratación «...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 parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente».

Dada la excepcionalidad del supuesto se prescinde incluso de la necesaria existencia de crédito presupuestario previo y suficiente (art. 68.2 de la Ley de Contratos, art.60 Ley General Presupuestaria, art. 38.2 Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, art. 154 Ley Reguladora de las Haciendas Locales). Entendemos que esta tramitación de emergencia ha de aplicarse con carácter restrictivo, cuando se aprecie claramente que se dan los presupuestos fácticos necesarios, catástrofes o calamidades a las que hay que hacer frente de modo rápido.

Sin embargo la referencia del art. 73 a las «necesidades que afecten a la defensa nacional» es sumamente amplia y puede dar lugar a

utilizar este procedimiento sin que se den los presupuestos de una situación catastrófica a la que hay que hacer frente de modo rápido, peligro que ha sido visto ya por algún sector de la doctrina (2).

También se prescinde de la formalización del contrato por escrito, se trata así de una excepción a la prohibición de la contratación verbal en el ámbito de los contratos de la Administración.

Dicha excepción viene recogida expresamente en el art. 56 de la Ley:

«La Administración no podrá contratar verbalmente salvo que el contrato tenga carácter de emergencia».

Estos son los tres modos de tramitar un expediente de contratación, no hemos hecho referencia de un modo exhaustivo a los mismos dado que no cambian tan apenas con respecto a la anterior regulación, únicamente hemos hecho referencia a aquellos aspectos que los singularizan y que nos parecen más interesantes.

Por último, señalar que la Ley 9/96 de 15 de enero, que modificó puntualmente la LCAP, estableció una norma para la agilización de expedientes de contratación relativos a obras hidráulicas. (D.A. Segunda)

En cuanto al contenido del expediente de contratación, haremos referencia en primer lugar al pliego de cláusulas administrativas particulares.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los pliegos, la doctrina se decanta por su naturaleza contractual, según algunos autores el contrato administrativo vendría a tener cierto paralelismo con las bases jurídico—privadas de la contratación por adhesión (3).

Los pliegos de cláusulas particulares (tanto el de cláusulas administrativas, como el de prescripciones técnicas) rigen el contrato y determinan los derechos de las partes, en caso de discrepancia entre el pliego y la escritura en que se formalice el contrato, prevalece aquél sobre ésta (Dictamen del Consejo de Estado de 8 de noviembre de 1973) (4).

(2) Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA, «Actuaciones relativas a la contratación: pliegos de cláusulas. Perfección y formalización. Actuaciones preparatorias y tramitación de los expedientes» en «Derecho de los contratos públicos» obra conjunta, dirigida por Benigno Pendás García. Editorial Praxis, 1995.

(3) Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA. Op. cit.

(4) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Curso de Derecho Administrativo». Tomo primero. Editorial Civitas, 7.ª Ed.

Sin embargo la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones generales es mucho más controvertida, Fernández Fontecha recoge las siguientes teorías como las más importantes (5):

1.— Por la primera, tales pliegos son condiciones o cláusulas tipo y de ahí la negación de su carácter de norma jurídica, cuya eficacia y obligatoriedad nace del propio contrato al amparo del artículo 1255 del Cc.

2.— La segunda teoría sostiene que son normas jurídicas, no imperativas sino permisivas o de derecho voluntario.

3.— La tercera sostiene una postura intermedia considerando los pliegos generales como normas internas de la Administración, imperativas para los funcionarios encargados de celebrar los contratos y con un contenido contractual para los contratistas.

La doctrina, sin embargo, se inclina más por entender que los pliegos generales tienen naturaleza contractual, y ello fundamentalmente porque pueden ser contradichos por los pliegos de condiciones particulares con determinados requisitos de orden formal, por tanto un sector doctrinal entiende que esta derogabilidad singular desmiente la naturaleza reglamentaria.

Independientemente de esta polémica doctrinal, a nuestro estudio interesa lo relativo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, cuya naturaleza jurídica de carácter contractual es admitida entre la doctrina, y es clara si tenemos en cuenta la legislación (art. 50.5).

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares se conforman por los servicios dependientes del órgano de contratación que ha de adjudicar el contrato, dichos pliegos deben ser informados por el servicio jurídico respectivo.

Una vez informados han de ser aprobados por el órgano de contratación correspondiente.

Una cuestión interesante que se suscita para la Administración es la posibilidad de redactar pliegos tipo que, una vez informados jurídicamente, harán innecesario el informe jurídico del pliego particular correspondiente.

Con la elaboración y aprobación de pliegos de modelos tipo se logra una uniformidad en la contratación administrativa, tanto en los modos de actuación como en los criterios de interpretación de las normas vigentes. La excesiva proliferación de pliegos particulares, por el con-

(5) Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA. Op. cit.

trario, puede llegar a suponer una multiplicidad de contratos distintos entre sí aun siendo de un mismo tipo o clase.

Esto no obstante, los pliegos tipo no pueden entenderse como la panacea universal, cada contrato es distinto y, en materia de obras, la contratación es muy variada y compleja. A la hora de aplicar un pliego tipo para redactar el correspondiente pliego particular hay que adaptarlo en algunos casos. Esto puede parecer que es obvio y que no plantea problema alguno, pero muchos de los problemas que se han planteado en la contratación vienen de una mala adaptación de los pliegos tipo.

Aprobado el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato y que disciplina los derechos y obligaciones de las partes, y constando también en el expediente el pliego de prescripciones técnicas, que disciplina la ejecución técnica del contrato, se incorpora el certificado de existencia de crédito y la fiscalización de la Intervención.

Completado el expediente se dicta, por el órgano de contratación, resolución aprobando el mismo. Dicha aprobación comprende la del gasto correspondiente y, en su caso, la del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por otro lado, la resolución que aprueba el expediente dispone la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicho procedimiento es el que ha sido elegido en el expediente de contratación por considerarlo el más adecuado y así figura en el mismo.

2.- Procedimientos de adjudicación

Según el art. 74 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas los procedimientos de adjudicación son tres: procedimiento abierto, procedimiento negociado, y procedimiento restringido.

Los procedimientos de adjudicación son los medios a través de los cuales las Administraciones van a adjudicar el contrato. Además los procedimientos de adjudicación establecen si todos los empresarios van a poder licitar o sólo los invitados por la Administración, por tanto, se definen por el ámbito subjetivo a que se dirigen.

Así en el procedimiento abierto cualquier empresario puede presentar una proposición. En el procedimiento restringido sólo pueden presentar proposiciones aquellos empresarios a los que la Administración ha seleccionado previa solicitud de los mismos. En el procedimiento negociado el contrato es adjudicado al empresario que la Administración ha elegido libremente, si bien esta elección ha de quedar justificada y requiere que, previamente a la elección definitiva, la Administración

contratante haya solicitado la oferta de al menos tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato.

Por otra parte, el art. 75 se refiere a las formas de adjudicación:

«Tanto en el procedimiento abierto como en el restringido la adjudicación podrá efectuarse por subasta o por concurso».

Las formas de adjudicación son los criterios por los cuales se adjudica el contrato. La utilización de la subasta implica adjudicar el contrato al mejor postor, y la utilización del concurso implica adjudicarlo a la oferta más ventajosa, en la que no se han de tener en cuenta en exclusiva consideraciones económicas sino que se hace una valoración conjunta de la oferta en relación con el objeto el contrato.

Este podría ser uno de los cambios más espectaculares de la LCAP pero no es estrictamente así.

El procedimiento abierto y restringido estaba ya regulado en el Reglamento General de Contratación, así se establecía en el art. 92:

«Tanto para la subasta como para el concurso, el procedimiento de licitación podrá ser abierto o restringido».

Los conceptos de subasta, concurso, procedimiento abierto, procedimiento restringido, son los mismos en la antigua ley y en la nueva. Se ha producido un cambio de orden de los conceptos y los lógicos cambios de regulación.

Donde sí que se produce una novedad es con la aparición del procedimiento negociado.

La aparición de este procedimiento ha supuesto una novedad importante por más que tenga innegables y acusadas similitudes con la antigua contratación directa.

Es hora de hacer mención a una de las causas más importantes que dieron lugar a la reforma de la contratación administrativa en nuestro país, operada por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993 que puso de relieve importantes defectos en la adaptación de la normativa española a las Directivas comunitarias efectuada en 1986 (6).

(6) Rosario SILVA DE LAPUERTA, Gloria CALVO DÍAZ, «El Derecho Comunitario Europeo y la LCAP», en «Derecho de los contratos públicos. Director Benigno Pendás.

En el mismo sentido: José Antonio SANTÍAS VIADA, «La adjudicación de los contratos. Procedimientos, formas y criterios de adjudicación» en la misma obra conjunta.

Los citados defectos se centran en materias tan importantes como las exclusiones del campo de aplicación de la legislación sobre contratación pública, la publicidad, el ámbito de la contratación directa, las normas sobre selección y participación cualitativa.

La incidencia de esta Sentencia y de la normativa comunitaria, entre otras cuestiones, en lo relativo a la transparencia, publicidad y control de la contratación directa dio lugar a la regulación del procedimiento negociado.

Pese a que la exposición de motivos no lo reconoce, esta importante Sentencia forzó al legislador español a la modificación de la contratación administrativa que todavía tardó un tiempo y aún no está completa por la falta de desarrollo reglamentario completo y adecuado. Por otra parte, como hemos señalado ya, no es lógico dejar subsistentes normas reglamentarias nacidas al amparo de la anterior legislación anterior después de los cambios producidos.

A) Procedimiento abierto a adjudicar mediante subasta

El legislador regula como procedimiento ordinario el procedimiento abierto. La utilización del procedimiento restringido deberá quedar justificada en el expediente, aunque a tenor del art. 76 también debe quedar justificada la utilización del procedimiento abierto. Parece un poco absurda esa posición dado que el procedimiento abierto es el más público y seguro, lo que hay que justificar es por qué no se utiliza este procedimiento y se utiliza otro.

La utilización del procedimiento negociado sólo puede darse en los casos establecidos por la Ley, habría que justificar, de todas formas, la concurrencia del supuesto establecido en la Ley para la utilización del procedimiento negociado.

Las formas de adjudicación ordinarias son las dos que hay no dándosele más importancia a una que a otra (art. 76), dependerá de cada Administración Pública, o incluso de cada órgano de contratación, el utilizar una forma de adjudicación u otra según las circunstancias o la política concreta de cada Administración, en todo caso deberá justificarse en el expediente la elección de la forma de adjudicación.

En el procedimiento abierto cualquier empresario puede presentar una proposición, dichas proposiciones han de entregarse o en el lugar establecido en el anuncio o enviarse por correo en la forma establecida en el art. 100 del Reglamento General de Contratación.

En el acto de apertura de proposiciones, examinada la documentación por la Mesa de Contratación se propone al órgano de contratación

la adjudicación del contrato a favor del mejor postor. No existe adjudicación provisional sino una mera propuesta de adjudicación que no crea derecho alguno en favor del empresario propuesto frente a la Administración. Sin embargo el órgano de contratación sólo se podrá separar de la propuesta de la Mesa:

A) Cuando se haya efectuado la propuesta con infracción del Ordenamiento Jurídico. Se exceptúa el supuesto de que la infracción afecte exclusivamente al licitador en cuyo favor se realiza la propuesta, en este caso la adjudicación deberá tener lugar en favor del siguiente postor a quien no afecte la infracción.

B) Cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias.

La regulación de las bajas temerarias en la subasta es una de las novedades de la Ley, cuando resultan bajas temerarias en las proposiciones se requiere, antes de su declaración, informe a los licitadores comprendidos en ellas así como asesoramiento técnico del servicio correspondiente, el órgano de contratación, a la vista de los informes, adjudicará a favor de la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración y, en su defecto, al mejor postor no incurso en temeridad.

Cuando la adjudicación se realice en favor del empresario cuya proposición estuviera incurso inicialmente en presunción de temeridad, lo cual es posible a tenor de lo visto anteriormente, se le exigirá una garantía definitiva por el importe total del contrato adjudicado.

Para apreciar cuándo una proposición está incurso en baja temeraria la Ley se remite al desarrollo reglamentario. Se entendió desde un primer momento que, a falta de desarrollo reglamentario, se debían seguir aplicando los criterios establecidos en el Reglamento General de Contratación (art. 109):

«Se considerará, en principio, como desproporcionada o temeraria, la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 10 unidades, por lo menos a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas...».

El Real Decreto 390/1996 ha confirmado que el criterio de apreciación de la baja temeraria es el del art. 109 del Reglamento General de Contratación, y ha establecido en su art. 23 una posibilidad de reducir el porcentaje para la apreciación de la baja temeraria:

«Excepcionalmente y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación, podrá, en el correspon-

diente pliego de cláusulas administrativas particulares y, motivadamente, reducir hasta cinco unidades la referencia porcentual de diez unidades establecida en el art. 109 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975 de 25 de noviembre».

La regulación de la baja temeraria es novedosa sobre todo en lo relativo a la garantía definitiva por la totalidad, que tiene un efecto disuasorio fundamentalmente.

B) Procedimiento abierto a adjudicar mediante concurso

En cuanto al procedimiento es idéntico, lo que varía son los criterios para que la Mesa adopte una propuesta de adjudicación, así como la adjudicación misma.

Los supuestos de aplicación del concurso en el caso del contrato de obras son los generales del art. 86. El problema que se plantea, como decíamos, es lo relativo a los criterios.

Los criterios para la adjudicación del concurso vienen determinados en el art. 87 de la Ley. Dicho artículo establece que han de ser criterios objetivos, y este es el primer problema. Uno de los criterios que se suele establecer en los pliegos es el relativo al comportamiento del contratista en la ejecución de anteriores contratos con la Administración contratante. En principio se puede valorar este criterio de un modo objetivo, pero, ¿hasta qué punto no influirán consideraciones subjetivas?. Lo mismo se plantea en la apreciación de los medios materiales, humanos y técnicos, sobre todo en las Administraciones de ámbito territorial reducido donde los contratistas son conocidos por la Administración.

Es difícil establecer criterios que sean meramente objetivos, y más difícil aún valorar y ponderar.

El art. 87 exige que los criterios se ordenen en orden decreciente de importancia y que sean ponderados. Todo ello debe aparecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La Mesa elevará la propuesta al órgano de contratación que podrá adjudicar al propuesto, separarse motivadamente de la propuesta, o declarar desierto el concurso de modo motivado.

Por otra parte, es interesante señalar la posibilidad de admitir variantes en el concurso (art. 88 LCAP). Dichas variantes revisten especial importancia en el contrato de obras a diferencia de otros contratos dado que, en muchas actuaciones, resulta necesario para la Administración, por razones técnicas, dar la posibilidad de que el licitador presen-

te diversas variantes sobre el proyecto. Naturalmente dicha variante será ponderada a la hora de la adjudicación.

En determinados casos ya no sólo se plantean variantes al proyecto sino que el licitador ha de presentar el proyecto mismo (art. 125 LCAP) redactado según las bases técnicas fijadas por la Administración, pudiéndose dar un supuesto de concurso de proyecto y obra.

C) Procedimiento restringido (mediante subasta y mediante concurso)

El procedimiento restringido se regula con carácter general en el art. 92 de la Ley de Contratos, y para el contrato de obras se establecen normas particulares en los artículos 138 y 139.

En este procedimiento la Administración invita a contratar a determinados contratistas. Previamente debe haber señalado en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos con arreglo a los cuales el órgano de contratación cursará las invitaciones.

En el previo anuncio de licitación se señalará el número de empresas que proyecta invitar, con un número mínimo de cinco y máximo de veinte.

En el plazo fijado (art. 138, en el caso del contrato de obras) se recibirán las solicitudes de los empresarios previamente invitados, acompañadas con la documentación acreditativa de la personalidad del empresario y de su solvencia financiera y técnica o profesional que se determinen en el anuncio.

Examinadas las solicitudes el órgano de contratación seleccionará de entre los concurrentes y remitirá invitación a los admitidos para que presenten sus proposiciones, acompañadas con el documento acreditativo de constitución de la garantía provisional en el plazo fijado por la Ley para cada contrato (art. 138 para el contrato de obras).

Una vez presentadas las proposiciones tiene lugar su apertura (la documentación administrativa ya ha sido reconocida) y se procede a adjudicar según la forma elegida: subasta o concurso.

Este sistema tiene la virtud de que, suprimida la admisión previa, trámite importante en algunas subastas, puede hacer un papel similar. Pero este sistema plantea múltiples interrogantes y es necesario que se desarrolle con claridad en una norma reglamentaria.

Falta prever en la Ley la respuesta motivada, con posibilidad de recurso, a los solicitantes no admitidos, y es peligroso que los plazos se fijen (art. 138) «desde la fecha de envío del anuncio» o «desde la fecha

de envío de la invitación escrita». Los plazos deben contar desde que se notifican los actos o desde que se publican, lo cual es mucho más correcto respecto del ciudadano y proporciona mayor seguridad jurídica.

D) Procedimiento negociado

Este procedimiento viene a sustituir a la adjudicación directa. Del mismo se puede decir, en primer lugar, que no tiene un nombre muy afortunado. En segundo lugar que no existen dos procedimientos negociados propiamente: con publicidad y sin publicidad, sino un solo procedimiento negociado que, en algunos casos, es siempre sin publicidad, y, en otros, dependiendo de la cuantía, se establece publicidad comunitaria y, por tanto, también en el Boletín Oficial del Estado (art. 79).

El tema de la publicidad comunitaria es una de las cuestiones que trata la LCAP estableciéndose en razón de la cuantía del contrato.

En principio los contratos a adjudicar por procedimiento abierto y restringido se anuncian en el Boletín Oficial del Estado (BOE), las Comunidades Autónomas pueden sustituir dicho anuncio por la publicación en sus Boletines Oficiales.

Sin embargo los contratos que deban publicarse en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) se publicarán en el BOE (incluidos los negociados con publicidad comunitaria naturalmente), sin posibilidad de sustitución por las Comunidades Autónomas mediante anuncio en su Boletín, por tanto, aunque se publiquen en el Boletín de la Comunidad, se deben publicar en el BOE.

Por otro lado se regula la publicidad de las adjudicaciones en el art. 94 de la Ley, teniendo en cuenta la cuantía de la adjudicación.

El procedimiento negociado se distingue de la antigua contratación directa por la intervención, en todo caso, de la Mesa de contratación y la solicitud preceptiva de ofertas de, al menos, tres contratistas (art. 93).

Examinadas la documentación administrativa y técnica y las proposiciones económicas, la Mesa elaborará la propuesta de adjudicación y la elevará al órgano de contratación.

Naturalmente los criterios para adjudicar no tienen por qué ser ni los de la subasta ni los del concurso, pero en ningún caso se puede caer en arbitrariedad (prohibida claramente por el artículo 9.3 de la Constitución). Entiendo que la adjudicación ha de hacerse a la oferta más adecuada al objeto del contrato, siempre a juicio de la Administra-

ción, y que ha de constar en el expediente justificación suficiente de la adjudicación.

Otra cuestión que se plantea es la negociación con la seleccionada del precio del contrato (art. 93), naturalmente será dentro de unos límites prefijados en el Pliego. Dicha negociación entendemos que la hará la Mesa antes de elevar la propuesta de adjudicación, sin embargo nada se opone a que la haga el órgano de contratación antes de adjudicar.

En el contrato de obras los casos en que procede el procedimiento negociado están previstos en los arts. 140 y 141. En el caso del art. 141.b) se establece una excepción a la obligación de solicitar las tres ofertas:

«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».

Esta situación eximía de la solicitud de las tres ofertas pero no de la constitución de la Mesa de contratación dado que el art. 93 no exceptúa en este sentido. La Mesa recibirá una sola propuesta y deberá examinar la misma y elevar, si procede, la propuesta de adjudicación o no elevarla si comprueba que la documentación administrativa no está en regla por defecto insubsanable.

De todas formas, resulta un poco absurda la exigencia de constituir Mesa de contratación en este caso cuando la propia Administración, sin necesidad de constituir formalmente la Mesa, puede comprobar con efectividad la capacidad del licitador y sin lesionar intereses de otros licitadores dado que no los hay.

E) Contratos menores

Otro de los problemas que ha planteado la LCAP se suscitó en relación con los contratos menores.

La cuestión se centraba en la antinomia existente entre el art. 57 y el art.141.g) de la LCAP.

En el caso del contrato de obras, contrato menor es aquél cuya cuantía no exceda de cinco millones de pesetas (art. 121).

La cuestión se resume en si se sigue el procedimiento negociado sin publicidad [art. 141.g), previsto para el caso de contratos de menos de cinco millones de pesetas] que exige constituir Mesa de contratación, o se exige tan solo aprobación del gasto, e incorporación de la factura,

y, en el caso del contrato menor de obras, del presupuesto de las obras (art. 57).

El asunto fue estudiado en el Dictamen del Servicio Jurídico del Estado de fecha 19 de julio de 1995. Según el citado Dictamen el término «expediente» que utiliza el art. 57 puede entenderse en sentido amplio o en sentido restringido.

Si se interpreta en sentido amplio comprende la totalidad de actos que integran el procedimiento administrativo de contratación hasta el acto mismo de formalización del contrato. La consecuencia de ello sería que para que una Administración Pública celebre un contrato menor bastaría con que se aprobara el gasto y que se incorpore la factura. De este modo no sería preciso constituir la Mesa de contratación ni promover concurrencia alguna entre posibles licitadores (7).

Si se interpreta en sentido restringido, esto es, limitándolo a las actuaciones que podrían calificarse de «internas» y previas a la adjudicación del contrato, sería preciso recabar ofertas, constituir Mesa de contratación, etc. (8).

El Dictamen establece que ha de entenderse la expresión en sentido amplio, al igual que lo hacía el Dictamen precitado de 16 de junio de 1995, después de un examen de diversos artículos de la Ley que pueden sustentar ambas posturas.

Entendiendo esto, concluye que, para los contratos menores, no hace falta proceder a la constitución de la Mesa y a la tramitación de un ulterior procedimiento de adjudicación, bastando la aprobación del gasto y la incorporación de la factura expedida por el contratista. Sin embargo añade que el órgano de contratación podrá acordar alternativa-mente que en estos contratos se proceda a la constitución de la Mesa y a la tramitación del procedimiento de adjudicación mediante el procedimiento negociado sin publicidad.

Las citadas conclusiones del Dictamen obedecen a las confusiones que crea la propia Ley pues tal y como se establece en el mismo:

«...no cabe atribuir a la expresión «expediente de contratación» un único sentido, sino que deberá realizarse un estudio individualizado de cada precepto en el que se emplee tal expresión, para determinar si ha de estarse a la expresión amplia o, por el contrario, debe acogerse la expresión más restringida» (9).

(7) Fundamento Jurídico I del Dictamen de 19 de julio de 1995 de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.

(8) *Ibidem*.

(9) Fundamento jurídico II del Dictamen precitado.

En el presente caso, en base a la propia redacción literal del art. 57, se llega a la conclusión de que se utiliza la expresión en sentido amplio, sin embargo, dada la existencia del art. 141.g) se llega a la conclusión de que el órgano de contratación podrá utilizar el procedimiento negociado sin publicidad de modo alternativo y cuando se den las condiciones para ello.

En la Administración Autonómica Aragonesa se ha adoptado un criterio similar, por razones idénticas, fundamentalmente por la interpretación estricta del art. 57, e incluso por razones prácticas, razones también sopesadas, aunque no manifestadas, en el Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, y que consisten en que no habría ningún tipo de agilidad en los contratos menores si se exigiera la constitución de la Mesa y la tramitación de un ulterior procedimiento de adjudicación en base al procedimiento negociado.

IV.— CONCLUSIONES

1.— En primer lugar es de lamentar que tras un año de vigencia de la LCAP no se haya dictado más que un Reglamento escueto de desarrollo parcial.

Por otro lado se mantiene en vigor el Reglamento General de Contratación en lo que no se oponga a la Ley, lo que obliga, en numerosos casos, a hacer piruetas interpretativas.

2.— Uno de los fines que se propone la Ley que es dar transparencia a la contratación administrativa se sustancia fundamentalmente en la exigencia de criterios objetivos en el concurso y a la hora de girar las invitaciones en el procedimiento restringido, en sustituir la adjudicación directa por el procedimiento negociado, y en regular de modo profuso el tema de la publicidad incluyendo la publicidad comunitaria.

Se recalcó mucho por los redactores de la Ley la intervención en todas las adjudicaciones (salvo en los contratos menores, aunque no quedó muy claro en la Ley como hemos visto) de la Mesa de contratación, así como el procurar la concurrencia de licitadores. Habrá que ver con el tiempo si con ello se logra mayor transparencia en la contratación.

En cuanto al procedimiento negociado, es el que aparece como más complejo y con menos visos de utilizarse salvo en obras de restauración histórico-artística o similares.

3.— En cuanto a las antinomias de la LCAP, son evidentes, ello va a exigir una labor interpretativa notable por parte de la Administración y a provocar una rica jurisprudencia que, con el tiempo, decante la interpretación de los preceptos.