



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 66\_xuño-decembro 2023 | pp. 167-195  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5100>  
© Santiago González-Varas Ibáñez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 23/05/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Aplicación da LCSP de 2017 desde a súa promulgación

Aplicación de la LCSP de 2017 desde su promulgación

Application of the 2017 Public Sector Contracts Act since its enactmen

66 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ  
Catedrático de Dereito Administrativo  
Universidade de Alacante

<https://orcid.org/0000-0002-3101-0469>

[varas@ua.es](mailto:varas@ua.es)

**Resumo:** Analízanse certos temas que veñen suscitando debate na lexislación de contratación pública, para observar cal foi a súa aplicación ou evolución tras a Lei española de contratos do sector público de 2017. Creouse unha especial cultura xurídica nesta materia, con maior especialización, predominando máis os debates técnicos que os esenciais. A proliferación dos tribunais de recursos contractuais contribuíu a este proceso. Xerouse unha inmensa casuística cuxos trazos principais convén coñecer.

**Palabras clave:** Ámbito de aplicación da LCSP, tipos de contratos, subcontratación, modificación do contrato, solvencia económica e financeira, prohibicións de contratar, pregos da contratación, execución do contrato.

**Resumen:** Se analizan ciertos temas que vienen planteando debate en la legislación de contratación pública, para observar cuál ha sido su aplicación o evolución tras la Ley española de contratos del sector

<sup>1</sup> Texto do relatorio na xornada "A lei de contratos do sector público cinco anos despois. A importancia da contratación pública como motor da economía", organizada polo Servizo de Patrimonio e Contratación da Deputación Provincial da Coruña, e celebrada no Teatro Colón da Coruña o 13 de marzo de 2023.

público de 2017. Se ha creado una especial cultura jurídica en esta materia, con mayor especialización, predominando más los debates técnicos que los esenciales. La proliferación de los tribunales de recursos contractuales ha contribuido a este proceso. Se ha generado una inmensa casuística cuyos rasgos principales conviene conocer.

**Palabras clave:** Ámbito de aplicación de la LCSP, tipos de contratos, subcontratación, modificación del contrato, solvencia económica y financiera, prohibiciones de contratar, pliegos de la contratación, ejecución del contrato.

**Abstract:** This paper analyses certain issues that have been raising debate in public procurement legislation, in order to observe their application or evolution since the passing of the Spanish Public Sector's Public Procurement Law in 2017. A special legal culture has been created in this matter, with greater specialization, predominating more technical debates than essential ones. The proliferation of administrative tribunals for public procurement reviews has contributed to this outcome. An immense case-law has been generated whose main features should be known.

**Key words:** Public Procurement Law scope, type of procurement, subcontracting, modification of contracts, operator's economic and financial standing, grounds for excluding operators from participation in a procurement procedure, procurement documents, contract performance.

**SUMARIO:** 1 Enfoque. 2 Evolución normativa. 3 Aplicación da LCSP.

## 1 Enfoque

Seguidamente, imos seleccionar algúns temas de aplicación da Lei de contratos do sector público de 2017, observando as problemáticas dos últimos cinco anos, incluíndo naqueles temas que no momento de promulgarse a lei presentaban discusión para observar a evolución que tiveron con posterioridade.

Pode afirmarse, como idea orientadora que se deduce do estudo da evolución da contratación pública, que durante os últimos anos se creou unha especial cultura xurídica nesta materia, con maior especialización, predominando máis os debates técnicos que os esenciais. A proliferación dos tribunais de control de adxudicación contractuais contribuíu a este proceso.

En suma, dun debate protagonizado por problemas de fondo (delimitación do ámbito subxectivo que puña en xaque a aplicación da lexislación contractual, prórrogas contractuais que podían eludir a concorrència, modificados, etc.), pasamos a debates de articulación legal aplicativa, praxe ou casuística, que perfilan os criterios legais.

## 2 Evolución normativa

Dito isto, á hora de observar a evolución da contratación pública tras a promulgación da LCSP en 2017, o primeiro factor que a todos nos vén á cabeza é o COVID-19, protagonista dos últimos cinco anos de aplicación da LCSP de 2017. A cuestión do COVID-19 relaciónase co artigo 208 da LCSP 2017, onde se establece a suspensión dos contratos, aboando a Administración os danos e perdas efectivamente sufridos polo contratista, con suxeición ás regras que con bastante detalle se conteñen no dito artigo 208, apartado 2.

Neste contexto, pode facerse referencia tamén á suspensión excepcional de contratos regulada no Real decreto-lei 8/2020 como consecuencia do COVID-19 (así como ao Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o estado de alarma para a xestión da situación da crise sanitaria ocasionada polo COVID-19)<sup>2</sup>.

Neste contexto do COVID-19, pode recordarse que esta epidemia deu lugar a algúns informes ou resolucións. Así, prevendo que as persoas traballadoras autónomas ou o traballador autónomo economicamente dependente, adxudicatarios de contratos públicos que se visen suspendidos como consecuencia da adopción do estado de alarma ou calquera das súas medidas complementarias, non poden percibir un equivalente aos gastos salariais como indemnización polos danos que se lles produzan como consecuencia da suspensión total ou parcial dos ditos contratos, poderán, se é o caso, acollerse ás axudas especificamente creadas polas diferentes AAPP para os autónomos (Informe 2/2020 da Comisión Permanente da Xunta de Contratación Pública de Navarra). Ou declarando que resulta improcedente o aboamento á conta durante o período de suspensión dos contratos a que se refire o artigo 34 do Real decreto 8/2020, do 17 de marzo, das indemnizacións previstas na dita disposición legal (Informe AXE - FACENDA 10/20, R-341/2020, do 14 de abril). Facenda 10/20 (R-341-2020). Ou informando de que os contratistas deben esperar ao levantamento da suspensión para reclamar a indemnización do artigo 34 do Real decreto-lei 8/2020, etc., ou sentenzas que finalmente non lle recoñeceron o restablecemento do equilibrio económico ao contratista por efectos do COVID-19 (STS 1038/2022, do 19 de xullo de 2022).

Outra relación do COVID-19 e a LCSP leva ao artigo 120 da LCSP (“Tramitación de emerxencia”), cuxo presuposto é a necesidade dunha actuación inmediata a causa de acontecementos catastróficos, de situacións que supoñan grave perigo ou de necesidades que afecten á defensa nacional. O réxime excepcional consiste en *eximir o órgano de contratación da obriga de tramitar expediente de contratación*, podendo ordenar a execución do necesario para remediar o acontecemento producido ou satisfacer a necesidade sobrevida, ou contratar libremente o seu obxecto, en todo ou en parte, sen suxeitarse aos requisitos formais establecidos nesta lei, mesmo o da existencia de crédito suficiente. Esta regulación encaixa á perfección na situación de emerxencia sanitaria provocada polo COVID-19, que deu lugar mesmo á adopción polo Goberno de España do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o estado de alarma para a xestión da situación da crise sanitaria ocasionada polo COVID-19.

<sup>2</sup> O Real decreto-lei 8/2020, do 17 de marzo, de medidas urxentes extraordinarias para facer fronte ao impacto económico e social do COVID-19, establece medidas para evitar os efectos negativos sobre o emprego e a viabilidade empresarial derivados da suspensión de contratos públicos, impedindo a resolución de contratos públicos por parte de todas as entidades que integran o sector público, e evitar que o COVID-19 e as medidas adoptadas polo Estado, as comunidades autónomas ou as entidades que integran a Administración local e todos os seus organismos públicos e entidades de dereito público teñan un impacto estrutural negativo sobre esta parte do tecido produtivo. Para evitar que o COVID-19 e as medidas adoptadas polo Estado, as CC.AA. ou a Administración local para combatalo poidan dar lugar á resolución de contratos do sector público, prevese no seu artigo 34 un réxime específico de suspensión e prórroga destes.

Baséome, para este traballo, no meu *Tratado de Derecho administrativo. Contratación Pública. Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*, tomo III, 4ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020 (remítome a esta obra tamén para unha consulta dalgunhas fontes, blogs ou similares de autores onde puiden tomar algunha resolución ou sentenza). Así mesmo, este texto serviu de apoio a unha conferencia do 13 de marzo de 2023 na Deputación da Coruña.

Á marxe do COVID-19, en canto á evolución normativa posterior á promulgación da LCSP 2017, podemos destacar a Lei 31/2022, do 23 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2023, (...) que afectou, entre outras cuestións, aos supostos de aplicación do procedemento negociado sen publicidade, ás condutas colutorias no procedemento de contratación ou a clasificación.

Tamén pode citarse a Estratexia Nacional de Contratación Pública 2023-2026 (ENCP), do 28 de decembro de 2022, da Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación (OIReScon). A finalidade da ENCP será a de abordar os aspectos que menciona o artigo 334 da LCSP para establecer unha serie de medidas e actuacións que permita cumprir os obxectivos que este precepto menciona; en esencia, combater a corrupción, incrementar a profesionalización, promover a eficiencia económica, xeneralizar o uso da contratación electrónica e promover un marco normativo claro e estable co fin de dotar de seguridade xurídica a contratación pública.

Así mesmo, cómpre ter en conta que o Real decreto-lei 36/2020, do 30 de decembro, polo que se aproban medidas urxentes para a modernización da Administración pública e para a execución do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia, regulador dos fondos europeos, contén, para a xestión dos referidos fondos, certas especialidades en materia de contratación pública<sup>3</sup>.

Outra referencia é a STC 68/2021, do 18 de marzo de 2021, que declara inconstitucionais a exclusión da eficacia extraterritorial das decisións sobre clasificación adoptadas polos órganos competentes autonómicos, ou a obriga imposta aos entes locais de publicar os seus perfís nunha única e concreta plataforma de contratación. Igualmente, por incorrer nunha regulación de detalle que só incidentalmente garda relación cos principios da contratación pública, declárase que non son conformes á orde constitucional de competencias algúns aspectos relativos ao órgano competente para declarar a prohibición de contratar; o contido dos pregos de cláusulas administrativas particulares; a definición de prescrición ou especificación técnica; a decisión de non publicar determinados datos sobre a celebración do contrato; as subfases no concurso de proxectos; ou a habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos ou telemáticos. Por último, declárase inconstitucional a previsión da LCSP relativa á determinación do órgano competente, en ausencia de lexislación autonómica, para resolver o recurso especial en materia de contratación no ámbito dos entes locais.

### 3 Aplicación da LCSP

Un primeiro tema de ineludible consideración é o do ámbito subxectivo de aplicación da LCSP de 2017. En España contamos tradicionalmente cunha lexislación pública ou

---

<sup>3</sup> - Consideración de urxencia na tramitación de todos os expedientes (artigo 48). - Como especialidade do procedemento aberto simplificado establécese como regra que a ponderación dos criterios de adjudicación avaliábel mediante xuízo de valor previstos no prego non supere o 35% do total (artigo 52). - Preferencia pola sociedade de economía mixta para a adjudicación dos PERTE. - O prazo do recurso especial redúcese a 10 días. - O artigo 57 sinala que lle corresponderá á Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado resolver as dúbidas que se poidan formular sobre a interpretación das normas acerca da contratación pública deste real decreto-lei.

avanzada de contratos, a diferenza doutros ordenamentos onde non había sequer unha lexislación –propriadamente dita– de contratos administrativos. Pero esa lexislación quedaba inaplicada, con tal de crear entidades de dereito privado. Este tema foi un dos máis polémicos tradicionalmente. A causa, principalmente, da Sentenza 214/2000 do Tribunal de Xustiza da Unión Europea abríronse vías de solución. No momento de promulgarse a LCSP no ano 2017, este tema estaba en gran medida xa “pacificado”, malia a enorme polémica dos anos precedentes, dado que foi un auténtico reto conseguir a aplicación de todas aquelas entidades que cumpran funcións de satisfacción de interese xeral independentemente da súa forma xurídica. Diríamos, pois, que nos cinco anos de aplicación da LCSP se *normalizou* a aplicación da LCSP no eido societario público e calou finalmente a ratio “funcional” para a definición do ámbito subxectivo de aplicación da LCSP. Esta ratio funcional chega a servir para delimitar o propio dereito administrativo. Isto último tendo en conta que o dereito administrativo non é tanto o dereito regulador da Administración pública como o dereito regulador da Administración pública cando esta cumpre unha función administrativa ou de interese xeral.

Enténdese, así, que nos últimos cinco anos decaese o interese na aplicación xudicial de técnicas tales como o levantamento do veo e os actos separables. Non queremos dicir que desaparecese a súa invocación na praxe, pero si que estas técnicas non teñen tanto sentido ou importancia como cando se abusa do dereito privado. Só entón é cando se fai imprescindible a súa invocación na praxe xurídica para remediar os efectos dunha pura contratación privada no exercicio de funcións públicas. É dicir, na medida en que as entidades públicas de dereito privado cumpren a lei de contratos (e non se aplica o dereito privado), por realizaren funcións de satisfacción de interese xeral, decae o interese correlativo no levantamento do veo e nos actos separables, cuxo sentido está en corrixir fraudes de lei derivadas da indebida inaplicación da LCSP.

En canto aos tipos de contratos, recordemos que, con anterioridade á LCSP de 2017, un tema característico foi o desenvolvemento de formas contractuais, en concreto durante as dúas décadas anteriores a esa data. Non obstante, podemos dicir que, nos últimos cinco anos, esta tendencia de creación de formas novas de contratos non continuou, a salvo da regulación da “concesión”, que levou a cabo a dita LCSP por transposición da normativa europea na materia, regulación baseada na ratio ou noción de risco empresarial, que se aplicou xurisprudencialmente desde 2017. Podemos recordar tamén o “contrato de colaboración público-privado”, no sentido dunha forma contractual que tivo interese finalmente máis teórico que práctico.

Pola súa parte, os contratos urbanísticos, para a adxudicación dunha obra urbanística a cargo dos propietarios (que reciben un soar urbanizado), contratos que arraigan especialmente nalgúns comunidades autónomas, seguen á marxe da LCSP. Regúlanse en leis do solo autonómicas, aínda que respectando a LCSP nos aspectos que interfíren co contractual.

Un debate interesante, neste contexto, é o da posible non suxeición á LCSP de 2017 dos contratos para servizos xurídicos e asesoramento. Resolucións recentes dos órganos resolutivos ou consultivos en materia de control de adxudicacións contractuais

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

indicaron a exclusión deste tipo de contratos da LCSP de 2017 (Informe 1/2023, da XCCA de Aragón), tendencia que consideramos acertada.

Outro tema que latexa sempre en calquera reforma legal de contratos públicos é o de se debe preverse un mesmo sistema de adxudicacións respecto dos contratos por enriba e por debaixo dos limiares; é dicir, a “regulación harmonizada” e a que queda por debaixo deses limiares. Tras a LCSP, vólvese confirmar o modelo lexislativo tradicional español, no sentido de exixir procedementos de adxudicación similares por enriba e por debaixo dos limiares comunitarios, mesmo cando se formula a reflexión, polo menos desde o punto de vista xurídico-comparado, de se non é demasiado exixente o noso dereito, considerando que outros ordenamentos (compatibles coas directivas europeas) non prevén procedementos tan estritos respecto das adxudicacións de contratos por debaixo dos limiares europeos; no dereito alemán mesmo se consideran de contratos civís da Administración.

Outro ámbito tradicionalmente polémico era o da duración dos contratos e as prórrogas. O problema era o da práctica arraigada de prorrogar os contratos para o restablecemento do equilibrio económico contractual: unha situación típica referíase a que se prorrogaba o contrato, ao rematar o seu prazo, como forma de compensar o contratista de prestacións e investimentos feitos en vida do contrato e que a Administración non aboara. A propia lexislación estatal de autoestradas, ou a lexislación local, oriéntanse nesta dirección. Pois ben, durante os últimos anos parece terse asumido o criterio da lexislación contractual (xa recollido anteriormente á LCSP) da prohibición das prórrogas se non están previstas expresamente nos pregos. Prima o principio de concorrencia sobre outras formas de entender o interese público. Incídese na excepcionalidade das prórrogas contractuais, pola súa confrontación coa *ratio* de concorrencia debida, a necesidade de que se prevexan nos pregos, tamén a súa duración concreta, así como a prohibición de que sexan indefinidas ou imprecisas, e das prórrogas tácitas (STSX da Comunidade Valenciana n. 753/2019, do 15 de outubro de 2019). Ademais, as prórrogas son decretadas en cumprimento do prego, por interese público e non por iniciativa ou interese do contratista.

Na casuística dos últimos anos poden citarse algunhas sentenzas: interesante é a STS 952/2021, do 1 de xullo de 2021, que afirma que a negativa da Administración a prorrogar un contrato, por asumir a xestión directa, exixe unha valoración dos seus efectos sobre o gasto público: o acto polo que a Administración decide non prorrogar un contrato, ao asumir xestión directa, require, de acordo co artigo 7.3 LOEOLF, que se valoren as súas repercusións e efectos, tendo en conta a natureza e alcance do acto e as circunstancias concorrentes. Seleccionamos esta sentenza porque é expresiva, así mesmo, dunha realidade: o paso da xestión indirecta á directa exixe unha reflexión sobre o gasto e a economicidade da operación. De feito, este foi un debate típico dos últimos anos.

Téñase en conta que o artigo 29 da LCSP se atopa no libro primeiro da norma, que é aplicable a todos os contratos do sector público, sexan estes administrativos ou privados (IXCCPE 7/2020, do 29 de xullo: a duración dos contratos privados –de seguro–). Esta localización permite que na fase de preparación dun contrato privado

se definan axeitadamente as condicións de duración sen ter que aterse á normativa privada cando non se xustifique extraer da licitación pública un contrato por un tempo superior ao que marca a LCSP.

Outra cuestión, sen saír destes debates, que xurdía cando se ditou a LCSP 2017, era a relativa a se se podía prorrogar o contrato orixinario ata que comece a execución do novo contrato. Recordemos que o admite o último parágrafo do artigo 29.4 “cando ao vencemento dun contrato non se formalizase, o novo contrato que garanta a continuidade da prestación a realizar polo contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecementos imprevisibles para o órgano de contratación producidas no procedemento de adxudicación e existan razóns de interese público para non interromper a prestación”; “en todo caso por un período máximo de nove meses, sen modificar as restantes condicións do contrato, sempre que o anuncio de licitación do novo contrato se publicase cunha antelación mínima de tres meses respecto da data de finalización do contrato orixinario” (véxase tamén o artigo 288.a da LCSP 9/2017)<sup>4</sup>.

Outro tema obxecto de arduo debate vén sendo o dos encargos de poderes adxudicadores a medios propios personificados (artigo 32 da LCSP). Se se segue a praxe dos últimos cinco anos, obsérvase que neste ámbito se viñeron ditando resolucións con bastante intensidade. En canto aos problemas xurídicos, o principal problema consiste en determinar se o caso concreto require ou non seguir regras de publicidade e concorrencia e vinculación á mellor oferta que plasma a lexislación contractual para o contrato público, ou se, por contrapartida, non é necesario. Así pois, a vinculación estrita da entidade encomendada respecto da encomendante vén explicando a posibilidade de entender encargos que se sitúan dentro dos contratos ou negocios excluídos da aplicación da lexislación contractual pública. Neste contexto, tamén convén recalcar que en caso de encargos a sociedades públicas, esta regulación só se aplica a aquelas que teñen capital, na súa totalidade, de titularidade pública. O apartado 1 do artigo 32 da LCSP afirma que os poderes adxudicadores poden valerse doutra persoa xurídica distinta deles (para executar de xeito directo prestacións propias dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos), xa sexa de dereito público ou de dereito privado. Trátase de encargos á marxe do contrato, malia que deben cumprirse unhas formalidades previstas neste artigo e sempre e cando a persoa xurídica que utilicen mereza a cualificación xurídica de «medio propio» personificado respecto deles. A forma xurídica é irrelevante. É sabido, ademais, que a clave do dereito aplicable é funcional. Entón, no apartado 2 do artigo 32 LCSP é onde se define o dito «medio propio personificado». En esencia:

<sup>4</sup> Durante a aplicación da LCSP, un exemplo de adopción desta medida excepcional de prórroga atopámola no artigo 34 do Real decreto-lei 8/2020, do 17 de marzo, de medidas urxentes extraordinarias para facer fronte ao impacto económico e social do COVID-19, que, para evitar que o COVID-19 e as medidas adoptadas polo Estado, as CC. AA. ou a Administración local para combatelo puidesen dar lugar á resolución de contratos do sector público, previu un réxime específico de suspensión destes, establecendo especificamente que, respecto «daqueles contratos públicos de servizos e de subministracións de prestación sucesiva, cando ao vencemento dun contrato non se tivese formalizado o novo contrato que garanta a continuidade da prestación como consecuencia da paralización dos procedementos de contratación derivada do disposto no Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o estado de alarma para a xestión da situación de crise sanitaria ocasionada polo COVID-19, e non puidese formalizarse o correspondente novo contrato, poderá aplicarse o previsto no último parágrafo do artigo 29.4 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, con independencia da data de publicación da licitación dese novo expediente».

control análogo ao que tería o adxudicador sobre os seus propios servizos ou unidades (é dicir, influencia decisiva sobre os seus obxectivos estratéxicos e decisións significativas); que máis do 80 % das actividades do ente destinatario do encargo se leven a cabo no exercicio dos labores que lle foron confiados polo poder adxudicador; que a totalidade do seu capital ou patrimonio sexa pública (se o medio propio é xurídico-privado); que a condición de medio propio estea nos seus estatutos ou actos de creación (véxase a STXUE do 22 de decembro de 2022, asuntos acumulados C.383 e 384/2021).

Durante os últimos cinco anos, as resolucións afectaron a cuestións casuísticas relativas ao cumprimento dos presupostos legais mencionados. Non obstante, persiste aínda un problema esencial, no sentido de se arredor dos encargos a medios propios non estamos máis ben ante un tema organizativo ou de cooperación administrativa (neste contexto, Informe 22/2018, da Xunta Consultiva de Contratación de Aragón do 25 de setembro) que ante un tema contractual cuxa ratio é a suxeición ao principio de concorrencia. O feito é que o preciso réxime legal previsto na LCSP non deixa moita marxe. Enténdese así que primen na praxe debates sobre se se cumpren ou eluden os requisitos legais. Se se incumpren os presupostos, estímase o recurso especial contra o encargo do medio propio á marxe de tales presupostos legais (resolución do Tribunal de Recursos Contractuais de Cataluña 259/2021).

Así pois, durante os últimos anos de aplicación da LCSP de 2017, precisouse (por parte do IXCCA Cataluña 5/2019, do 30 de maio) que “o requisito relativo ao control conxunto análogo por parte dos diversos poderes adxudicadores que dispoñan dun medio propio compartido (presúmese) cando existe participación de cada un nos órganos de decisión e no capital do medio propio. Porén, unha participación meramente formal no medio propio por parte dun ou varios poderes adxudicadores non é suficiente para entender que existe efectividade no control conxunto, nin é admisible que a determinación da vontade do medio propio dependa en exclusiva dun poder adxudicador”.

As resolucións explícanos o requisito do referido 80 % (ditame do Consello Xurídico Consultivo da Comunidade Valenciana 107/2020, do 26 de febreiro de 2020), ou infórmanos de que, se o organismo público non é “medio propio”, pode concorrer a unha licitación (Resolución do TACRC 1784/2021), ou engaden que no expediente deben explicitarse as razóns polas que o recurso ao encargo resulta máis eficiente en sentido amplo que o recurso á contratación pública (Acordo 41/2019 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía), aínda que non se precisa que a maior eficiencia se explique en relación con “cada encargo” (RTACRC 696/2022).

Sobre o artigo 34 LCSP, liberdade de pactos, ditáronse algunhas resolucións. Afírmase que non se pode pactar unha cláusula de remisión a un determinado réxime legal cando por lei é outro réxime legal o que procede (STS 1359/2022, do 24 de outubro de 2022).

Seguidamente, a LCSP regula as revisións de oficio, nulidades e lesividades. Destacamos o debate, sobre a revisión de oficio, acerca das contratacións verbais e o enriquecemento inxusto. Pode citarse o Ditame 401/2022 do Consello Consultivo



de Andalucía, do 31 de maio de 2022, que confirma a revisión de oficio dun contrato asinado verbalmente (polo Concello de Sevilla para o mantemento da rede municipal de radiocomunicacións), pronunciándose ademais sobre se o contratista ten dereito a percibir a remuneración íntegra ou só a compensación dos custos da prestación. E afirma que: (a) como principio ou regra xeral só se lle debe restituír ao contratista o “custo efectivo” da prestación; e (b) que a anterior regra xeral se exceptúa cando “se” aprecian circunstancias que xustifican o aboamento íntegro da prestación, tal como foi convida, sobre todo cando non se pode cualificar o contratista como partícipe da nulidade” (a STS 722/2022, recurso 5437/2020, aborda a natureza da cantidade que se lles aboa aos operadores económicos polas prestacións efectuadas fóra de contrato).

En materia de lesividades, tradicionalmente existían algunhas reticencias para aplicar con normalidade as lesividades no ámbito da contratación pública. Durante os cinco últimos anos seguiu a tendencia de “normalizar” os recursos de lesividade das administracións neste ámbito contractual, superándose calquera reticencia á súa aplicación práctica. As sentenzas dos últimos anos corroboran a posibilidade de introducir contenciosos por parte de administracións fronte a contratistas beneficiados de prestacións declaradas en actos administrativos contractuais que merecen ser invalidados xudicialmente.

Seguindo coa exposición do articulado legal, chegamos ao tema do recurso especial; sobre esta cuestión, paga a pena facer un inciso, aínda que só sexa para recoñecer o arraigamento conseguido nos últimos anos por parte dos tribunais de control de adxudicacións contractuais, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico; consolidouse na práctica este modelo, malia poder ser optativo ou potestativo. Tivo a virtualidade de converterse en protagonista en materia litixiosa; descarga de traballo a xurisdición contencioso-administrativa. O seu carácter técnico e especializado dá os seus froitos. Á hora de recorrer en vía contencioso-administrativa, pesa o criterio dos tribunais centrais de control de adxudicacións ou tribunais autonómicos similares. O sistema de “resposta rápida” consegue axustar a resolución ao interese do recorrente. A suspensión preventiva redunda niso. Deste xeito, o sistema de control de adxudicacións axústase ao *desideratum* das directivas europeas de contratación pública. Diríamos que, mesmo, este sistema contribuíu a arraigar a cultura xurídica contractual que invadiu postos técnicos en concellos e outras administracións e mesmo ocasionou a especialización nos despachos de avogados.

Nos últimos cinco anos obsérvase unha praxe constante destes tribunais; a cuestión afecta especialmente a aspectos casuísticos –non de sistema–, no sentido, por exemplo, de informar sobre cando un acto contractual é impugnabile ou non pode ser impugnado mediante este mecanismo. Tamén se debate, en certas resolucións, sobre custas ou multas aos recorrentes ou tamén no relativo ao modo de presentación e lugar dos recursos especiais, a lexitimación e o prazo de presentación do recurso especial.

En relación cos actos de trámite, vén creándose unha especial tensión ás veces, podéndose observar unha tendencia á súa impugnabilidade progresiva, grazas en gran medida ao impacto do dereito comunitario europeo.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

### **Inadmisibilidade:**

- A resolución do TACRC 648/2021 considera que a acta da mesa de contratación non é obxecto de impugnación: “a consideración dos acordos polos que indirectamente se admiten a trámite os licitadores, como poden ser as actas de apertura de sobres ou de baremación das ofertas, non teñen a consideración de actos de trámite cualificados, segundo a doutrina elaborada por este tribunal ao respecto”. Non cabe, pois, recurso contra actas da mesa de contratación (RTARC 280/2022).
- Pola súa parte, a Resolución do TACRC n. 1218/2018, do 28 de decembro, aborda a impugnación da incautación dunha garantía por unha entidade que realiza a súa actividade nun dos denominados sectores especiais ou excluídos. E sinala que «o acto impugnado (...) non se atopa incluído entre as actuacións susceptibles de recurso especial enumeradas polo artigo 44.2 da Lei 9/2017, polo que resulta imposible a admisión e resolución do recurso interposto».
- Para a resolución 135/2021 do OARC non é recorrible o informe emitido pola Comisión Técnica dun contrato de subministración.
- Tampouco é recorrible o Plan anual de contratación por non constar na listaxe do artigo 44 LCSP (resolución 427/2021 do TARC).
- Non se admite o recurso especial ao dirixirse este contra unha prórroga (o recorrente afirmaba que era unha modificación ilegal dun contrato), en virtude da RTACRC 87/2022).

### **Admisibilidade:**

- A resolución de imposición de penalidade por retirada da oferta polo adxudicatario é susceptible de recurso (RTACRC 15/2022).
- O acto de clasificación de ofertas emitido polo órgano de contratación si é susceptible de recurso especial (Resolución do TACRC 421/2021), ao ser un acto de trámite cualificado emitido polo órgano de contratación.

### **Debatible:**

- A valoración de ofertas e proposta de adxudicación realizadas pola mesa de contratación son actos de trámite non cualificados e, por iso, non susceptibles de recurso especial, de xeito que as empresas desacordes coa valoración deberán esperar a impugnar o acto de adxudicación (Resolución 840/2020 TACRC). Así mesmo, a Resolución 259/2020 do TACP de Canarias considera inadmisíbel recorrer contra a proposta de adxudicación. Non obstante, a Resolución do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía

298/2018, do 23 de outubro, que, en aplicación do artigo 44.2.b. da LCSP considera que é susceptible de recurso especial contra a *proposta de adxudicación da mesa de contratación que contén un acto tácito ou implícito de admisión das ofertas*. Nesta liña, a Resolución 246/2020 TARCJA permite o recurso especial contra a proposta de adxudicación baseada na indebida admisión da oferta proposta como adxudicataria. Pode verse tamén que a Resolución do Tribunal Catalán de Contratos do SP 1/2022 admite o recurso especial contra a proposta de adxudicación.

- É recorrible a resolución pola que se declara a confidencialidade de determinada documentación do expediente? A resposta dependerá do ámbito territorial no que nos atopemos. O TACRC (Res. 975/2018) decantouse pola inadmisión do recurso contra o dito acto (de acordo co TRLCSP), ao considerar que as resolucións sobre a confidencialidade, individualmente consideradas, non deciden directa ou indirectamente sobre a adxudicación, non determinan a imposibilidade de continuar o procedemento, nin producen indefensión ou prexuízo irreparable aos dereitos e intereses lexítimos dos recorrentes. Pero, para o TACP de Navarra (Res. 81/2019) estes actos si son susceptibles de impugnación.

Malia o carácter flexible dos actos recorribles, non se pode incorrer en reiteracións á hora de impugnar actuacións nin tampouco incorrer en abuso de dereito (TARCJA, Resolución 357/2020).

Sobre lexitimación, seleccionamos casuística relativa a subcontratistas. Admitiuse a súa lexitimación co fin de recorrer contra a adxudicación dun contrato a outro licitador (RACRC 1274/2020) sempre que o provedor acredite que ten un compromiso (“claro e xuridicamente vinculante”) de subcontratación cun licitador. E négase cando o subcontratista non acredite “que, efectivamente, de resultar adxudicatario o dito licitador, o recorrente tería un dereito a realizar a prestación acordada dentro do contrato principal”. Neste sentido, segundo a resolución do TACRC 1949/2021, recoñécese a lexitimación para recorrer do subcontratista do licitador que, de estimarse o recurso, se convertería en adxudicatario (...).

Non obstante, o problema máis característico afecta aos licitadores cando non quedaron os segundos. Na RTACRC 90/2022 recoñécese a lexitimación da terceira clasificada (tema nada doado), e iso porque as empresas en primeira e segunda posición son pertencentes a un mesmo grupo.

Singular é o caso do adxudicatario que quere recorrer contra a adxudicación para obter unha maior puntuación, ante o temor de que, recorrendo outro licitador, poida pórse en risco a adxudicación, pretendendo aquel facer valer que a puntuación tivo que ter sido maior; se finalmente non existe ese risco, non procede o recurso do adxudicatario: Resolución 24/2022 do TARC de Andalucía; sobre o tema STS 604/2019 e RTACRC 516/2017.

Cambiando en parte de tema, pode formularse a posible aplicación do dereito da competencia. No dereito español, a diferenza doutros como por exemplo o alemán, o control “público” das adxudicacións contractuais non se leva a cabo mediante o

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

dereito da competencia, senón mediante o dereito administrativo. Naquel outro ordenamento que acaba de ser citado, mesmo o Tribunal de Control de Adjudicacións Contractuais pertence ao Tribunal de Defensa da Competencia. Todo isto non impide que xurdan litixios deste tipo tamén entre nós, xa que, se consultamos a praxe dos últimos anos, observamos que non son de todo infrecuentes os litixios de acordos colusorios á hora de licitar. A LCSP 2017 prestou atención a esta cuestión regulando para os efectos de impedir prácticas colusorias nas licitacións, mediante certos mecanismos contidos no seu articulado.

Como dicimos, este control do dereito da competencia relaciónase ben coa propia lóxica procesual existente no dereito europeo desde a súa orixe, considerando a similitude deste control e o que desenvolve en Europa o TXUE. Pero a conclusión é clara no sentido de que a xurisdición contencioso-administrativa, ou o novo sistema administrativo de tribunais de control das adjudicacións contractuais, é, polo menos actualmente, máis axeitado e completo porque permite resolver os mesmos intereses que aqueles que formula o dereito da competencia, ao tempo que considera os especificamente administrativos. O debate de futuro parece pechado, pois a tradición pesa en todo este ámbito procesual.

Vanse consolidando en consecuencia certas regras. Así, a remisión por parte dos tribunais de control de adjudicacións contractuais ás instancias competentes en materia de competencia se observan prácticas colusorias dos licitadores que supoñen a vulneración do principio de proposición única (RTACRC 1278/2019, do 11 de novembro, citando o artigo 150.1 LCSP). A Resolución do TACRC 548/2020 defende a súa competencia cando se trate de verificar, aplicando o levantamento do veo, que baixo a aparencia de ofertas propostas por dúas empresas distintas se encobre en realidade a presentación de dúas ofertas por quen poida considerarse, para todos os efectos, como unha mesma empresa, coa conseguinte vulneración do principio de proposición única que determina a exclusión dos dous licitadores no procedemento de contratación. Non obstante, sería desexable un esforzo maior de delimitación competencial entre os tribunais administrativos de control de adjudicacións contractuais e as instancias encargadas do control da competencia.

Así pois, o estado da cuestión defínese pola casuística á hora de determinar se houbo ou non unha práctica anticoncorrencial.

Exemplos aplicativos dos últimos anos:

- A Resolución da CNMC do 14 de marzo de 2019 (FX 5), aplica a medida da prohibición para contratar por infraccións en materia de falseamento da competencia, declarando que 15 empresas son responsables da comisión dunha infracción moi grave do artigo 1 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC), e 101 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea. A conduta infractora, segundo a resolución, consistiu en que por parte desas empresas se formaron e executaron varios cárteles para a repartición de concursos públicos (*bid rigging*) convocados por ADIF para a adjudicación de obras relacionadas con infraestruturas ferroviarias.

- Outro caso é o Acordo 40/2022 do TACPA (Aragón), xa que había indicios suficientes para concluír *bid rigging* (mesmo domicilio social, parentesco, coincidencias nas ofertas, etc.).
- Pode citarse a resolución do TDC de Castela e León do 22 de marzo de 2022 que conclúe que non queda acreditada a existencia de *bid rigging* entre as tres empresas que concorreron á licitación, relacionadas entre si a través de accionistas e representantes que manteñan vínculos familiares. Razóase que a LCSP non prohibe que empresas vinculadas poidan concorrer a unha mesma licitación e disputar entre elas o contrato obxecto desta: “en referencia ás actuacións que facían pensar dunha coordinación entre as empresas como consecuencia de coincidencias na documentación presentada polas empresas denunciadas, así como das actuacións de retirada das ofertas e posterior solicitude de renuncia á retirada das ofertas (...) as ofertas non conteñen iguais erros de cálculo, fallos ortográficos ou problemas formais nas ofertas ou propostas das empresas denunciadas (...)”.
- Segundo a Resolución 13/2022 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, que un dos traballadores propostos por un licitador sexa, á vez, un competidor polo contrato non é práctica colusoria que impida chegar a ser adxudicatario. Desestímase así unha reclamación especial contra a adxudicación: “non existe ningunha enumeración legal concreta sobre o que pode considerarse tales indicios desas prácticas colusorias, sendo unha cuestión que deberá resolverse caso por caso; que, dada a súa excepcionalidade, debe ser obxecto de aplicación restritiva, prudente e moderada”.
- E no Acordo 116/2020 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra afirmase que empresas vinculadas entre si poden concorrer separadamente a unha licitación, xa que iso non necesariamente falsea a competencia.
- A Resolución do TACRC 60/2021, do 22 de xaneiro de 2021, exclúe as ofertas por haber indicios de colusión.
- Segundo a RTACP de Galicia 28/2018, do 15 de xuño, algúns elementos que permiten apreciar a existencia de prácticas colusorias son: a) a existencia dunha relación de control ou vinculación entre si, b) a actuación a través do mesmo representante, c) a existencia dunha mesma estrutura do documento de oferta, de páxinas e/ou do tipo de letra, d) existencia dos mesmos erros na documentación, e) a existencia dunha mesma sede, f) os mesmos medios de comunicación, g) as mesmas datas de presentación de proposición, h) a retirada da oferta en favor da outra entidade. A existencia dalgunhas destas notas permitiría considerar que as ofertas non operan na licitación como autónomas e independentes.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Seguindo co articulado, chegamos aos artigos 71 a 73 da LCSP, onde facemos unha nova parada, porque, en materia de prohibicións para contratar, tamén observamos que durante os últimos cinco anos houbo casuística. Incidiuse en que a prohibición para contratar que se manifesta de forma sobrevida, ou con posterioridade ao contrato, non o invalida.

Así, segundo o Ditame 479/2018 da Comisión Xurídica Asesora da Comunidade de Madrid (expediente de resolución de contrato para a prestación do servizo de «ensino de disciplinas deportivas en instalacións deportivas municipais»), a incursión sobrevida en prohibición de contratar polo contratista produce efectos exclusivamente «cara adiante», polo que carece de efecto ningún para os contratos en vigor: «no artigo 223 do TRLCSP, establécese que non é causa de resolución dos contratos a prohibición de contratar en que incorra o adxudicatario. Isto é, o feito de que se acorde prohibición de contratar afecta á aptitude do contratista para contratar que a partir dese momento carecerá dela segundo o artigo 54 do TRLCSP; non así aos contratos dos que resulte adxudicatario nun momento anterior, aínda que, consecuencia do incumprimento de calquera deles, incorra en prohibición de contratar». Consólidase así o criterio do Informe 52/07, do 24 de xaneiro de 2008, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, ou do Informe 45/13 XCCA.

Respecto de “cando” hai que cumprir co requisito de estar ao día no pagamento á Seguridade Social ou impostos, a STS 1210/2020, do 28 de setembro de 2020, afirma: “por iso, á vista do ata agora reflectido, incluíndo o artigo 57 da directiva, debemos concluír que os artigos 60.1.d) e 61.1 TRLCSP [actuais artigos 71.1.d) e 72.1 LCSP] en relación co 14.6 TRLCSP e o máis tallante 14.0 LCSP determinan que o cumprimento da obriga de estar ao día das obrigas tributarias e coa Seguridade Social debe vir referido á data de licitación do contrato ou presentación da oferta. A anterior conclusión é a que máis razoablemente se axusta aos principios do dereito da Unión Europea. De permitirse a emenda no momento de formalización do contrato faría de mellor condición os licitadores debedores que poderían non satisfacer as súas débedas ata o momento da adxudicación”. Sobre os dous momentos esenciais en que hai que estar ao día no cumprimento das obrigas tributarias pode verse a RTACRC 189/2022.

O Informe 6/2021 da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade de Madrid afirma que, de conformidade co artigo 140.4 da LCSP, o requisito de estar ao día no cumprimento das obrigas tributarias e coa Seguridade Social debe concorrer en dous momentos: na data final de presentación de ofertas e no momento de perfección do contrato, non sendo suficiente cumprir este requisito unicamente no momento da adxudicación. Por outro lado, a forma de acreditar este requisito polos licitadores no momento de presentar a súa oferta ou solicitude de participación é mediante unha declaración responsable do licitador, mentres que a forma de acreditar que o cumpre o proposto como adxudicatario no momento de perfección do contrato será mediante o documento xustificativo correspondente, referido a ese momento, no prazo previsto no artigo 150.2 da LCSP.

Por outra banda, considérase que a firmeza que a LCSP predica das resolucións administrativas que dan lugar á imposición dunha prohibición de contratar debe ser

a firmeza administrativa e non a xurisdiccional (IXCCPE 15/2018, do 10 de outubro de 2018)<sup>5</sup>.

A Resolución do TACRC 248/2021 confirma que a prohibición de contratar do artigo 71.1.d LCSP non pode aplicarse a empresas con menos de 250 traballadores<sup>6</sup>, con independencia de que a Lei orgánica 3/2007 lles exixa dispor dun plan de igualdade ás empresas de 50 ou máis traballadores.

Afondando no ámbito ou alcance subxectivo da obriga de estar ao día nas débedas tributarias, a RTACRC 335/2022 enfróntase co problema dunha entidade que non estaba ao día no pagamento do IAE en varios municipios, declarando a exclusión do licitador, malia que a contratación era *co Estado*.

Sobre o alcance obxectivo, non é conforme coa normativa de contratación pública vixente o establecemento dunha cláusula que prevexa a aplicación dunha causa de prohibición de contratar diferente ás previstas na dita normativa con carácter taxado, ou unha aplicación extensiva dalgunha das previstas (IXCCA Cataluña 7/2018, do 16 de novembro).

En materia de solvencia, os debates poden referirse a se as exixencias poden ser excesivas, inapropiadas ou desproporcionadas. En xeral, en materia de solvencia ou demais requisitos para contratar, o quid pode estar no proporcionado ou non das exixencias en cuestión e na transparencia debida. Neste contexto, a LCSP establece que os requisitos de solvencia sexan razoables e proporcionados á entidade e características do contrato. De seren demasiado exixentes, limitase a participación das empresas na licitación. Ademais, deben ser coñecidos *ex ante* para poderse recorrer en caso de seren desproporcionados.

A RTACRC 521/2019 anula os pregos dun contrato de servizos de control de acceso e seguridade, por exixirilles aos licitadores a presentación dun certificado expedido pola Dirección Xeral de Policía que indicase que “non consta ningún expediente sancionador, tanto por falta grave como non grave, por infracción á Lei de seguridade privada. Tamén considera que se exixen requisitos desproporcionados de solvencia a Resolución do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias 336/2021.

A STS do 25 de marzo de 2022 declara un requisito de solvencia inválido por desproporcionado, relativo á exixencia de achegar certificados que demostren que o licitador subministrara enerxía eléctrica de orixe 100 % renovable nos 5 anos previos á licitación, respecto a un acordo marco para a subministración de enerxía eléctrica renovable para edificios municipais. Esta sentenza declara que unha subministración

<sup>5</sup> En canto aos efectos da prohibición para contratar, para a STS do 21 de xuño de 2021 “os efectos da prohibición de contratar só se producen, e a limitación só é executiva, desde o momento en que se concreta o alcance e duración da prohibición, ben na propia resolución sancionadora ben a través do procedemento correspondente e, neste último caso, unha vez inscrita no rexistro”. Na STS 1115/2021, do 14 de setembro de 2021, afirmase que “a prohibición de contratar só produce efectos e é executiva desde o instante en que se fixasen a súa duración e alcance, pero iso non obsta para que, en vía xudicial, no suposto de que se estimase procedente suspender a sanción á que vai asociada a prohibición, poida acordarse a suspensión preventiva da decisión de remitir as actuacións ao organismo competente para que se tramite o procedemento destinado a fixar ese alcance e duración”. Polo tanto, “a prohibición de contratar é unha limitación ligada á imposición dunha sanción firme por unha infracción grave en determinadas materias, entre elas a defensa da competencia, e a limitación só é executiva desde o momento en que se concretan o alcance e duración da prohibición, ben na propia resolución sancionadora, ben nun procedemento autónomo e tras a súa inscrición no rexistro”.

<sup>6</sup> Téñase en conta que a Lei 31/2022, do 23 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2023, reduciu de 250 a 50 traballadores.

de enerxía 100 % renovable pode garantirse contratando tanto con quen subministrou exclusivamente ese tipo de enerxía no pasado como con quen a subministrase xunto con enerxía non renovable. O esencial é que o contratista cumpra con esa subministración 100 % renovable a futuro e durante a execución do contrato.

Non pode requirirse no prego, como solvencia mínima para concorrer a unha licitación, estar en posesión dunha certificación de protocolo fronte ao COVID-19 expedida por organismo externo. O TACP da Comunidade de Madrid estima o recurso especial interposto contra os pregos dunha licitación de contrato de servizos de limpeza de edificios: “sen prexuízo do interese xeral que a dita certificación poida ter desde o punto de vista sanitario, non se aprecia a súa vinculación co obxecto do contrato, debendo entenderse que na execución da prestación deberán cumprirse todos os requisitos e medidas referentes á seguridade e saúde no traballo, polo que procede a estimación deste motivo, anulándose a citada cláusula” (Acordo 15/2022).

Pola súa banda, a STXUE do 31 de marzo de 2022 afirma que o artigo 58, apartados 1 e 4, da Directiva 2014/24/UE debe interpretarse no sentido de que non se opón a que, no marco dun procedemento de adxudicación dun contrato público, un poder adxudicador poida impor, como criterios de selección en relación coa capacidade técnica e profesional dos operadores económicos, requisitos máis estritos que os mínimos establecidos pola normativa nacional, *sempre que tales requisitos sexan adecuados para garantir que un candidato ou un licitador posúe as competencias técnicas e profesionais necesarias para executar o contrato que se vai adxudicar, que estean vinculados ao obxecto do contrato e que sexan proporcionais a este*.

En canto ao momento de acreditación da solvencia, a RTACRC 683/2021 lembra que os requisitos de solvencia deben cumprirse na data da fin de presentación de ofertas e, polo tanto, o licitador non pode aproveitarse da dilación do procedemento de contratación para adquirir a solvencia da que non dispuña (volumen de negocio). Emporiso, a RTACRC 657/2022 establece que ningún licitador está obrigado no momento de presentar a súa oferta a contar xa cos medios persoais e materiais necesarios para executar as obras. É perfectamente lícito que o licitador que resulte adxudicatario proceda entón a cubrir os correspondentes medios, sen necesidade ningunha de contar cos medios antes de resultar adxudicatario.

Sobre os medios de acreditación, formulouse casuística en termos coherentes cos presupostos legais, no sentido de estimar o recurso se se lle adxudicou a persoa que non acreditou correctamente a solvencia (Resolución 1/2022 do OARC) ou desestímase se se cumpre (Resolución 225/2022 do TARCJA –Andalucía–). Acaso destacar os litixios sobre a acreditación da solvencia con medios externos.

Un límite está en que esta facultade significa que a solvencia económica e financeira con medios externos poida ser integrada ou completada” cos medios dun terceiro, pero non substituída totalmente (Resolución 528/2021 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía).

A RTACRC 486/2021 declara que acreditar a solvencia mediante empresas do grupo societario participadas nun 100 % pola licitadora non supón integración da solvencia con medios externos. Neste sentido, argumenta que os medios da filial non



son realmente medios externos á licitadora, senón verdadeiramente propios desta, e destaca que iso é igualmente aplicable á solvencia técnica e económica.

Segundo a Resolución 1106/2021 do TACRC, para os efectos da integración de solvencia mediante medios externos, “o obxecto social das empresas debe ser interpretado de forma ampla, abondando con que exista unha relación directa ou indirecta e mesmo parcial coas prestacións que son obxecto deste”.

Chegamos ao artigo 99 da LCSP, regulador dos contratos menores, o fraccionamento e os lotes, auténtico crebacabezas para os operadores en materia de contratos públicos. Recordemos que na LCSP 2017 se definen como «contratos de valor considerado inferior a 40.000 euros, cando se trate de contratos de obras, ou a 15.000 euros, cando se trate de contratos de subministración ou de servizos, sen prexuízo do disposto no artigo 229 en relación coas obras, servizos e subministracións centralizadas no ámbito estatal». Rebáixase, pois, o valor considerado máximo, con respecto ás cifras da regulación anterior, que, por exemplo, para os contratos de obras era de 50.000 euros e para os de subministración ou servizos era de 18.000, sempre IVE á parte.

Este tema dos contratos menores foi un dos máis debatidos cando se estaba a promulgar a LCSP de 2017. Primeiro, produciuse o abuso da contratación menor, despois sobreveu o criterio da súa legalidade se se preservaba a unidade funcional. Logo fíxose fincapé nos lotes e no rigor extremo dos contratos menores. Mesmo se optou por unha fórmula especialmente rigorosa de exixir tres ofertas.

Penso que no ámbito dos contratos menores no contexto dos fraccionamentos acaso o máis importante sería un control contable ou económico observando o interese público á luz dos prezos dos contratos e non tanto o tipo de procedemento, a non ser que haxa unha reiteración excesiva. En especial, nos pequenos concellos este sistema revélase como excesivamente gravoso; unha mirada ao dereito comparado nesta materia non sería para nada inoportuna.

Tradicionalmente víñase requirindo unicamente a aprobación do gasto e a incorporación a este da factura correspondente, que deberá reunir os requisitos que as normas de desenvolvemento desta lei establezan. No contrato menor de obras, engádese como requisito do expediente, ademais, o orzamento das obras cando a súa existencia sexa exixible porque haxa normativa específica que así o requira, e a solicitude do informe das oficinas ou unidades de supervisión a que se refire o artigo 235 cando o traballo afecte á estabilidade, seguridade ou estanquidade da obra.

Exíxese o informe do órgano de contratación en que se motive a necesidade do contrato e que non se está a alterar o obxecto do contrato para evitar a aplicación das regras xerais de contratación, e que o contratista non subscribiu máis contratos menores que individual ou conxuntamente superen o valor estimado máximo propio do contrato menor, quedando excluídos os supostos encadrados no artigo 168.a.2º (cando as obras, as subministracións ou os servizos só poidan ser encomendados a un empresario determinado). Finalmente, que os contratos menores se publicarán na forma prevista no artigo 63.4 e co límite temporal máximo dun ano.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Tras o Real decreto-lei 3/2020, do 4 de febreiro, desaparece a regra que prohibía que *o contratista tivese suscrito máis contratos menores que individual ou conxuntamente superasen a cifra máxima do contrato menor*.

A Instrución 1/2019, do 28 de febreiro de 2019 da OIREscon (Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación), cuxo apartado VI «ámbito subxectivo» é de aplicación a todo o sector público estatal, autonómico e local (aínda que só é vinculante para os órganos de contratación do sector público do Estado, de conformidade co disposto no artigo 332.7.d LCSP), establece como obrigatorio un procedemento de contratación menor que pasa por solicitar tres orzamentos (parece ser en todo caso). Así, determina que, «de acordo co principio de competencia, e como medida antifraude e de loita contra a corrupción, o órgano de contratación solicitará, polo menos, tres orzamentos, debendo quedar iso suficientemente acreditado no expediente. Se as empresas ás que se lles solicitase orzamento declinasen a oferta ou non respondesen ao requirimento do órgano de contratación, non será necesario solicitar máis orzamentos. As ofertas recibidas, así como a xustificación da seleccionada, formarán, en todo caso, parte do expediente. De non ser posible o anterior, deberá incorporarse no expediente xustificación motivada de tal extremo».

Ao meu xuízo, se o contrato é menor, non habería que solicitar outras ofertas, e desde logo así o manifestaron os órganos consultivos de varias CC. AA. con respecto aos seus respectivos ámbitos territoriais, xa que, como indicamos, as instrucións da OIREscon só son obrigatorias para os órganos de contratación do sector público do Estado, *ex* artigo 332.7.d LCSP (aínda que hai algunhas outras CC. AA. que na súa normativa orzamentaria ou doutro tipo si impoñen a solicitude doutras ofertas, xeralmente tres nestes casos, malia non superarse o limiar do menor).

Saltando ao artigo 123 da LCSP, en materia de pregos durante os últimos cinco anos houbo multitude de casuística ou numerosas resolucións sobre aquilo que pode regular ou non pode regular un prego.

Incidíuse en que os pregos deben ser claros; e anúlense no caso contrario, é dicir, se conteñen regulacións incertas. Segundo a Resolución do TACRC 1358/2021, “cómpre que nos pregos se faga constar de forma clara as obrigas que deberá asumir o adxudicatario, polo que a falta de indicación dos supostos e as condicións en que se poderá exixir a divulgación, así como dos gastos máximos –a diferenza do concernente á asistencia técnica no control da execución da obra– que estes poderán supor, debe determinar a anulación desta cláusula”.

Un prego escuro non pode prexudicar os licitadores, nin se pode excluír un licitador se o prego é contradictorio (Resolución do TACRC 9/2022).

A RTACRC 1112/2022 anula as chamadas “cláusulas antifraude incorporadas por ADIF aos pregos dos seus contratos por non estar redactada de forma suficientemente precisa, clara e inequívoca; e por non gardar relación co obxecto do contrato.

Anúlase o prego (estimándose o recurso especial) por non estaren configurados os criterios de adxudicación no prego, de tal forma que os ditos criterios garantan a posibilidade de que as ofertas sexan avaliadas en condicións de competencia efectiva (Resolución do TACRC 1752/2021, razoando sobre o artigo 145.4 e 5 da LCSP).

O problema máis común é cando se suscitan cuestións interpretativas, ou se, mesmo cando o prego prevé unha determinada regulación, se pode chegar a admitir unha oferta ou se por contrapartida se impón unha interpretación estrita ou literal do prego (Resolución 1250/2021 do TACRC a favor da interpretación literal do prego, xa que pola contra se daría unha posición de vantaxe ao licitador que non seguiu estritamente as determinacións do prego, respecto dun tema non obstante aparentemente non esencial: a cor das mostras exixidas no prego para a licitación).

As aclaracións dos pregos tamén teñen carácter vinculante (Resolución do Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público 266/2021, e STS do 20 de febreiro de 2018, rec. 2725/2015).

Ás veces, porén, non está totalmente claro aquilo que se pode regular nun prego. Vexamos resolucións sobre casos de pregos que acertan nas súas regulacións e outros que se exceden das finalidades do prego:

Un prego dun contrato de subministracións non pode aproveitar para prever obrigas ou prestacións estrañas ao obxecto do prego (STSX da CV 494/2022, do 15 de xuño de 2022).

O que está claro é que se deben definir ben as prestacións obxecto de contrato, así as obras nun contrato de explotación do depósito controlado de residuos (Resolución do Tribunal Catalán de Contratos do SP 62/2022).

Para a Resolución n. 61/2021 do TARC de Castela e León, é posible un prego que, en lugar de opcional, preveña a visita ás instalacións como requisito para a admisibilidade da oferta. Por iso, desestima o recurso especial por considerar que, ademais de que a posibilidade de visita ás instalacións está prevista na LCSP, todos os operadores potencialmente interesados en concorrer tiveron oportunidade de realizar a visita.

Tema espiñento é o seguinte: pode un contrato imporlle ao novo adxudicatario que asuma as débedas do contratista saínte que ten contraídas coa Administración? Na RTAR de Andalucía 172/2022, a resposta é en principio negativa pero con matices: “como regra xeral, aquelas cláusulas dos pregos que lle imponían ao futuro adxudicatario o desembolso, ao inicio do contrato, dunha cantidade destinada a amortizar o custo pendente do investimento realizado polo actual contratista nos bens e/ou instalacións obxecto do contrato vulneran o principio de igualdade de trato entre licitadores, xa que supoñen a aplicación de condicións distintas á hora de presentar as ofertas que redundan nunha vantaxe para o contratista actual, caso de participar na licitación”.

Formúlase, neste contexto, se un prego lle pode repercutir ao contratista obrigas económicas doutros contratos, é dicir, custos estraños á súa prestación, o que pode romper o equilibrio das prestacións (Resolución do TACRC 1358/2021).

Un prego si pode establecer criterios para favorecer a adxudicación se se integran no equipo persoas maiores de 45 anos (RTACRC 1844/2021).

O prego, dentro dos criterios de adxudicación, non pode prever “a mellora ambiental mediante execución do contrato con baixas emisións en carbono” ao *non ter nada que ver co obxecto do contrato* (RTACRC 345/2022).

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Un prego non pode inmiscirse na selección do persoal que executará o contrato sen poder imporlle ao contratista a obriga de atender ás súas directrices sobre a selección de persoal (Resolución do TACRC 1044/2021).

Un prego non pode imporlle ao licitador (nun contrato de asesoría fiscal) que quen realice o traballo deba ter unha vinculación de socio responsable, inmiscíndose o prego na organización interna empresarial (Acordo 20/2022 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

O Informe da XCCPE emitido no Expediente 49/2021 afirma que “a introdución nos pregos de contratos de obras de cláusulas polas que se introducen criterios de adjudicación que puntúan a asunción polo futuro contratista dos custos derivados dos excesos de medicións e das posibles modificacións do proxecto aprobado pola Administración que sexan necesarias para o bo funcionamento da obra sen variar o prezo ata unha determinada porcentaxe son contrarias ao disposto na LCSP”.

Sobre se se pode limitar a extensión das ofertas, en caso de preverse así, debe facerse coa precisión suficiente, anulándose a exclusión do licitador por este motivo (de superarse a extensión de 15 “follas” en formato A4) no caso contrario (Resolución do OARC 113/2021; non obstante, na Resolución do mesmo órgano 97/2021 confírmase unha exclusión por este motivo).

Para a STXUE do 17 de novembro de 2015, asunto C-115/14, un prego pode obrigar licitadores e os seus subcontratistas a comprometerse, mediante unha declaración escrita presentada xunto coa oferta dun contrato público, a pagar un salario mínimo determinado ao persoal que levará a cabo as prestacións. A xustiza europea responde así á cuestión elevada polo Tribunal Superior do Land de Coblenza (Alemaña), despois de que a empresa RegioPost presentase un recurso tras ser excluída dun procedemento de contratación pública relativo a servizos postais, posto que non declarara o seu compromiso a pagar un salario mínimo, como exixían as disposicións do anuncio de licitación. O prego de condicións facía referencia a unha lei do Land de Renania-Palatinado, segundo a cal os contratos públicos só poden ser adjudicados a empresas que se comprometan na súa oferta a pagar un mínimo de 8,70 euros brutos por hora.

A Resolución 632/2018 do TARC, do 29 de xuño, declara a nulidade duns pregos por non desagregar os custos do contrato.

A RTACRC 595/2022 desestima un recurso especial contra os pregos de licitación, baseado nun cálculo incorrecto do orzamento base por non considerar a incidencia no prezo da exixencia de solvencia técnica ou profesional de dispor dunha frota mínima de vehículos.

Na Resolución do Tribunal do País Vasco 32/2022 enténdese que o prego non ten por que conter que o PBL se calcule tendo en conta o suposto contido de hipotéticos convenios colectivos futuros, porque iso iría en contra do principio de risco e ventura (artigo 197 da LCSP), que impide garantirlle ao contratista unha rendibilidade mínima ou proporcionarlle unha cobertura fronte a calquera evento prexudicial”. “Por análogos motivos, o PBL tampouco pode calcularse para facilitar as estratexias das partes implicadas na negociación colectiva”. Fréanse así pretensións sindicais.

Considerouse posible a inclusión nos pregos de cláusulas relativas aos paraísos fiscais nos contratos do sector público (IXCCA Cataluña 7/2018, do 16 de novembro).

Téñase en conta o documento “Instrución do 23 de decembro de 2021 da XCCP do Estado sobre aspectos a incorporar nos expedientes nos pregos reitores dos contratos que se vaian financiar con fondos procedentes do plan de recuperación, transformación e resiliencia”.

Sobre a posibilidade de acoutar as horas valorables para a adxudicación, poden verse as resolucións 513/2021 do TACP de Madrid e 1546/2021 do TACRC, así como a 1518/2021.

O prego non pode incorrer nunha “duplicidade de valoración”. Isto prodúcese, por exemplo, cando os pregos valoran melloras que tamén son obxecto de valoración de xeito subxectivo noutros criterios de adxudicación (Resolución 497/2021 do TACP de Madrid).

A Resolución 1957/2021 do TACRC estima un recurso especial contra os pregos dunha licitación por considerar que non arbitran correctamente os criterios de adxudicación dedicados a valorar melloras. O TACRC recorda que para valorar melloras é necesario que o órgano de contratación fixe no PCAP un límite e sobre esta premisa acaba anulando (por impreciso) o criterio de adxudicación establecido.

Por outro lado, “a exigencia establecida nos pregos de facturación unicamente con administracións públicas resulta excesiva, non respecta o principio de proporcionalidade e reduce a libre concorrència vulnerando o principio de igualdade no acceso á adxudicación do servizo” (Resolución 38/2012 do OARC do PV).

Un prego é nulo se opta por non dividir o contrato en lotes, sen que conste xustificación da entidade contratante para iso (Resolución do TACRC 1755/2021).

A RTAR de Castela e León 19/2022 estima un recurso especial contra os pregos da licitación dun contrato de servizos de limpeza de edificios no que, á vez que se lle exixía ao contratista unha póliza de seguro que cubra a responsabilidade fronte a terceiros derivada dos riscos e danos que entrañe a prestación do servizo, consideraba como criterio de valoración automática a ampliación da cobertura mínima.

Tampouco pode un prego, por desproporcionado, prever (segundo a RTACRC 4/2022) que os vehículos adscritos á execución do contrato sexan titularidade dos licitadores ao tempo de presentar a ofertas, non admitindo compromisos de adquisición de vehículos en caso de resultar adxudicatario.

Neste ámbito da execución do contrato, a RTACRC 168/2022 desestima un recurso especial contra un prego que contén a obriga laboral de realizar probas de detección do COVID-19 a todo o persoal.

Para a RTACRC 1295/2022, a mención de subrogación de persoal no prego é xuridicamente irrelevante e polo tanto tampouco é exixible, debido a que a subrogación será obrigatoria para o empresario entrante se así o impón o convenio colectivo aplicable, sexa cal sexa.

Un prego non é nulo polo feito de ter omitido mención á obriga de subrogar o persoal da empresa, xa que non constaba acreditado que o anterior contratista achegase

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

información ningunha sobre esa obriga de subrogación (Resolución 1823/2021 do TACRC).

O quid pode ser observar cando o prego cumpre coas obrigas de información necesarias para que os licitadores poidan concorrer. Pode citarse a RTACRC 1851/2021, que conclúe que a entidade adxudicadora cumpriu, no prego, cos seus deberes de información, sobre as débedas existentes dun contratista anterior, mediante as referencias que facía a este feito no prego; e que o licitador asumiu “as consecuencias da información limitada que se lle proporcionara”. Rexe así o criterio xeral da vinculación aos pregos (no caso desta resolución, o licitador pediu información e, aínda así, concorreu). Non obstante, é un tema complexo; é dicir, o relativo ao grao de información que debe dar o adxudicador aos novos licitadores sobre as posibles débedas de contratistas saíntes.

Con certos vaivéns, parece consolidarse a regra segundo a cal se un licitador consente o prego, logo, ao non resultar adxudicatario, non pode impugnaloo, co límite da nulidade de pleno dereito. Segundo as SSTs do 22 de marzo de 2021 e 438/2021 do 24 de marzo de 2021, “cabe excepcionalmente a impugnación indirecta dos pregos reitores da licitación, consentidos por non se teren impugnado directamente. Para iso, deben probarse ou as circunstancias ás que se refire a xurisprudencia do TXUE ou que incorren en motivos de nulidade de pleno dereito, motivos que se aprecian de forma excepcional e restritiva”.

O artigo 124 a LCSP aborda os pregos de prescricións técnicas particulares. Podemos destacar os debates relativos a posibles vulneracións dos pregos xerais ou sobre prescricións técnicas inadecuadas. Unha situación típica é cando o prego exige, para concursar, un determinado produto. O licitador pode entender que restrinxe a competencia; a Administración, en cambio, que se xustifica para a mellor realización do contrato. Dá pautas a RTACRC 215/2022: non pode incluírse na determinación do obxecto do contrato a existencia de características técnicas que determinen unha limitación arbitraria á liberdade de licitación, de xeito que só unha empresa poida cumprir as condicións establecidas no contrato. Tamén é certo que existe unha ampla marxe de discrecionalidade por parte dos órganos de contratación para configurar o contrato. Limitase a concorrencia cando se establecen prescricións técnicas que só pode cumprir un dos licitadores, pero non cando se exige unha forma de presentación determinada a un produto presente no mercado e aberto á produción doutros produtores que o queiran fabricar. A Administración non ten que axustarse á forma de presentación que libremente elixiu cada produtor. Pode exixir unha determinada axustada ás súas necesidades. Os produtores, se queren participar na licitación, deben axustarse a cumprir o exixido, algo que poden facer se modifican a súa forma de produción. Non se pode confundir a circunstancia de que a recorrente non poida ofertar ese produto por non ser esta a súa forma actual de presentación comercial, cunha imposibilidade absoluta das empresas do mercado para realizar a oferta.

Facendo este percorrido polo articulado legal despois dos procedementos de adxudicación, artigo 131, atopamos o artigo 149, relativo ás ofertas anormalmente baixas. Destacamos un primeiro debate que dá lugar a pronunciamentos contraditorios, é

dicir, o relativo a se é obrigatorio que os pregos dos contratos públicos recollan os parámetros obxectivos para identificar as ofertas que incorran en presunción de anormalidade (non o entende así a RTACRC 899/2022, ao soste o carácter potestativo da dita inclusión nos pregos (sen que sexa motivo de impugnación que non se teñan considerado). Non obstante, a RTACRC 103/2023, citando a STXUE do 1 de decembro de 2021, asunto T-546/20, afirma que cómpre que se fixen no prego. Non é exixible que o prego conteña os criterios para determinar se unha oferta é anormalmente baixa (RTACRC 899/2022). A STSX da CV 4910/2022 anula a RTACRC 746/2021 e declara que a LCSP impón que os pregos consideren os parámetros de anormalidade de oferta.

Por outro lado, nos contratos con prezos referidos a compoñentes da prestación, a determinación de se unha oferta inclúe valores anormais ou desproporcionados debe efectuarse con relación á oferta global e completa presentada polo licitador (STS 4069/2019, do 17 de decembro de 2019).

A Circular da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña do 1 de outubro de 2021 define a orde procedemental que cómpre seguir en caso de exclusión dunha oferta anormalmente baixa, afirmando que, tras a exclusión de ofertas anormalmente baixas, non debe procederse a unha nova valoración e clasificación das restantes, senón que o órgano de contratación debe adxudicar o contrato, directamente, á mellor oferta de entre as non excluídas conforme a orde en que foran clasificadas.

A SAN 5104/2021, do 1 de decembro de 2021, sérvenos para facer síntese, recordando que a apreciación polo órgano de contratación de ofertas anormalmente baixas se realiza en “dous tempos” (primeiro apréciase se a proposta indiciariamente está incurso en presunción de anormalidade, e despois realízase unha análise detallada, logo de audiencia ao contratista), con motivación (tanto no caso de aceptación da oferta como do rexeitamento da proposición), a necesidade de informes e, finalmente, o respecto ás obrigas en materia laboral.

En relación cos artigos 145 e 146 da LCSP, criterios de adxudicación, foise abrindo a consideración doutros elementos, distintos do prezo, para adxudicar o contrato. E outro debate é cando a experiencia ou determinados certificados poden ser un criterio de valoración das ofertas, máis alá de servir para acreditar a solvencia.

Os requisitos que deben cumprirse para valorar a experiencia como criterio de adxudicación exprésanse por todos no Informe da XCCA 108/18, ao que me remito.

Sobre se os certificados exixidos para acreditar un sistema integral de xestión de calidade e xestión ambiental poden considerarse criterios de adxudicación ao abeiro do artigo 145 LPSP, pode afirmarse que estamos ante criterios de aptitude da empresa e non propiamente das ofertas (Resolución do TACRC 1557/2021).

A RTACRC 786/2019, do 11 de xullo, permite razoar que, para que poida admitirse a exixencia destes certificados como criterio de adxudicación, é necesario que estean claramente vinculados co obxecto do contrato, é dicir, cando se refira ou integre na prestación contratada, en calquera dos seus aspectos e en calquera etapa do seu ciclo de vida. Para seren criterios de adxudicación, deben referirse a unha característica da prestación en si mesma, que permita, como exige a Directiva 24/2014 no seu

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

considerando 92 para os criterios de adxudicación, «efectuar unha avaliación comparativa do nivel de rendemento de cada oferta respecto do obxecto do contrato», o que significa que os aspectos ambientais ou sociais incorporados como criterios de adxudicación *deben repercutir no resultado da prestación concreta solicitada permitindo unha avaliación comparativa das ofertas respecto da súa calidade intrínseca*, o que non acontece cando se configuran como criterios de adxudicación características xerais da política ambiental, social ou corporativa da empresa proscritas como criterios de adxudicación.

Interesa destacar que non é admisible como criterio de adxudicación a imposición dunha retribución mínima que non veña imposta como obrigatoria con carácter xeral por unha norma legal ou por un convenio obrigatorio de xeral aplicación, polo que menos aínda será admisible o criterio de melloras salariais sobre ese mínimo imposto polo OC. Este criterio, ao implicar inevitablemente unha suba dos custos salariais e polo tanto do prezo do contrato, atenta tamén contra o principio capital da selección da oferta economicamente máis vantaxosa (artigo 1.1 LCSP) e da selección en función da mellor relación calidade-prezo establecida polo artigo 145 da LCSP (RTACRC 897/2019, do 31 de xullo).

A Resolución 1514/2021 do TACRC estima un recurso especial contra unha licitación que considera como criterio de adxudicación do contrato o compromiso exclusivo do licitador co subcontratista: “a existencia de tal vinculación en exclusividade si resulta contraria a dereito, pois tal medida, que efectivamente pode supor unha restrición á libre concorrència (non só para os propios licitadores, senón tamén para o que se denominan *partners*), non atopa xustificación ningunha ao longo da documentación contractual, sen que tampouco resulte axeitada a ofrecida pola entidade contratante, que fala de posibles falseamentos en termos moi xenéricos”.

Sobre a valoración das melloras ofertadas, considerouse posible a oferta de prezo “cero” ou case cero nalgunha parte do contrato; o criterio maioritario é que non afecta ao principio de onerosidade. Tal oferta é posible se no seu conxunto é positiva, salvo que incorra en *fraude de lei* (RTARC Cataluña 348/2020). A Resolución 386/2019 do TACRC anula a adxudicación a favor dun licitador que lle traslada os custos dunha das prestacións a outra coa finalidade de ofrecer os servizos accesorios a prezo cero, porque o tribunal considera que se trata dun estrataxema para desvirtuar a aplicación da fórmula de valoración, de maneira que obtén a totalidade dos puntos correspondentes a ese apartado. Na Resolución 913/2021 o TACRC considera un “artificio” tratar de obter maior puntuación a través de ofrecer prezos irrisorios ou irrealís (prezos cero ou próximos a cero) nalgunhas das prestacións incluídas no servizo licitado cando os pregos as dotan de substantividade propia, asignándolles tamén puntuación distinta e individualizada. Así, o TACRC confirma a decisión do órgano de contratación de excluír a oferta da licitadora ao non ter podido xustificar a súa baixa no incidente correspondente (artigo 149 LCSP), verificando que cada unha das actividades que se van desenvolver son individualmente viábles. Pode citarse tamén a RTACRC 407/2020 sobre o caso das ofertas económicas efectuadas a cero (0), ou a valores próximos a 0, en relación con algunhas prestacións ou unidades.



Enténdese que son válidas sempre e cando se cumpran os seguintes requisitos: i) que no seu conxunto a oferta teña un prezo positivo; ii) que a fórmula non quede desvirtuada, dando lugar a resultados que non permitan unha ordenación proporcional das ofertas, e iii) que o resultado final non supoña outorgar maior puntuación no criterio de prezo a quen, no seu conxunto, realizou unha oferta máis cara. Para a RTACRC 513/2020 (“contratos non configurados cun prezo único global e ofertas de prezo cero nalgunha prestación: o cero como non prezo e a existencia dun prezo real”, establece que, cando nos pregos o aspecto económico non consiste nun prezo único global, senón en prezos distintos, un por cada prestación, o que implica onerosidades distintas, a forma de satisfacer a onerosidade propia da prestación a través doutras prestacións só obedece a un fin en fraude de lei, que é manipular a fórmula de valoración do criterio ao seu favor e en prexuízo dos outros licitadores que ofertan un prezo real e existente, que consegue sobre a aparencia dunha presunta omisión do prego consistente en que non prohibiría o prezo cero. Simplemente, cero non é un prezo, é un non prezo, e o prego e a fórmula da súa valoración exigen un prezo real, que non se ofertou. O TACRC na súa Resolución 1596/2021 recorda a súa doutrina sobre as ofertas a 0 euros (que adoitan aparecer en prezos unitarios ou en subcriterios de adjudicación). Neste caso, o adxudicatario ofertaba prestacións a 0 euros en 7 criterios de valoración. Para o tribunal, a oferta realizada pola empresa adxudicataria realizouse en fraude de lei, xa que os 7 prezos de 0 euros ofertados non teñen outra función que acaparar os puntos que asignan eses criterios, en prexuízo do resto de licitadores, alterando as regras da competencia. A oferta normal non se realizaba a prezos de mercado, senón co fin de evitar a competencia dos outros licitadores (igualmente, Resolución 1737/2021 do TACRC, onde reitera a súa doutrina da fraude para non considerar a oferta con prezo cero).

Na práctica, ás veces certos licitadores crean unha especie de “precedente” á hora de intentar obrigar o poder adxudicador a manter as condicións ou criterios de adjudicación anteriores. A Resolución 983/2021 do TACRC afirma que o feito de que nunha adjudicación precedente se admitisen para unha licitación os hoteis de dúas estrelas non impide que nunha nova licitación se exclúan, xa que prevalece o interese público na definición dos pregos. Nesta liña, a Resolución 961/2021 do TACRC desvincula o rendemento na execución dun contrato anterior do resultado da adjudicación.

Un tema que afecta aos procedementos de adjudicación é o negociado con exclusividade que se aplica no ámbito sanitario e no ámbito artístico para a contratación, por exemplo, por parte de hospitais ou de administracións ou museos respectivamente aos dous sectores. Nesta parcela do cultural artístico obsérvase un desaxuste do legislativo á realidade porque ás veces é complicada a contratación necesaria seguindo os postulados da Lei de contratos, por exemplo cando se contrata unha poxa pública por parte da Administración; en xeral, é preciso neste contexto facer unha chamada a que estes procedementos negociados con exclusividade requiren unha especial motivación. Xustifícase contratar en exclusiva cun determinado artista ou cunha determinada persoa ou galería de arte sen regras especiais de procedemento á custa

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

de que se motive a necesidade do contrato, a súa idoneidade e o prezo. Isto bótase en falta por parte do Tribunal de Contas e o seu cumprimento é un reto.

A partir do artigo 192, a LCSP regula a execución dos contratos. Como é sabido, a execución dos contratos non está afectada polas directivas europeas de contratos públicos, polo menos coa intensidade que se formula no plano da adxudicación, que é o eixe das directivas comunitarias de contratación pública. En todo caso, observamos “continuidade” na forma de formularse os posibles problemas ou controversias relativas a resolucións contractuais, pagamentos ou non pagamentos a contratistas, rescates, indemnizacións de danos e perdas, imposición de penalidades, incautación de fianzas, demora na execución, aplicación do principio de risco e ventura. Estes temas, malia o frecuente dos litixios, non presentaron –que saibamos– novidades substanciais respecto da formulación de anos anteriores, malia que sempre hai novidades, obviamente. É dicir, a praxe xurídica sempre innova e sempre nos trae novas situacións. O tema máis conflitivo no plano regulativo de sistema estaría na modificación dos contratos, polo menos considerando o debate que xurdía cando se promulgou a Lei de contratos do sector público en 2017. Esta cuestión, regulada nos artigos 203 e seguintes da LCSP, veu dando lugar a moitos problemas. Parece que se normalizou ou rebaixou a tensión nesta área da modificación dos contratos.

Obrigada resulta, pois, a mención á modificación dos contratos, pola importancia práctica do tema. É un bo exemplo do cambio de enfoques antes e despois da LCSP, xa que antes desta lei existía unha maior problemática que parece atenuarse tras 2017. Aínda que se preveña unha regulación legal das modificacións, o punto de partida está na inalterabilidade dos contratos. Dito isto, a Lei de contratos distingue dúas situacións: primeiro a máis lóxica, é dicir, que se se quere modificar o contrato é porque a modificación está prevista expresamente no prego coa claridade necesaria e sempre que non se supere o 20 % do prezo inicial do contrato. No prego haberá que indicar o procedemento a seguir e as condicións da modificación. Neste asunto da debida claridade dos pregos insiste o lexislador nacional facéndose eco de exixencias de dereito comunitario europeo. En xeral, no novo dereito administrativo estanse a anular actuacións administrativas cando non teñen a suficiente claridade. A segunda situación é cando interese unha modificación, pero non está prevista no prego. A modificación, obviamente, é máis complicada entón e, en todo caso, a Lei de contratos establece algunhas limitacións. Presupón en todo caso que non é posible un cambio de contratista, o que remite a un tema de custos e proporcionalidade (e, en todo caso, non debe superar o 50 % do prezo inicial do contrato). E pode xustificarse mediando circunstancias sobrevidas ou modificacións non substanciais, que poden así xustificar a modificación non prevista no prego, aínda que a xurisprudencia é altamente restritiva en canto ao entendemento da modificación non substancial. Por outro lado, a lei establece unhas presuncións no sentido de cando é substancial en todo caso unha modificación: cando podería ter sido outro o contratista, cando se altera o equilibrio económico contractual e cando se amplía de forma importante o obxecto do contrato, dito sexa, novamente, de xeito rápido para os efectos de repasar este tipo de disposicións.

Interesante, neste contexto, é como a LCSP, por transposición da normativa europea, introduciu unha fenda (ao regular as obrigas en materia ambiental, social e laboral) consistente en que os órganos de contratación tomarán medidas para garantir –na execución dos contratos– que estas obrigas en materia ambiental, social e laboral van ser cumpridas. É relevante esta mención ao debido cumprimento na fase de execución dos compromisos contraídos (que é froito, por certo, da insistencia do dereito comunitario na materia) porque en xeral –en materia contractual– vén ser actualmente un reto conseguir que se cumpran sen condescendencia os compromisos contraídos polo contratista, xa que ás veces sucede que se relaxa o cumprimento do contrato, favorecendo o contratista que puido asumir para a adxudicación compromisos estritos cuxo incumprimento despois se permite ou se lle compensa por outras vías (por exemplo, obtención de contratos diferenciados, cando en realidade deberían ser parte da adxudicación feita). Mesmo, en materia de lexitimación, ao meu xuízo, ten que favorecerse a tendencia a deixar recorrer aos antigos licitadores contra posibles relaxacións en canto ao cumprimento das obrigas contractuais. Polo tanto, esta regulación situaríase como tendencia na mellor dirección posible. Ademais, a Lei de contratos fixa que nos pregos se poidan establecer este tipo de obrigas sempre que estean vinculadas ao obxecto do contrato, non sendo infrecuentes as anulacións xudiciais por este motivo, de non estaren vinculadas as obrigas de carácter ambiental, social ou laboral co obxecto do contrato. E iso malia recoñecer que son obrigas que poden valorarse positivamente. Por último, a lei establece algunhas obrigas que necesariamente se teñen que prever nos pregos, malia permitir a lei que se elixa de entre as alí previstas, o que se fará pola vía da redacción dos pregos.

Pode aludirse a que nos rescates se produciu, tras a LCSP 2017, un cambio de criterio respecto ao criterio do cálculo do lucro cesante. Destacaríamos que agora xa non se trata de fixarse no beneficio dos cinco primeiros anos de explotación facendo a media e trasladándoo aos anos que resten para executar o contrato, como pauta para establecer o lucro cesante; o criterio central da nova LCSP pódese explicar pondo un exemplo: se quedan 8 anos para que finalice o contrato, hai que fixarse nos últimos 8 anos de explotación e no beneficio resultante en tal período, facendo a media despois, para finalmente indemnizar o contratista –no exemplo proposto– multiplicando por 8, por seren os anos que quedan de vida contractual. As sociedades públicas, en caso de rescate, terán que contar con autorización da Administración.

En canto á «cesión de contratos» (segundo o artigo 319 da LCSP), os pregos deben prever expresamente as regulacións legais en materia de cesión, que non veñen ser senón pura expresión dunhas regras de cultura xeral na materia; como, por exemplo, que o cedente ten que cumprir o 20 % do contrato se quere a cesión; ou que non procede a cesión cando se trate de condicións persoalísimas; ou que esta ten que materializarse nunha escritura pública, etcétera.

Outra fronte conflitiva é o risco operacional e o mantemento do equilibrio económico do contrato, artigo 270 da LCSP. Calou o criterio regulador da LCSP sobre o risco operacional como elemento definitorio da concesión, definida pola existencia de incertezas significativas en relación co nivel de execución correcta dun proxecto

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

que se considera alcanzable. Malia o debate que orixinou a transposición da Directiva 2014/23/UE e a incorporación do concepto de transferencia do risco operacional, a cuestión tornouse máis pacífica pasando ao plano da aplicación legal. Un presuposto básico contra o exercicio deste dereito é o feito de que o concesionario soubese que había un grao de incerteza en canto a un determinado tramo, sen poder alegar despois que a non execución do dito tramo supón unha ruptura do equilibrio económico. Segundo a STS 1875/2019, do 19 de decembro de 2019, rec. 2390/2016: (...) «En definitiva, a concesionaria sabía que existía un grao de incerteza sobre a construción dos tramos cuxa licitación lle correspondía ao Ministerio de Fomento xa no momento da contratación, o que desterra a imprevisibilidade como condición necesaria para o reequilibrio das prestacións».

Menor actualidade que en tempos pasados ten o tema do financiamento privado das obras públicas á luz dos artigos 271 e seguintes da LCSP.

A partir dos artigos 316 ata o 322 regúlase a contratación doutros entes do sector público. Na contratación de sociedades públicas vén formulándose se na fase de adjudicación dos contratos se poden aplicar preceptos da Lei de contratos que regulan a súa fase de execución. Na LCSP hai unha remisión a certos artigos que se consideran de necesaria aplicación para a contratación destas sociedades. Por outra banda, existen algúns artigos que parecen incompatibles. Pero hai unha franxa intermedia onde, malia non haber remisión, serían susceptibles de extensión aplicativa pola vía dos pregos de contratación das sociedades. Esta tendencia non parece incorrecta, porque outorga seguridade xurídica ás partes contratantes, xa que o Código civil non regula tan exhaustivamente como a Lei de contratos do sector público determinadas materias; por exemplo, as desistencias na execución dun contrato ou o dereito a lucro cesante do contratista.

Tamén se producen resolucións frecuentes sobre as mesas de contratación (artigos 326 e 327 da LCSP) pero en cuestións casuísticas de se, por exemplo, o secretario da mesa de contratación ten que ser funcionario ou é suficiente con que sexa empregado laboral, etcétera.

Finalmente, outro tema esencial é a «subcontratación». A nova lei fala de que a subcontratación ten que ser parcial e insístese en que o licitador ten que indicar na oferta os elementos sobre os cales vai recaer a subcontratación, que non pode abranguer a totalidade do contrato; e, por outro lado, novamente o lexislador insiste en que, cando se vaia iniciar a execución do contrato, se lle ten que notificar á Administración de novo as partes que vai realizar o subcontratista. A subcontratación é un fenómeno positivo, porque favorece as pequenas e medianas empresas e o tráfico mercantil, pero prodúcense na práctica abusos sobre os subcontratistas. Aínda que houbo un período en que procedían as accións directas do subcontratista contra a Administración, xa co Texto refundido da Lei de contratos do sector público 3/2011 anterior non procedían tales accións directas. A nova LCSP determina que se poden establecer nos pregos os pagamentos directos aos subcontratistas. Pode ser aconsellable esta medida, ao meu xuízo, porque, en definitiva, o que lle interesa ao poder contratante é que se execute o contrato e, deste xeito, parece que diminúe o

risco de inexecución. A lei establece agora a obriga de comprobación de pagamentos cando se trate de contratos de obras e servizos cuxo valor considerado sexa igual ou superior a 5.000.000 € e sempre que a subcontratación sexa máis do 30 %.

## Bibliografía

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de derecho administrativo. Contratación Pública. Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*, tomo III, 4.<sup>a</sup> ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

