



PROCEDIMIENTOS Y REQUISITOS DE CONTRATACIÓN APLICABLES A LA SOCIEDAD ESTATAL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: DESARROLLO Y APLICACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO Nº 1/2008, DE 5 DE FEBRERO, SOBRE CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL, SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

I-RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA ACTUACIÓN DE LA SOCIEDAD ESTATAL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. HASTA LA APROBACIÓN DE LA CORRESPONDIENTE INSTRUCCIÓN INTERNA POR LA SOCIEDAD, SOMETIMIENTO A LAS PRESCRIPCIONES REGULADORAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA.

La Instrucción del Servicio Jurídico del Estado nº 1/2008, de 5 de Febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado -en adelante, "Instrucción nº 1/2008"-, a cuyo contenido nos remitimos, entre otros extremos analiza el régimen jurídico al cual, a partir del 2 de Mayo pasado, fecha de entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -en adelante, LCSP-, han de sujetar su actividad contractual las sociedades estatales constituidas al amparo de lo previsto en el artículo 132 del Texto Refundido de la Ley de Aguas -o su predecesor, artículo 158 de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social-, categoría en la cual encajan las comúnmente conocidas como "sociedades estatales del agua".

Este régimen jurídico particular viene dado por la concurrencia de dos factores: subjetivo, su consideración o no de poderes adjudicadores no Administraciones Públicas -artículos 3, apartados 3 y 1. d y h, en relación con 122 y ss., 173 a 175 LCSP-, y objetivo, la categoría de contratos a celebrar por la Sociedad, sujetos o no a "regulación armonizada", por razón de su tipo y cuantía -artículos 13 a 16 LCSP¹.

Las sociedades estatales del agua, y, en particular, "Aguas de la Cuenca del Ebro, S.A." y "Canal de Navarra, S.A.", reúnen los requisitos definidos por la LCSP, las Directivas comunitarias y la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para ser calificadas como "poder adjudicador". En consecuencia, cumplido el factor subjetivo, centramos nuestra atención en analizar la concurrencia del elemento objetivo que determinará el concreto régimen jurídico a aplicar.

¹ No analizamos los contratos de concesión de obra pública, colaboración entre sector público y privado y gestión de servicios públicos, al quedar limitada la facultad para su otorgamiento a las Administraciones Públicas -artículos 11.1, 8.1, 7, 223 a 249 de la LCSP-.

Anticipamos que, a todos los efectos previstos en la LCSP -y a diferencia de su predecesora, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-, el valor estimado de los contratos a licitar por la Sociedad, actualizado tan sólo dos meses después de la publicación de aquélla por Orden Ministerial de 31 de Diciembre de 2007², viene determinado por su importe total sin incluir el IVA -art. 76 LCSP-. Ello obliga a comprobar si las herramientas de trabajo habituales de estas Sociedades requieren adaptación.

I.1.-La LCSP distingue las siguientes categorías de contratos, en cuanto objeto de posible licitación y adjudicación por la Sociedad estatal -no nos detenemos en otros contratos que por su tipología no encajan en el ámbito de actuación de la misma-:

I.1.1º.-Son contratos sujetos a regulación armonizada aquellos que tienen por objeto -artículos 13.1, 16.1 y ss. LCSP-³:

-Obras, cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.150.000 euros.

-Suministros, y servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II de la LCSP, cuyo valor estimado, teniendo en cuenta las eventuales prórrogas, sea igual o superior a 206.000 euros.

Desaparece, como forma contractual distinta e independiente, el contrato de consultoría y asistencia, el cual se integra como una de las categorías (concretamente, la categoría 12 del Anexo II) del contrato de servicios, que pasa a incluir en su objeto las actividades dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, de mantenimiento y reparación, financieros de seguros, bancarios y de inversiones, informática y conexos, investigación y desarrollo, auditoría, consultores de dirección y servicios conexos, ingeniería y servicios integrados de ingeniería de ensayos y análisis técnicos, publicidad, servicios de saneamiento y similares -artículo 10 LCSP-.

I.1.2º.-Son contratos no sujetos a regulación armonizada aquellos que tienen por objeto -artículos 13.2 y ss. LCSP-:

-Obras, suministro y servicios comprendidos en las ya apuntadas categorías 1 a 16 del Anexo II de la LCSP, cuando no superen las cuantías señaladas respecto de contratos sujetos a regulación armonizada.

-Servicios jurídicos y "otros servicios" -indeterminados-incardinables en las categorías 17 a 27 del Anexo II de LCSP.

² Con cuestionable técnica normativa, por cuanto la actualización bianual de tales importes es determinada vía Reglamento comunitario, de directa aplicación a los Estados. En la actualidad, vid. Reglamento nº 1422/2007, de la Comisión, de 4 de Diciembre, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos.

³ Encajan asimismo en dicha categoría y, por tanto, están sujetos a las prescripciones de la LCSP, los contratos subvencionados por las Sociedades estatales, directamente y en más de un 50 por ciento de su importe, que celebren otras personas físicas o jurídicas, particulares, Entidades del Sector Público, ostenten o no la condición de poder adjudicador -si la ostentan se aplicarán las normas para éstos, salvo la determinación de la competencia para resolver el recurso especial y para adoptar medidas cautelares en el procedimiento que se registrará por el artículo 37.4-, y que tengan por objeto determinadas obras de ingeniería civil y servicios vinculados a éstas cuyo valor estimado iguale o supere 5.150.000 y 206.000 euros, respectivamente -arts. 2.2 y 17 LCSP-.

-Investigación y desarrollo remunerados íntegramente por la Sociedad, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por ésta en el ejercicio de su actividad propia -artículo 13.2 de la LCSP-.

-Puesta a disposición o explotación de redes públicas de telecomunicaciones o suministro al público de servicio de telecomunicaciones -artículo 13.2 de la LCSP-.

I.2.-En virtud de si se trata de contratos sujetos o no a regulación armonizada, la LCSP determina la aplicación de determinados regímenes a los procedimientos para su adjudicación:

I.2.1º- Los procedimientos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada se rigen por las normas establecidas para la adjudicación de contratos por las Administraciones Públicas con determinadas especialidades -artículo 174 LCSP-.

I.2.2º- Los contratos no sujetos a regulación armonizada se rigen por lo que se disponga en las instrucciones internas que, previo informe del Servicio Jurídico del Estado, apruebe y publique la Sociedad en su página web -"perfil del contratante" regulado en el art. 42 LCSP-. Dichas instrucciones han de garantizar la efectividad de los principios de publicidad -las licitaciones cuyo presupuesto supere 50.000€, y su correspondiente Pliego, han de publicarse como mínimo en el citado perfil-⁴, concurrencia, igualdad, transparencia, confidencialidad, no discriminación, y eficiencia, y la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa -arts. 1, 121, 175 y DT Sexta LCSP-.

El riesgo de la indubitada deslegalización en el régimen aplicable respecto de estos últimos contratos, queda acotado, si bien en un marco general que engloba asimismo a otros Entes, Organismos y Entidades del sector público, en la Circular del Servicio Jurídico del Estado nº 1/2008, de 27 de Marzo pasado, "Instrucciones internas de contratación de los artículos 175.b y 176.3 LCSP" -en adelante, "Circular nº 1/2008"-, la cual recoge criterios esenciales y mínimos a atender en las instrucciones que elaboren los poderes adjudicadores que no son Administración. Recomienda que la determinación de los supuestos e importes en los que restrinja la publicidad y la concurrencia, coincida con los previstos en la LCSP respecto del procedimiento negociado y contrato menor; y permite deducir que, si se opta por su denominación idéntica a la de los regulados para la Administración Pública, ha de procurarse que cumplan análogos requisitos.

No obstante, incluso tras la emisión de la citada Circular nº 1/2008, el amplio margen y flexibilidad de que disfrutaban los poderes adjudicadores para dotar de contenido a cada una de sus

⁴ Ello sin perjuicio de cualquier otra alternativa o adición de difusión que establezcan las instrucciones -art. 175.c LCSP-.

Advertir que la inserción en el perfil del contratante de "información relativa a la licitación" de contratos cuyo importe supere 50.000€ supone mayor exigencia que la prevista para la Administración, publicidad para obras y resto de contratos de importe superior a 200.000€ y 60.000€, respectivamente. No se determina qué información publicar; vg. respecto de aquéllos de importe inferior al señalado quizás sería suficiente mencionar el órgano de contratación y la dirección de acceso, y los de cuantía superior podrán aportar información detallada respecto del tipo de contratos, fecha, dirección de acceso, etc.

instrucciones, en cuanto a procedimientos, trámites, requisitos y plazos singulares y dispares, puede generar en los licitadores inseguridad jurídica, al verse obligados a analizar minuciosamente éstos en las instrucciones que apruebe, vg. en lo que aquí nos ocupa, cada una de las Sociedades estatales del agua.

Llegados a este punto, a fin de poder garantizar la eficacia, concurrencia, eficiencia y buena administración de los fondos públicos, y evitar la aprobación, por las diversas Sociedades estatales del agua, de manuales de instrucción interna con contenidos procedimentales muy diversos, y la inseguridad jurídica que ello puede generar para los licitadores, nos permitimos recomendar el traslado al Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino/Economía y Hacienda de la conveniencia de estudiar la posible adopción de medidas o criterios uniformes, como denominador común de condiciones de contratación por debajo del umbral o no sujetas a regulación armonizada, en desarrollo del marco apuntado por la Circular nº 1/2008.

I.3.-En tanto no se aprueben por la Sociedad estatal las apuntadas instrucciones internas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada, aprobación respecto de la cual la LCSP no fija plazo alguno, determina la sujeción de éstos a las normas establecidas para la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada en el Capítulo I, Libro III, del Título II LCSP con algunas matizaciones -art. 174 y DT Sexta LCSP-.

Aunque nada apunta la LCSP, se considera conveniente dar publicidad expresa a la circunstancia transitoria de no aprobación de dichas instrucciones, en el perfil del contratante, por los efectos que de ello se derivan para los licitadores, por ejemplo -conforme posteriormente desarrollamos-, en cuanto a la adjudicación provisional y definitiva del contrato, régimen de recurso especial y orden jurisdiccional competente para conocer de aspectos ligados a su preparación y adjudicación -si bien los arts. 21 y 37 LCSP no se incardinan en el citado Capítulo I a cuya aplicación se remite el art. 174 LCSP, sí se ubica en el mismo el art. 135, cuyo su apartado 4 hace expresa remisión al artículo 37 LCSP, con los matices que posteriormente desarrollamos-.

En síntesis, transitoriamente, hasta la aprobación de las referidas instrucciones todos los contratos que celebren las Sociedades incluidos en el ámbito subjetivo de la LCSP -por cuanto no excluidos en virtud del art. 4 LCSP⁵-, ostenten o no la condición de sujetos a regulación armonizada, se sujetarán:

⁵ Entre los negocios jurídicos excluidos de la LCSP, destaca:

-La limitación respecto de la exclusión de los Convenios de colaboración del ámbito de la LCSP, en el sentido de obligar a aplicar la LCSP siempre que su objeto encaje con el previsto respecto de cualquier contrato en la LCSP, independientemente de su importe -art. 4.1.c y d-. Como posible legitimación a efectos de utilización de la fórmula del Convenio, nos permitimos poner sobre la mesa supuestos de aportación por cada parte de medios personales o materiales, sin mediar contraprestación, como comunidad de fines en aras a obtener un resultado satisfactorio para ellas.

-Contratos de arrendamiento de inmuebles y patrimoniales, que tendrán carácter de contratos privados y se regirán por la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, sin que, en consecuencia resulten de aplicación vg. las prohibiciones para contratar previstas en la LCSP -art. 4.1.p-.

-Negocios jurídicos en los que se encarga a un medio propio la realización de determinada prestación -art. 4.1.n, regulados en el artículo 24.6 LCSP-.

I.3.1º.-La adjudicación a las prescripciones previstas respecto de éstos, es decir, las previstas para la "Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas" -arts. 122 a 172, Capítulo I LCSP-, con las "adaptaciones" que determinan la no aplicación de los preceptos relativos a los siguientes aspectos -artículos 174, 175.b y Disposición Transitoria Sexta LCSP-:

I.3.1º.a)Intervención del Comité de Expertos para la valoración de criterios subjetivos -art. 134.2 segundo párrafo LCSP-.

I.3.1º.b)Criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas -art. 136.1 y 2 LCSP-.

I.3.1º.c)Formalización de contratos -artículo 140 LCSP-.

I.3.1º.d)Prescripciones relativas al examen de proposiciones, valoraciones y propuesta de adjudicación por el órgano competente - art. 144 LCSP-.

I.3.1º.e)Publicidad, en cuanto las "licitaciones y adjudicaciones" referidas en el párrafo primero del apdo. 2 del artículo 126 y párrafo primero del apdo. 2 del artículo 138 LCSP⁶, no deberán obligatoriamente publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», bastando su publicidad en los siguientes medios -art. 174.1.b-:

-Diario Oficial de la Unión Europea -DOUE-.

Como decimos, en particular, deberá publicarse en el mismo la adjudicación definitiva de cualquier contrato de importe igual o superior a 100.000€, sin IVA, debiéndose remitir el anuncio al DOUE previamente a su publicidad en cualquier otro medio, y en menos de cuarenta y ocho horas desde su adjudicación -arts. 138 y 174 LCSP-.

-Perfil del contratante:

-Todos los anuncios de licitación, incluidos los negociados con publicidad del artículo 161.1 y 2 LCSP.

-La adjudicación provisional de todos los contratos, en los plazos establecidos al efecto -artículo 42.2 y 135 LCSP-. No obstante, la redacción de la LCSP en cuanto obliga a la publicación de la adjudicación provisional del contrato en el perfil "o" en un "diario oficial", resulta confusa-, pudiendo considerarse suficiente la publicación en el perfil sin perjuicio de su preceptiva notificación individualizada -artículo 135.3 y 4 LCSP-.

-La adjudicación definitiva de todos los contratos que no sean menores -no obstante, en aras a la transparencia, nada impide su voluntaria publicidad-, siendo éstos aquéllos de importe inferior

⁶ Es decir, todas salvo las relativas a procedimientos negociados sin publicidad y los contratos menores -incluidos los procedimientos negociados con publicidad del artículo 161.1 y 2 LCSP (motivados por la concurrencia de causas objetivas del artículo 154 a) y b), 155 a), y 158 a), presentación en otros procedimientos de ofertas anormalmente bajas o inaceptables, contratos en los que resulte imposible calcular el precio global y de servicios de carácter intelectual en los que resulte imposible definir sus características, a los cuales se aplican los artículos 147 a 150 LCSP, los de importe inferior a 1.000.000€ pero superior a 200.000€ en obras e inferior a 100.000€ pero superior a 60.000€ en servicios y suministro, señalados en artículos 155.d), 156 b), 157 f), 158 e) y 159), y las adjudicaciones de contratos de importe superior a 100.000€, sin IVA-.

a 50.000€ y 18.000€ en obras y servicios y suministros, respectivamente -arts. 174, 126.1, 126.4, 138.2 y 161.2 LCSP-.

Avanzamos que, a nuestro juicio hubiera resultado más coherente que el legislador hubiera optado por exigir la publicidad de la adjudicación provisional y definitiva del contrato en los mismos medios en que se hubiera publicado su licitación -determinando, en su caso, particularidades respecto de la adjudicación del procedimiento negociado sin publicidad (no claramente resuelta en la LCSP-.

-Plataforma de contratación -futura suma de todos los perfiles de contratantes o sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que dependa la Sociedad:- deberá publicarse la información a que se refiere el artículo 309 LCSP.

Resta apunta finalmente que, sin perjuicio de que pueda mantenerse otra interpretación discordante, en aras a la seguridad jurídica parece conveniente publicar asimismo en el BOE los procedimientos de licitación y adjudicación definitiva -el art. 135.3 LCSP permite considerar suficiente la publicación de la adjudicación provisional en el perfil del contratante, sin perjuicio de su notificación individual- de contratos sujetos a regulación armonizada ->5.150.000 y 206.000€ en obras y servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anejo II LCSP y suministro, respectivamente - arts. 126.1 párrafo segundo y 138.2 párrafo segundo LCSP aplicables sin matización, según art. 174.1.b) LCSP-.

I.3.2º.-Los **contratos que liciten las Sociedades estatales se regirán**, en cuanto a su **preparación y adjudicación**, en defecto de normas específicas, por la LCSP, y supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, de derecho privado. Confuso resulta, no obstante, discernir el orden jurisdiccional, contencioso-administrativo o civil, al cual someter los litigios relativos a dicha preparación y adjudicación:

-Los relativos a preparación y adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada se someterán a la jurisdicción contencioso-administrativa -art. 21.1-. Una vez se aprueben las instrucciones internas para los contratos no sujetos a regulación armonizada, las controversias respecto de preparación y adjudicación de tales contratos se someterán al orden jurisdicción civil -artículo 21.2 LCSP-.⁷

-No tan claro resulta el régimen previsto en la LCSP hasta que se produzca dicha aprobación; transitoriamente, los "procedimientos de adjudicación de contratos" no sujetos a regulación armonizada se regirán, con matices que no vienen al caso, por las normas establecidas para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, Capítulo I, Título I, Libro III LCSP -es decir, artículos 122 a 172 LCSP-, entre ellas, la diferenciación entre adjudicación definitiva y provisional, anudándose a esta última el recurso especial, ex artículo 135.4 LCSP, el cual se remite al artículo 37 LCSP. Llegados a este punto, el sometimiento de la resolución del

⁷ Ello obligará al juez civil a conocer y analizar la LCSP -recordemos que dicha preparación y adjudicación únicamente se rige por Derecho Privado de forma subsidiaria-.

citado recurso especial a la jurisdicción contenciosa administrativa - ex art. 37.10- parece contradictorio con la apuntada sujeción al orden civil de las controversias suscitadas respecto de la preparación y adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada -art. 21.2 LCSP-.⁸ Vid. DT Sexta y arts. 174, 135, 37 y 21 LCSP.

Una interpretación acorde a derecho lleva a entender la apuntada remisión de preceptos en sus propios y limitados términos, a efectos de "procedimientos de adjudicación", sin que puede afectar a la naturaleza ni alterarse el régimen de jurisdicción competente en función de si la Sociedad se ha aprobado o no las instrucciones de referencia, y resulta o no de aplicación el régimen transitorio de la LCSP. Dicho razonamiento, unido a la aplicación del precepto específicamente regulador de la "Jurisdicción competente", art. 21.2 LCSP, lleva a considerar, salvo mejor criterio, la competencia del orden civil para conocer de los litigios relativos a preparación y adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada; conclusión que se estima también aplicable a tales contratos -no sujetos a regulación armonizada-, en el periodo transitorio que medie hasta la aprobación de instrucciones internas.

El **régimen aplicable a los contratos** que celebren, sus efectos, cumplimiento y resolución, será **Derecho privado**, lo cual no impedirá, como ya venía siendo habitual al amparo del régimen establecido por la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que puedan reconocer en el contrato y aplicar previsiones de la LCSP -al amparo del principio de libertad de pactos, en determinados extremos y siempre que no suponga ejercicio de prerrogativas públicas-. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan en relación con el mismo -arts. 20 y 21 LCSP-.

II.-PROCEDIMIENTOS.

En particular, en tanto se aprueba o no la instrucción interna, resultan de aplicación necesaria a los contratos sujetos y no a regulación armonizada que pretendan celebrar las sociedades estatales del agua, los procedimientos de adjudicación previstos en el Capítulo I, Título I, Libro III LCSP para las Administraciones Públicas, con las salvedades apuntadas, a cuyo contenido nos remitimos, limitándonos a incidir en las siguientes cuestiones de interés:

II.1.-Abierto -artículos 141 y siguientes- y restringido -artículos 146 y siguientes-, considerados procedimientos ordinarios -art. 122.2 LCSP-.

II.1.1º-Abierto:

El plazo para presentación de ofertas es cincuenta y dos días desde el envío de anuncio al DOUE, pudiendo reducirse a treinta y seis días si se publica previamente anuncio indicativo en el plazo señalado en la LCSP, en cinco días si, como viene siendo habitual, se ofrecen

⁸ Yendo más allá, asimismo contradictorio resulta el orden jurisdiccional al cual se someten los litigios relativos a preparación y adjudicación de determinados contratos no sujetos a regulación armonizada: los de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anejo II de cuantía igual o superior a 206.000€ al orden contencioso -ex art. 37.10 LCSP-, frente a la general sujeción a la jurisdicción civil ex art. 21.2 LCSP.

los Pliegos y el total de documentación complementaria -vg. el proyecto- por medios electrónicos, y en siete días adicionales si los anuncios se preparan y envían por medios electrónicos, informativos o telemáticos -art. 143.1 LCSP-.⁹

En caso de no ponerse a disposición por medios electrónicos los Pliegos y resto de documentación complementaria, deberán remitirse a los interesados en un plazo no superior a seis días desde la recepción de la solicitud, presentada antes de finalizar el plazo -art. 142 LCSP-.

En todo caso la apertura de la proposición económica se realizará en acto público¹⁰.

II.1.2º.-Restringido:

El plazo para efectuar solicitudes de participación es treinta y siete días, pero se reduce en siete días si se envía anuncio por medios electrónicos. El plazo para presentar ofertas será cuarenta días desde el envío de invitación, pudiendo reducirse en cinco días si se permite acceder a los Pliegos y resto de documentación por medios electrónicos -arts. 148 y 151 LCSP-.

El número mínimo de empresas a seleccionar será de cinco - artículo 147.2 LCSP-.

Los empresarios son seleccionados en atención a su solvencia - art. 147.1 LCSP-.

La valoración y proposición de adjudicación se efectuará por la Mesa de Contratación -art.149 LCSP-.

II.2-Negociado -artículo 153 y ss.-, con o sin publicidad -artículos 161 y 162-.

Puede utilizarse en caso de concurrir alguna de las circunstancias previstas, con carácter general y/o respecto de cada tipo de contrato, en los artículos 154, y 155 a 159 LCSP.

El Pliego de Cláusulas Particulares ha de determinar los aspectos económicos y técnicos objeto de negociación, permitiéndose la adaptación de las ofertas presentadas a los requisitos indicados en el anuncio, en su caso, y en los documentos complementarios, para identificar la oferta económicamente más ventajosa -art. 160 y 162.4 LCSP-.

Si bien se exige la consulta como mínimo a tres empresas, es posible determinar fases en el procedimiento, que permitan la reducción de negociadores, dejando constancia de ello en el expediente -artículo 162.2-.

⁹ Si, por razones de urgencia, excepcionalmente resultara impracticable el cumplimiento de los plazos mínimos establecidos, será de aplicación lo previsto en el artículo 96.2.b LCSP- sobre reducción de plazos -art. 174.2 LCSP-.

¹⁰ La Ley determina como única excepción que se prevea en la licitación la posibilidad de utilizar medios electrónicos -artículo 144.1 LCSP-.

Aunque para las Sociedades estatales la constitución e intervención de la Mesa de contratación sea potestativa -a diferencia de la Administración, respecto de la cual se exige su intervención no sólo en este procedimiento (arts. 161.1 y 2, 295 LCSP)-, conforme advierte la Instrucción nº 1/2008, resulta conveniente.

II.2.1ºNegociado sin publicidad -arts. 126.1 y 161.2 LCSP-:

* Obras <200.000€, sin IVA.

Independientemente de su cuantía, obras complementarias por causas imprevistas, si su importe acumulado no supera el 50% del precio primitivo del contrato y se cumplen el resto de requisitos - art. 155 b-, u obras repetición de otras similares anteriormente adjudicada en los términos del artículo 155.c LCSP.

* Servicios y suministros <60.000€, sin IVA.

* Independientemente de su cuantía, si concurre alguna de las circunstancias previstas en los artículos 154 c) a g), 155 b) y c), 157 a) a e), y 158.b) a d) LCSP.

II.2.2º-Negociado con publicidad -arts. 126, 147 a 150, 154 a) y b), 155 a), 158 a), 161.1 a 3, 162 y 174 LCSP-:

*Obras >200.000<1.000.000€, sin IVA -art. 155.d-.

*Servicios y suministros y "resto" -¿?- de contratos >60.000 <100.000€ -arts. 157.f, 158.e y 159-.

Al aplicarse los artículos 147 a 150 se genera concurrencia, si bien permite negociar, incluso después de la apertura, si se prevén fases sucesivas del procedimiento -art. 162-. Se abrirá en primer lugar la oferta económica, y posteriormente se solicitará a los seleccionados el desglose de sus ofertas.

II.3-Diálogo competitivo -artículos 75, 163 y siguientes LCSP-.

Procedimiento novedoso aunque difícilmente aplicable por su carácter residual, limitado a contratos de objeto complejo a los cuales la Sociedad no pueda dar respuesta o solución técnica o económica adecuada.

En parte similar al abierto, permite valorar otros criterios además del precio -art. 167.2 LCSP-; en el anuncio han de fijarse los criterios de solvencia exigidos; se selecciona a los licitadores y se les invita a dialogar, cerrándose el diálogo con la presentación de ofertas.

Permite compensar a los participantes no adjudicatarios -art. 163.2 LCSP-.

II.4.-Contratos menores -arts. 23.3, 28.2, 75, 77.2, 95, 122.3, 138.1, 140.2 y Disposición Adicional Duodécima.1 LCSP, ésta respecto de la contratación de acceso a bases de datos e inscripción en publicaciones-.

No considerados propiamente procedimientos, son básicamente los siguientes:

*Obras <50.000€, sin IVA.

*Servicios y suministro <18.000€, sin IVA.

Si bien su expediente únicamente exige factura y aprobación del gasto, en aras al principio de buena administración, concurrencia y transparencia, voluntariamente puede incorporarse otra documentación -vg. establecer una horquilla que, en función del importe, exija la incorporación de tres ofertas... etc.-.

Su adjudicación no ha de publicarse obligatoriamente en el perfil del contratante -art. 138.1 LCSP-.

III.-FORMAS O TÉCNICAS DE ADJUDICACIÓN.

Desaparecen los términos subasta y concurso, limitándose a establecer uno o varios criterios directamente vinculados al objeto del contrato para la adjudicación del mismo a la oferta económicamente más ventajosa: el precio, o el precio y otros.¹¹

Los criterios de adjudicación y su ponderación deben publicarse en los Pliegos y en el anuncio de licitación -art. 134.5, no del todo concordante con el art. 134.2 LCSP-.

En la determinación de los criterios de adjudicación habrá de darse preponderancia a aquéllos que hagan referencia a las características del objeto de contrato que pueda valorarse mediante cifras o porcentajes -vg. mera aplicación de las fórmulas establecidas en los Pliegos-.

Se introducen los criterios de sostenibilidad en la contratación -art. 134.1 LCSP-, que han de estar indefectiblemente vinculados al objeto del contrato, como las características ambientales¹² y aspectos sociales -como inserción de parados, cuestiones de género, minorías, pymes...-.¹³

¹¹ Vid., tras diversas SSTs dictadas en 2004, STS de 31 de Marzo de 2007 -advierte la no adecuación a derecho de la inclusión de la experiencia entre los criterios de valoración de ofertas-, y STJUE de Enero de 2008.

¹² Vid. Orden PRE/116/2008, de 21 de Enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (BOE de 31 de Enero de 2008).

Vid. asimismo Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 4 de Julio de 2001, Manual sobre contratación pública ecológica de 2005, Comisión Europea, relativo a compras ecológicas, Directivas nº 17 y 18/2004, y SSTJCE de 17 de Septiembre de 2002 y 4 de Diciembre de 2003.

¹³ Interesa advertir que, el Consejo de Estado sugirió su replanteamiento y mayor precisión de sus condiciones en cuanto criterios de adjudicación establecidos en el art. 134 del anteproyecto de LCSP -posterior art. 134.1 LCSP-.

Vid. STJUE de 26 de Septiembre de 2000, la cual ratifica la adecuación a derecho de la actuación de Francia en cuanto a la introducción como uno de los criterios de adjudicación en el Pliego la lucha contra el desempleo, previa su advertencia en el correspondiente anuncio de licitación.

Nos permitimos sugerir que quizás hubiera resultado más operativo fijar dichos requisitos como criterios de selección, que permitieran por ejemplo la exclusión de candidatos condenados por delito o sancionados falta grave por incumplimiento de normativa laboral, puesto que su seguimiento durante la ejecución del contrato como criterios de adjudicación resulta complicado -vg. como compromiso de evitar la discriminación, de realizar buenas prácticas sociales, etc.-

En la proposición deberá indicarse como partida independiente el importe del IVA que deberá repercutirse -art. 129.5 LCSP-.

Los plazos de la LCSP para presentación de ofertas en el procedimiento se consideran mínimos, pudiendo la Sociedad fijar en el Pliego y anuncio plazos superiores.

Se evaluarán en primer lugar los criterios discrecionales -art. 134.2 LCSP-. En línea con su predecesora, la LCSP no resuelve la determinación de supuestos en que deberán hacerse públicas las puntuaciones técnicas obtenidas, cuestión que pospone a su desarrollo reglamentario.

Se clasificarán las ofertas por orden decreciente -art.135.1 LCSP-.

Se mantiene el secreto y la confidencialidad de las ofertas presentadas, debiéndose adoptar por la Sociedad los oportunos mecanismos que la garanticen hasta la apertura de ofertas. Dicha confidencialidad es asimismo exigida ex lege a los licitadores.

Entre las novedosas "técnicas" racionalizadoras -que no propiamente "procedimientos" de contratación- incardinadas en el Título II, de posible aplicación -arts. 178 y ss. LCSP- el acuerdo marco -permite adjudicar a uno o varios empresarios, siendo su plazo cuatro años, arts. 180 a 182 LCSP-y el sistema dinámico de contratación -vg. iniciado mediante procedimiento abierto, permite la incorporación sucesiva de posibles interesados, artículos 183 a 186 LCSP-.

Finalmente, señalar asimismo como novedad la incorporación de la subasta electrónica, no considerada propiamente procedimiento sino una fórmula para finalizar éste, sea abierto o restringido, evaluándose las ofertas con anterioridad. Su utilización debe advertirse en el anuncio de licitación -artículo 132 LCSP-.

IV-REQUISITOS RELATIVOS A PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

Sin perjuicio de remitirnos a su detallado análisis en la Instrucción nº 1/2008 y a la definitiva redacción y aprobación de los modelos de Pliegos y contratos que actualmente, por indicación del -en su día- Ministerio de Medio Ambiente, está elaborando Acuamed, S.A. para el conjunto de sociedades estatales del agua, hasta que se apruebe la instrucción interna los procedimientos y contratos sujetos o no a regulación armonizada que celebre esta Sociedad estatal deberán atender, entre otros, los siguientes aspectos:

IV.1.- Requisitos relativos al órgano de contratación.

IV.1.1º.- Capacidad para contratar de las Sociedades.

La capacidad para contratar de los representantes legales se regirá por lo dispuesto en sus Estatutos y normas de Derecho privado en cada caso de aplicación -artículo 291.6 de la LCSP-, indistintamente de si se trata de contratos sujetos o no a regulación armonizada.

IV.1.2º.- Perfil del contratante -artículo 42 de la LCSP-.

Sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos legalmente previstos o voluntariamente, la Sociedad estatal habrá de difundir a través de Internet su "perfil de contratante", en el que deberá incluir i) los anuncios de licitaciones, ii) Pliegos- y, añadimos, a efectos de aplicar la posible reducción de plazos en DOUE, la totalidad de documentación complementaria o su forma de obtención vía electrónica -como vg. el proyecto de ejecución de obra-, iii) la adjudicación provisional y definitiva en los términos y plazos fijados por la Ley y **de forma que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión o publicidad de su información**, iv) la forma de contactar, iv) las citadas instrucciones a que se refiere el art. 175.b y DT Sexta LCSP, vi) así como cualesquiera datos e informaciones relativos a la actividad contractual del órgano de contratación.

Entre otros extremos, en los ficheros y página del perfil del contratante deberá advertirse que, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en su Reglamento de desarrollo, RD 1720/2007, de 21 de diciembre, los datos de empresas y particulares quedarán incorporados al fichero de datos de carácter personal y titularidad de Aguas de la Cuenca del Ebro, S.A. -o de quien corresponda-, que ésta utiliza en la tramitación de los procedimientos administrativos de su competencia y cuya finalidad es exclusivamente la actividad objeto de dichos procedimientos, siendo esta empresa -o quien corresponda- responsable de su tratamiento y seguridad, y que siempre que el particular o empresario lo estime oportuno, por escrito, podrá ejercitar su derecho de acceso, de rectificación, de cancelación y de oposición al registro de sus datos, conforme a lo establecido en el citado Reglamento, debiendo facilitarse la dirección postal de la Sociedad estatal.

La seriedad, exactitud e inmutabilidad del contenido de la información publicada en de dicha página web deviene esencial por sus importantes efectos -vg. en cuanto a notificaciones-, debiéndose evitar frases o advertencias relativa a que la misma sea susceptible de modificación.

La forma de acceso al referido perfil deberá especificarse en las páginas Web institucionales que mantengan los entes del sector público, en los pliegos y anuncios de licitación, y en la -futura- Plataforma de Contratación del Estado -artículo 309 LCSP-.

IV.2.-Aptitud del contratista -art. 43 de la LCSP-.

Indistintamente de si se trata de contratos sujetos o no a regulación armonizada, éstos en tanto se aprueben las instrucciones internas, resultan aplicables a la totalidad de procedimientos las normas establecidas al efecto en la LCSP, condiciones de aptitud -capacidad de obrar, prohibición de contratar, y acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigibles a personas, naturales o jurídicas, españolas o extranjeras - epígrafes "A", subapartados 2.1 a 2.4, y "B", subapartado 1.2 de la Instrucción nº 1/2008, a los cuales nos remitimos-, con las peculiaridades apuntadas a continuación:

-Respecto de la forma de apreciación y declaración de concurrencia de las mencionadas prohibiciones de contratar, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 50 LCSP, indistintamente de si se trata de contratos sujetos o no a regulación armonizada.

-En relación con los requisitos acreditativos de la solvencia y clasificación, serán de aplicación indistinta a los contratos sujetos o no a regulación armonizada los artículos 51 a 53 LCSP.

La "admisión" de medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 64 a 68 LCSP se circunscribe a los contratos no sujetos a regulación armonizada, siendo preceptivos los apuntados criterios respecto de los contratos sujetos -artículo 63.3 de la Ley-.

No son aplicables a los contratos no sujetos a regulación armonizada las disposiciones de acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y de gestión ambiental -arts. 69 y 70 LCSP y epígrafe "A", apartado 2.5 de la Instrucción nº 1/2008-.

Los requisitos mínimos de solvencia, necesariamente vinculados al objeto del contrato, y la documentación requerida para su acreditación deberá indicarse en el anuncio y en el Pliego -art. 51.2-.

Como novedad, señalar que se permite acreditar la solvencia exigida mediante medios externos, basándose en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios" - artículo 52 de la LCSP, conforme a la Directiva 2004/18/CE-.

Nos permitimos advertir que, si bien conforme determina a la LCSP la exigencia de clasificación por esta Sociedad-poder adjudicador será potestativa -art. 54.5 LCSP-, en la práctica parece difícil y desaconsejable aplicar dicha flexibilización en la licitación de ejecución de obras en particular, si los proyectos constructivos aprobados por la Administración General del Estado -indistintamente de si se prevé o no la gestión de su construcción mediando una sociedad pública-poder adjudicador- incluyen la exigencia de clasificación, sin ostentar el órgano de contratación facultad para variar dicha prescripción.

En caso de, conforme se recomienda, se exija clasificación -que ahora ostenta vigencia indefinida- sustituirá a la acreditación de la solvencia económica, financiera y profesional o técnica -artículos 51.1 y 59 LCSP-.

La clasificación será siempre medio de prueba de la solvencia - artículos 54.5, 59 y 63.2 LCSP-.

En los contratos de obras, servicios, y suministros que incluyan servicios o instalaciones, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen en la oferta o solicitud de participación, los nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación -artículo 53.1 LCSP-. Asimismo, podrá exigirse a los licitadores en los Pliegos que, además de acreditar la solvencia o

clasificación se comprometan a adscribir a la ejecución del contratos los medios personales o materiales suficientes, y atribuirse al cumplimiento de dicho compromiso carácter de obligación esencial o asociarse la posible aplicación de penalidades -art. 53.2 LCSP-.

Hasta que se desarrollen reglamentariamente los preceptos reguladores al efecto, permanecen vigentes los artículos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto no resulten contrarios a la LCSP, así como, al efecto de la determinación de los casos en que es exigible a la Administración la apuntada clasificación, el art. 25.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -DT Quinta LCSP-.¹⁴

-Respecto de la eficacia de las certificaciones emitidas por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, advertir que las certificaciones comunitarias de clasificación o similares -artículo 73 LCSP- sientan la presunción de aptitud de los empresarios autorizados para contratar en los Estados miembro de la UE, en los términos del citado artículo -por su interés, puede resultar conveniente reproducir en los Pliegos el tenor del precepto apuntado-.

IV.3.- Elementos reales: objeto, precio y plazo de duración del contrato.

IV.3.1º- Precio.

Resultan asimismo de aplicación general las normas sobre cálculo del valor estimado de los contratos -artículo 76 LCSP-.

No serán aplicables a los contratos, sujetos o no a regulación armonizada, los criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas que establecen los apartados 1 y 2 del artículo 136 y 174.1.a) de la LCSP.

IV.3.3.- Plazo y prórrogas de contratos sujetos o no regulación armonizada.

Resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 23 de la LCSP, en particular la limitación a un año, sin posibilidad de prórroga, del contrato menor.

IV.4.- Elementos formales.

IV.4.1º.- Justificación de la necesidad e idoneidad del contrato en la documentación preparatoria.

¹⁴ Para la Administración se exige respecto de los contratos de obras y servicios cuyo importe sea igual o superior a 350.000€ y 120.000€, respectivamente, excepcionándose los servicios financieros de investigación y desarrollo, jurídicos, de esparcimiento, culturales y deportivos, y "otros servicios" indeterminados -art. 54.1 LCSP y DT Quinta-. Se exencionan de dicha exigencia a las empresas no españolas de Estados miembro de la UE -art. 55 LCSP-.

Asimismo, en caso de que parte de la prestación del contrato haya de realizarse por empresas especializadas que cuentan con "habilitación o autorización profesional", la clasificación en el grupo correspondiente a dicha especialización, caso de exigirse, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar dicha ejecución en los términos del artículo 54.1 LCSP.

En la documentación preparatoria del contrato, sujeto o no a regulación armonizada, ha de justificarse la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas - artículo 22 de la LCSP-.

IV.4.2º.- Expediente de contratación.

IV.4.2º.a) Pliegos.

Conforme se razona en el epígrafe "A", apartado 4.4, subapartado "a" de la Instrucción nº 1/2008, y en la Circular nº 1/2008, a pesar de que la LCSP permite deducir que el Pliego -de cláusulas particulares, no procediendo su denominación como pliego de cláusulas "administrativas" particulares- será potestativo en aquéllos procedimientos de importe inferior a 50.000€ -art. 121.2 LCSP-, parece prudente determinar la obligación de disponer del referido Pliego de Cláusulas para la totalidad de procedimientos, a excepción de los contratos menores -no procedimientos propiamente dichos-, previamente informados por el Servicio Jurídico respectivo -artículo 99.6 LCSP-.

IV.4.2º.b) Mesa de Contratación.

Asimismo, si bien la constitución de la Mesa de Contratación, es potestativa, deviene conveniente en todos los procedimientos propiamente dichos, incluidos los negociados, dando así continuidad a la que viene siendo fórmula de actuación habitual de la Sociedad acorde a anteriores instrucciones de la Dirección General de Patrimonio del Estado -a esta fecha no modificadas o adaptadas a la nueva LCSP-.

IV.4.3º.-Perfección.

Salvo mejor criterio, el mecanismo que diferencia adjudicación provisional y definitiva artículo 135 LCSP, recuperada de la normativa predecesora del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puede considerarse aplicable, transitoriamente hasta que se apruebe la instrucción, a los contratos sujetos o no a regulación armonizada, por hallarse regulada en el artículo 135, Capítulo I LCSP, al cual se refiere el artículo 174 LCSP -DT Sexta-.

La adjudicación provisional, que necesariamente ha de ser motivada, quedará sometida al recurso especial en materia de contratación -art. 135.4 LCSP, el cual se remite a la regulación del citado recurso en el artículo 37-. Por ende, y a pesar de que el referido recurso especial se regula en el artículo 37 únicamente respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, la interpretación más acorde a derecho, permite salvo mejor criterio considerar asimismo sometida a dicho recurso la adjudicación provisional de los contratos no sujetos, por la apuntada explícita remisión al mismo en el artículo 135.4, incardinado en el Capítulo I y, por tanto, de aplicación conforme a la DT Sexta LCSP.

IV.4.3º.a)La adjudicación provisional, que se producirá en los quince días siguientes a contar desde la apertura de ofertas si solo se valora el precio, o en los dos meses siguientes si se valoran

otros criterios -si se incumplen dichos plazos, el licitador podrá retirar su proposición-, se comunicará mediante resolución motivada y se publicará simultáneamente en "un diario oficial o en el perfil del contratante" -art. 145 y 135.3 LCSP-. A efecto de soslayar esta indeterminación de la LCSP respecto de los medios en los que ha de publicarse, nos remitimos a los razonamientos efectuados respecto de la publicidad en anterior apartado de nuestro informe.

En caso de que el licitador solicite informe justificativo, habrá de remitirse el citado informe razonando los motivos de rechazo y demás exigencias contenidas en el artículo 137.1 LCSP- en cinco días hábiles -art. 135 LCSP-.

El preadjudicatario habrá de presentar obligaciones positivas y garantía durante los quince días hábiles desde la última de estas fechas: la de publicación de la adjudicación provisional o la de su comunicación a los licitadores. Durante dicho plazo, tanto en contratos sujetos como no a regulación armonizada, quedará en suspenso la adjudicación.

IV.4.3º.b) Transcurrido dicho plazo -y siempre que el adjudicatario haya presentado la documentación y constituido la garantía exigida, en su caso, y sin perjuicio de su eventual revisión vía recurso especial conforme a lo dispuesto en el artículo 37 LCSP-, dentro de los diez días hábiles siguientes se dictará adjudicación definitiva, que perfeccionará el contrato, la cual habrá de comunicarse asimismo a los candidatos y licitadores mediante resolución motivada -si se solicita, desarrollando sus motivos-, y se publicará, conforme ya avanzamos en anterior apartado de nuestro informe, en los siguientes medidos -sin perjuicio de en cualquier otro adicional que se estime oportuno-:

*Perfil del contratante -art.138-:

-Obras>50.000€.

-Servicios, suministros, y "otros">18.000€.

*DOUE, dentro de los cuarenta y ocho días ss. a la fecha de adjudicación definitiva -art. 138.2 matizado por art. 174 LCSP-: cualquier contrato = ó >100.000€.

*BOE, en el plazo citado -art. 138.2, segundo párrafo, LCSP-:

-Obras = ó >5.150.000€.

-Servicios, suministros y "otros = ó >206.000€.

V- CONTENIDO DEL CONTRATO.

V.1.- Contenido mínimo del contrato y libertad de pactos.

El contenido mínimo de los contratos del sector público resulta aplicable a los contratos sujetos o no a regulación armonizada que celebren las sociedades mercantiles del Estado -artículo 26 de la

Ley-, así como el principio de libertad de pactos -artículo 25 de la LCSP-, remitiéndonos a lo dispuesto en los epígrafes "A", apartados 5.1 a 5.8, y "B", apartado 3, de la Instrucción nº 1/2008, sin perjuicio de lo que resulte de los modelos de contratos que finalmente se aprueben.

V.2-Modificación del contrato de obras.

Respecto de los contratos administrativos, se reconoce con rango legal la posibilidad, antaño limitada a categoría reglamentaria, de introducir alteración en el número de unidades ejecutadas sin necesidad de su previa aprobación, siempre que no representen incremento superior al 10% del precio primitivo del contrato -art. 217.3 LCSP-. Con apoyo en los fundamentos de la citada Instrucción nº 1/2008, nos permitimos plantear su posible expresa remisión, reproducción o extrapolación de tal posibilidad en el contrato privado a aprobar.

Asimismo, la LCSP mantiene la posibilidad de acordar la continuación provisional de la obra si la tramitación del modificado exige su suspensión temporal y ello ocasiona graves perjuicio para el interés público, en los términos del artículo 217.4, suprimiendo el precepto la prohibición de delegación de la autorización de dicha medida excepcional por parte de la Ministra -derogado artículo 146.4 TRLCAP-.

V.3.- Revisión de precios.

Si bien las normas del Capítulo II del Título III del Libro 1 de la LCSP -artículos 77 a 82- resultan sólo aplicables a los contratos de las Administraciones Públicas, ajustándose la revisión de precios, en los restantes casos, a "la forma pactada en el contrato" -artículo 75.3- en aplicación del principio de libertad de pactos -artículos 25 de la LCSP y 1255 del Código Civil-, no resultando en consecuencia de imperativa aplicación los preceptos relativos a revisión de precios -art. 75.3 LCSP-, nada impide optar por su aplicación, a mayor abundamiento teniendo en cuenta la inclusión de la correspondiente fórmula en cada proyecto de construcción que -sin distinción respecto de si la gestión de su ejecución va o no a encomendarse a una Sociedad estatal- viene aprobando la Administración General del Estado, sin ostentar la Sociedad estatal facultad para su variación. A tal efecto, en el Pliego y/o contrato puede reflejarse la fórmula determinada o efectuar expresa remisión a sus concretos preceptos reguladores -arts. 77 a 82 LCSP-.

Ha de advertirse que la nueva LCSP permite considerar aplicable la revisión de precios ex lege, es decir, salvo que en el Pliego y contrato se diga que no procede y se motive en el expediente -art. 77.1 LCSP-.

En caso de, como decimos, optar por dicha remisión o reproducción de preceptos, en tanto no se aprueben reglamentariamente nuevas fórmulas -conforme apunta el artículo 79.4 y 5 LCSP-, rigen las fórmulas de 1970¹⁵, las cuales reflejan la ponderación en el precio del contrato de los materiales básicos y la energía incorporados al proceso de

¹⁵ En Informe de 1997, la Junta Consultiva de Contratación consideró derogado el resto de 0,25.

generación de las prestaciones objeto del mismo, sin incluir en la fórmula propiamente el coste de mano de obra, financiero, gastos generales o de estructura ni beneficio industrial -artículo 79 LCSP-

No obstante, transcurrido un años desde la entrada en vigor la LCSP, sin que se hayan aprobado las nueva fórmulas, se aplicarán las vigentes si bien con exclusión del efecto de variación de precio de la mano de obra -DT Segunda-. No aclara el precepto si ello se aplicará sobre las licitaciones en curso, contratos adjudicados o en fase de revisión.

Advertir que, si se opta por utilizar la fórmula del IPC, sólo se abonará al 85% -artículo 78.3-.

V.4.- Responsable del contrato.

Se crea la figura del responsable del contrato, a designar, con carácter potestativo, y facultar por el órgano de contratación para supervisar su ejecución y dictar las instrucciones a fin de asegurar su correcta ejecución, pudiendo ser una persona física o jurídica, vinculada o ajena a la Sociedad -art. 41 LCSP-.

En los contratos de obra, sus facultades se entenderán sin perjuicio de las del Director Facultativo, conforme al Capítulo V, del Título II, del Libro IV.

V.5.- Cesión del contrato y subcontratación.

El modelo de contrato tipo podrá establecer el mismo régimen que el dispuesto por la LCSP en cuanto a los requisitos a que se supedita la procedencia de la cesión del contrato y de la subcontratación o un régimen jurídico distinto.

En relación con el subcontrato, advertir algunas exigencias de la LCSP:

-Si se prevé en el Pliego y anuncio, los licitadores deberán indicar en su oferta la parte del contrato que prevean subcontratar, importe, nombre y perfil empresarial de los subcontratistas.

-Únicamente podrán formalizarse los subcontratos transcurridos veinte días desde la notificación y aportación documental, entendiéndose que concurre silencio positivo -art. 210.2.c LCSP-.

-Si el Pliego no lo limita, podrá subcontratarse hasta el 60% del contrato.

-Podrá obligarse al contratista, según se haya determinado en el Pliego y anuncio, a subcontratar hasta el 30% del importe del contrato, pudiendo considerarse circunstancia esencial cuyo incumplimiento puede motivar la imposición de penalidades e incluso ser causa de resolución contractual -art. 210.7 LCSP-.

VI.-IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD ESTATAL.

En la fecha de elaboración de esta nota, se tiene conocimiento de la condena a España por el TJCE, S. de 3 de Abril de 2008, por

incumplimiento de obligaciones en materia de recursos en el ámbito de la contratación, al no prever su normativa plazo obligatorio para que la Entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación del contrato a todos los licitadores ni plazo de espera obligatorio entre la adjudicación y formalización del contrato. Aunque dicha condena se vincula al TRLCAP, y la nueva LCSP parece atender, a grandes rasgos, a la normativa de la Unión Europea dictada en materia de recursos, algunos aspectos de la LCSP previsiblemente sean objeto de revisión y modificación; por ejemplo, la LCSP no contempla la impugnación de la adjudicación definitiva; sin perjuicio del apuntado régimen transitorio aplicable hasta que se apruebe la instrucción interna, su artículo 37 limita el recurso especial a los actos preparatorios y de adjudicación provisional de los contratos armonizados -y, confusamente, determinados contratos de servicios no armonizados-, cuya controversia residencia en el orden contencioso -nos remitimos a lo ya expuesto al respecto, art. 37.10 LCSP-; y determina la competencia del orden civil para conocer de las cuestiones relativas a preparación y adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada -art. 21 LCSP-.¹⁶

En consecuencia, hasta que se apruebe la instrucción interna de la Sociedad reguladora de los contratos no armonizados, en aplicación de lo dispuesto en la DT Sexta y artículos 21.1 y 2, 37, 135, 137, 174 LCSP, en cuanto a impugnación de los actos de preparación y de adjudicación salvo mejor criterio resultaría aplicable el siguiente régimen:

-La configuración del recurso obligatorio previsto en el artículo 37 de la LCSP -si bien regulado respecto de los sujetos a dicha regulación, extensible transitoriamente a los contratos no sujetos a regulación armonizada por remisión al artículo 37 del artículo 135.4 LCSP- y el resto de razonamientos ya apuntados, llevan a considerar el orden jurisdiccional civil como competente para conocer de las reclamaciones que puedan suscitar los actos de preparación y adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada -nos remitimos a lo expuesto en relación con los artículos 21.2 y 37.4 de la LCSP-.

-La LCSP introduce un régimen especial de recurso o revisión de decisiones en materia de contratación -artículos 37 y 38-¹⁷.

En el ámbito de esta Sociedad estatal, hasta que se aprueben las instrucciones reguladoras de los contratos no armonizados, la diferenciación entre adjudicación provisional y definitiva, prevista respecto de contratos sujetos a regulación armonizada, se aplica asimismo a los no sujetos a ésta, y, en particular, el régimen previsto para el recurso especial -expresa remisión del artículo 135.4 al art. 37 LCSP-.

¹⁶ Su objetivo de lograr que todos los licitadores tengan la oportunidad de que sus reclamaciones, fundadas en vicios de procedimiento, se conozcan antes de producirse la adjudicación definitiva del contrato, conforme a la Directiva 2007/66/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/66/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

¹⁷ Si un contrato subvencionado se adjudica por un poder adjudicador, se aplicarán las normas de contratación previstas para éste, salvo la relativa a la determinación de la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación y para adoptar medidas cautelares en el procedimiento de adjudicación, que se regirá, en todo caso, por la regla establecida en el segundo párrafo del artículo 37.4.

Al resultar dicho recurso especial obligatorio y preclusivo para acceder al control jurisdiccional contencioso-administrativo, excluyendo el sistema de recursos ordinarios previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es importante que en el Pliego y, en su caso, en la comunicación de la adjudicación provisional del contrato se incluya referencia detallada al mismo, así como a la jurisdicción competente.

-Es objeto del mismo toda actuación preparatoria contractual - apartados 2 y 9 del artículo 37-: anuncios, pliegos -administrativo o técnico- o cualquier documento que establezca las características de la prestación, acuerdos de adjudicación provisional- y actos de trámite que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Es posible solicitar la adopción de medidas provisionales al tiempo de presentarse el referido recurso, o independientemente, con anterioridad a su interposición -art. 38 LCSP-. La decisión ha de dictarse en el plazo de dos días hábiles siguientes a la presentación del recurso o escrito.

La interposición del recurso contra el acto de adjudicación provisional ha de formalizarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a la notificación o publicación del acto impugnado -si es la adjudicación provisional, a partir de la última de las fechas de su publicación en el diario oficial correspondiente o en el perfil del contratante-.

Al poder presentarse el escrito del recurso en el registro de la Sociedad o en el del Ministerio competente para su resolución, puede plantearse la situación de que, formulado recurso contra una adjudicación provisional ante el Ministerio correspondiente, éste no comunique inmediatamente dicha interposición a la Sociedad estatal, y ésta eleve a definitiva la adjudicación transcurridos los quince días legalmente establecidos. Sin perjuicio de cualquier otra medida que se tenga a bien plantear al efecto de soslayar tal situación, se considera necesario insertar en el Pliego una obligación "adicional" para el licitador, la de comunicar paralelamente a dicha Sociedad la interposición del recurso.

Trasladado el recurso a los interesados, en todo caso, a los licitadores, disponen de un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Transcurrido dicho plazo o recibidas las alegaciones, en el plazo de cinco días hábiles ha de resolverse el recurso.

La formulación del recurso conlleva la suspensión de la tramitación del expediente hasta que se resuelva "expresamente" el recurso, sin que pueda procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato -la única excepción a dicha suspensión es la determinada en el inciso segundo del propio artículo 37.7 y 38-.

Durante el plazo de quince días -artículo 135.4 de la LCSP- no puede producirse la elevación a definitiva de la adjudicación provisional.

-La competencia para la resolución del recurso se atribuye, de forma confusa, al "titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela", si aquella está vinculada a más de una Administración, al órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria -artículo 37, apartado 4 LCSP-.

-La resolución del recurso especial por el Ministerio de adscripción o tutela -estimando total o parcialmente o desestimando las pretensiones formuladas, declarando su inadmisión, anulando las decisiones ilegales adoptadas en el procedimiento de licitación, suprimiendo características técnicas, económicas o financieras que fueran discriminatorias, declarando la retroacción de actuaciones, concediendo una indemnización a los perjudicados o incluso decidiendo la adjudicación a otro licitador- es impugnabile ante el orden jurisdiccional contencioso- administrativo -artículo 37, apartado 10, de la LCSP-.

En cualquier caso, transcurridos veinte días hábiles desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado puede considerarlo desestimado e interponer recurso contencioso-administrativo, en los términos del art. 37.9 LCSP. El procedimiento de adjudicación queda en suspenso hasta su resolución expresa.

Dpto. Jurídico
"Aguas de la Cuenca del Ebro, S.A."
15 de Mayo de 2008