

# EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS SECTORES ESPECIALES DEL AGUA, LA ENERGÍA, LOS TRANSPORTES Y LOS SERVICIOS POSTALES

JOSÉ BERMEJO VERA  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Zaragoza

I. INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA.—II. EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS DENOMINADOS «SECTORES ESPECIALES».—III. EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY.—IV. LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE ADJUDICACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS SUJETOS AFECTADOS.—V. LOS CONTRATOS EXCLUIDOS DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN.—VI. REGLAS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LOS SECTORES ESPECIALES: 1. *Los principios*. 2. *Condiciones de aptitud de los contratistas*: A) Requisitos de capacidad. B) Prohibiciones de contratar. 3. *Pliegos de condiciones y prescripciones técnicas*. 4. *Fórmulas de selección de los contratistas: criterios y técnicas de selección*. 5. *Los procedimientos y formas de adjudicación*. 6. *El supuesto de ofertas anormalmente bajas*. 7. *Adjudicación de los contratos y reclamaciones*: A) La adjudicación. B) Las reclamaciones. C) Medidas provisionales. D) El procedimiento de conciliación. E) Régimen de certificación. 8. *La subcontratación*.

## RESUMEN

La contratación pública ha alcanzado dimensiones espectaculares. Si las Administraciones públicas está sujetas a rigurosas normas internas en la celebración y realización de sus contratos, no es sólo porque los poderes legislativos consideren imprescindible el establecimiento de parámetros de actuación en defensa y protección de los intereses generales, particularmente los criterios de la eficiencia y economía del gasto público, sino porque la integración en la Unión Europea así lo exige. Motivaciones variadas, pero sustentadas en el objetivo de la cohesión y unidad del mercado europeo, imponen a los poderes públicos de los Estados miembros un comportamiento homogéneo en cuanto a la utilización de recursos públicos, a través de la figura contractual y, por tanto, de la colaboración del sector público y el privado, para la ejecución de obras, servicios, suministros o proyectos. Estos principios y reglas de armonización de los sistemas contractuales en los ordenamientos de los Estados miembros se han extendido incluso a sujetos o entidades de naturaleza jurídico-privada que actúan en el mercado contractual de ciertos sectores o actividades «especiales» al lado de los poderes públicos. Para lograr una más eficaz y eficiente administración del gasto público en todos los Estados de la Unión Europea y, sobre todo, para llegar al mayor grado de competitividad, en condiciones de igualdad y no discriminación de los agentes económicos europeos, se han implantado unos cánones de actuación ineludibles. El nivel económico y ciertas características de los contratos son, sin embargo, determinantes por ahora de la aplicación de estas reglas.

*Palabras clave*: contratación pública; sectores especiales; agua; transportes; energía; servicios postales.

## ABSTRACT

Public procurement has attained outstanding dimensions. All the public authorities of the EU Member States are subject to strict and homogeneous regulations on their contract awarding, not only to protect the general interest —especially, the economic efficiency of the public expenditure—, but also to foster the European integration process. The regulation of the public contracts and, therefore, the regulation of the collaboration between the public and the private sectors in the execution of works, services, supplies and projects aim at restraining the use of public financial resources and meeting the objectives of cohesion and unity of the European market. The principles and rules of harmonisation of the contractual rules in the legal systems of the EU Member States have transcended the boundaries of the public authorities, and apply to private entities operating in the so called «special sectors» (water, energy, transports and postal services). The EU Law has set out some unavoidable contractual standards to achieve a more effective and efficient management of the public expenditure and, furthermore, to attain a maximum degree of competitiveness throughout the EU, without prejudice of the equality and non discrimination of the European economic operators. Nevertheless, some economic thresholds and certain characteristics of the contracts still catalyse the application of such EU standards.

*Key words:* public procurement; special sectors; water; energy; transports; postal services.

## I. INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA

El establecimiento de un régimen de contratación pública, es decir, de normas específicas por las que debe regularse la actuación de las entidades del «sector público» en sus contratos con terceros, constituye una parte importante del nuevo Derecho administrativo y ha sido decisivo para un desarrollo armónico de las relaciones con el sector privado<sup>1</sup>. Como es perfectamente sabido, la promulgación de la primera Ley reguladora de los contratos «estatales» trataba de ordenar racionalmente la negociación de importantes partidas de gasto público, destinadas a la realización de infraestructuras y equipamientos de todo tipo, evitando el despilfarro y la eventual corrupción que hubiera supuesto mantener el modelo de decisionismo unilateral de

---

<sup>1</sup> El concepto de «sector público» ha sido delimitado a partir de la legislación presupuestaria, condicionante en la práctica de otras regulaciones sectoriales. Este factor hasta cierto punto coyuntural, no obstante, ha influido notoriamente en la vigente legislación. Por «sector público» se entiende el conjunto de Administraciones públicas y organismos de Derecho público, sus entidades de naturaleza pública dependientes o vinculadas, sociedades mercantiles de propiedad total o parcialmente pública o bajo el control real, en el plano de la administración, dirección o supervisión, de entes públicos, los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado y las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social (art. 2 del Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria; también, en el art. 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Y, por supuesto, en las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado.

la Administración (y demás poderes públicos) a la hora de adjudicar obras, gestión de servicios públicos, suministros, proyectos, otros servicios como limpieza, reparaciones, asesoría o *consulting*, etc., imprescindibles, sin duda, para el soporte de la actividad ordinaria de las organizaciones responsables de la procura del interés general. Como la colaboración de los particulares («sector privado», en terminología actual) ha resultado absolutamente necesaria para una mayor eficacia de la gestión de los intereses públicos, no es extraño que, en ese ámbito, la figura del contrato administrativo se convirtió —y subsiste como tal— en un factor crucial del desarrollo de los objetivos públicos, amén de elemento altamente recomendable para el reforzamiento de las economías privadas.

Por otra parte, la Unión Europea se ha preocupado con especial interés de los sistemas jurídicos y económicos de la contratación pública, abarcando por tanto a cualesquiera fórmulas convencionales entre las Administraciones públicas (o «poderes adjudicadores», en la terminología comunitaria) y los empresarios particulares («operadores económicos», según términos acuñados en la Unión Europea) para la realización de obras públicas, gestión de servicios y provisión de suministros a los poderes públicos. Consciente de su importancia de cara a la consecución de un mercado interior o único, se han elaborado documentos desde, prácticamente, la constitución de las Comunidades Europeas en los años cincuenta. Ya en el año 1971 (a través de la Decisión 71/306/CEE, de 26 de julio de 1971) se creó un Comité Consultivo para los Contratos Públicos con el objetivo de analizar el problema de las enormes diferencias de regulación y el no oculto propósito de alcanzar una cierta uniformización de los modelos existentes en los, entonces, seis Estados miembros. Esa uniformización (o armonización) del marco jurídico regulador de los contratos públicos en los Estados miembros era mucho más factible con seis miembros que con los veintisiete actuales, como lo era su consecuencia pretendida, esto es, el logro de un auténtico mercado común. Sin embargo, consolidado el propósito, no resulta ya extraña la persecución de tal uniformización jurídica pese al importantísimo cambio cuantitativo y cualitativo que se ha producido en la organización supraestatal europea. Hoy, en definitiva, nos resulta ya casi familiar la existencia de un «Derecho comunitario de la contratación pública».

El papel del Derecho comunitario en general, y muy en especial en estos sectores, se configura como un instrumento necesario de cara a la efectiva satisfacción de los objetivos consagrados en los Tratados comunitarios: afianzamiento del Derecho de la competencia y lucha contra el falseamiento de la libre concurrencia a través de la transparencia

y publicidad de las acciones públicas. Especialmente exigido ha sido y es el respeto a unas «reglas del mercado» cuando las Administraciones y demás poderes públicos se comportan —como es habitual y perfectamente notorio— como verdaderos agentes económicos.

La ordenación y regulación del sistema, privado y público, de los negocios jurídicos de carácter convencional dependen, obviamente, de cada Estado, «señor de su Ordenamiento», o, en el caso de Estados compuestos —como el Estado autonómico español—, incluso de cada uno de los otros entes dotados constitucionalmente de autonomía política y consecuente potestad legislativa. Pero, la integración del Estado español en la Unión Europea, como ocurre, por supuesto, en otros muchos ámbitos del ordenamiento, le obliga a adaptar sus sistemas contractuales jurídico-públicos a la normativa comunitaria.

El completo —y complejo— «Derecho comunitario de la contratación pública» condiciona, por tanto —y mucho—, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en este sector tan relevante jurídica y económicamente. En efecto, la Unión Europea, a través de las importantes Directivas 17 y 18/2004 del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (y alguna otra de carácter más específico, a la que luego se aludirá), trata, mediante la armonización de los instrumentos jurídicos, de erradicar conductas de las entidades públicas incompatibles con los objetivos expuestos antes enumerados, es decir, la integración efectiva de economías en un mercado interior o único. Y es lo cierto que la utilización de criterios discriminatorios de selección de los «contratistas» —los agentes u operadores económicos que colaboran con los poderes públicos de los Estados miembros de la Unión Europea—, la falta de transparencia y publicidad de las contrataciones, la abusiva atomización de las contrataciones (con la consiguiente dificultad de un control eficaz del gasto), la aplicación de excepciones en los procedimientos ordinarios de contratación y, sobre todo, la aplicación de normas «nacionales» de carácter técnico, al favorecer a determinadas personas o empresas «nacionales» con el simultáneo propósito deliberado de evitar la intervención de posibles contratistas de otros Estados miembros, son factores que dificultan la consecución de uno de los mencionados objetivos. Objetivos de los Tratados comunitarios, no se olvide, en particular el de un auténtico mercado interior, que han de estar marcados por la total supresión, entre Estados miembros, de barreras y obstáculos a la efectividad de las libertades básicas de aquellos Tratados, esto es, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

Pues bien, no hay duda de que la normativa comunitaria, vinculante para los Estados miembros, ha venido a dotar de una mayor transparencia, información, accesibilidad, especificación y equidad a

los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, de modo que las empresas europeas puedan competir en condiciones de igualdad en la obtención de recursos públicos a la hora de colaborar con las Administraciones y demás entidades del sector público, en la realización de obras públicas, gestión de servicios, adquisición de suministros en forma de bienes, productos o equipamientos variados<sup>2</sup>.

Agotada la vigencia efectiva del primer texto legal español sobre contratos estatales<sup>3</sup>, y una vez que el Estado español entró a formar parte de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) y, por tanto, vinculado por su «acervo» dispositivo (el llamado *acquis communautaire*)<sup>4</sup>, la obligatoria adaptación del Derecho interno de la contratación pública se produjo a través de la transposición de las Directivas vigentes. Inicialmente, como es bien conocido, la transposición o adaptación se llevó a cabo, un poco tarde, mediante la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995.

Ahora bien, una serie de «condenas» del Tribunal de Justicia<sup>5</sup>, por

---

<sup>2</sup> Así lo reveló, magníficamente, el no muy conocido «Informe Cecchini». Según este trabajo de expertos, los ahorros potenciales en el gasto público, eliminando todo tipo de «métodos proteccionistas» —es decir, reglas estatales de favor hacia los contratistas nacionales—, superarían la cifra (año 1986) de 530 (quinientos treinta) billones de *Ecus* (antigua «moneda» comunitaria para la unificación de valores). Véase P. CECCHINI, *The european challenge. 1992. The Benefits of a Single Market*, W. H. Aldershot, 1988. Más detalladamente, en M. CATELA, *European Integration and Public Works Contracts Regulation*, Tesis de Doctorado, Instituto Europeo de Florencia, 1995.

<sup>3</sup> Ley de Contratos del Estado, Texto articulado aprobado por Real Decreto Legislativo de 8 de abril de 1965. Para una visión general del origen y evolución del régimen de contratación del Estado, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La figura del contrato administrativo», núm. 41 de esta REVISTA, 1963; también, S. MARTÍN-RETORTILLO, «La institución contractual en el Derecho administrativo», núm. 29 de esta REVISTA, 1959. Más extensamente, J. I. MONEDERO GIL, *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977 (con un excelente prólogo de G. ARIÑO ORTIZ, a propósito de los fundamentos históricos del contrato público, así como de las instituciones contractuales en el Derecho anglosajón).

<sup>4</sup> Uno de los principios en que se asienta el Derecho comunitario, originario y derivado, es el de la primacía o prevalencia. Este ordenamiento comunitario (el «acervo» comunitario) prevalece sobre el Derecho interno de cada Estado miembro, según la clásica interpretación del Tribunal de Justicia de las, entonces, Comunidades Europeas (Sentencias pioneras de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, y de 15 de julio de 1964, *Costa/Enel*). Una exposición resumida de las formas y efectos de esa «vinculación» puede consultarse en J. BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Ed. Thomson-Cívitas, 7.ª ed., Pamplona, 2007, especialmente págs. 79 y ss.

<sup>5</sup> Destacamos, muy especialmente, las recientes Sentencias de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005. Una nueva Sentencia de 3 de abril de 2008 (Asunto 444/06) ha condenado a España por incumplimiento del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración.

inadecuada e insuficiente transposición de las Directivas comunitarias más importantes, forzaron diversos y sucesivos cambios en el mencionado texto legal. Posteriormente, la promulgación de las nuevas Directivas 18/2004 y 17/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de marzo de 2004, ha hecho necesaria una nueva adaptación de la legislación española sobre contratación pública. Las dos Leyes de 30 de octubre de 2007, Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (BOE de 31 de octubre de 2007), culminan, por ahora, el camino de la adaptación del ordenamiento contractual comunitario<sup>6</sup>.

Realmente, y como señalé en su día, «si se profesa el europeísmo —y hay muchos e importantes motivos para ello, sin duda—, no es posible la ambigüedad permanente en el proceso integrador. Este es un proceso imparabable dentro del cual juegan factores decisivos en los que es preciso mostrar seriedad. Uno de ellos es el sistema de la contratación pública, cuyos métodos y formas son objetivos básicos de la Comunidad Europea, porque son un cauce inevitable del logro del Mercado Único Europeo»<sup>7</sup>.

El sistema de contratos públicos, como probablemente lo será el ordenamiento de los contratos privados en un futuro no demasiado lejano, constituye un factor esencial para la satisfacción de los intereses generales. Por ello, la implantación y aplicación consecuente de medidas de alcance general dentro del ámbito territorial y funcional de la Unión Europea, aparte de su aceptación incondicionada, no admite objeciones o excepciones injustificadas o arbitrarias. Ni los poderes públicos están autorizados a buscar fórmulas de elusión de los métodos y fórmulas uniformes y homogéneas que aseguren una auténtica vertebración europea, ni la creación de figuras «instrumentales» o «pseudoindependientes» vale como remedio<sup>8</sup>, en nombre de

---

<sup>6</sup> En nuestra doctrina, por todos, explican esta irregular adaptación J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, especialmente págs. 55 y ss., y J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, *Contratos Públicos: Ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el Ordenamiento jurídico español*, Cívitas, Madrid, 2003. Tras la promulgación de las nuevas leyes de contratación pública, vid. J. A. MORENO MOLINA, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007, especialmente págs. 57 y ss., 113 y ss. y 130 y ss.

<sup>7</sup> Prólogo al libro de José María GIMENO FELIU, *El control de la contratación pública*, Cívitas, Madrid, 1995. De este autor, más recientemente, vid. *La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Cívitas, Madrid, 2006.

<sup>8</sup> Se trata de una cuestión muy controvertida, que ha dado lugar a copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 14 de abril de 1994 —*Ballast Nedam Groep*—, 2 de diciembre de 1999 —*Holst Italia*—, 18 de noviembre de 1999 —*Teckal*—, 11 de mayo de 2006 —*Carbotermo y Consorcio Alisei*— y 18 de enero de 2007 —*Société d'équipement du département de la Loire*—, entre otras).

una supuesta eficacia, para la aplicación de reglas comunes y garantizadoras, por igual, de los derechos e intereses de los operadores económicos aspirantes a la contratación de obras, servicios o suministros costeados con fondos públicos.

Por supuesto, los propios «intereses generales» de la Unión Europea y la transparencia, objetividad, igualdad o no discriminación, que son principios de inexcusable observancia como concreción previa y necesaria de tales intereses generales, aconsejan la generalización de reglas comunitarias en cualesquiera negocios jurídicos convencionales financiados con fondos públicos<sup>9</sup>. Diríamos que una especie de «lealtad comunitaria», de similares características y función que desempeña la *Bundestreue* (lealtad federal) en el seno de los Estados complejos, de estructura federal o cuasifederal, exige fórmulas homogéneas en la utilización de fondos públicos para la financiación de infraestructuras y equipamientos, de carácter mobiliario o inmobiliario, y la prestación de servicios en los Estados miembros de la Unión Europea.

## II. EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS DENOMINADOS «SECTORES ESPECIALES»

Como ya se ha señalado, el sistema comunitario de contratación pública desplegaba, en principio, su eficacia hacia los «poderes adjudicadores». Ha de advertirse que el concepto de poder adjudicador surge a partir de las frecuentes «fugas» de los Estados miembros respecto de sus deberes comunitarios<sup>10</sup>. Por ello, por poderes adjudicadores han de entenderse, no solamente las Administraciones públicas

---

<sup>9</sup> Entre los numerosos autores que se han ocupado del tema, pueden verse F. DÍEZ MORENO y V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, «La contratación administrativa en la UE y el ordenamiento español», *Política Exterior*, núm. 43, IX, febrero-marzo 1995, págs. 146 y ss.; J. A. SANTÍAS, V. SANTAMARÍA y C. LÓPEZ, *El Derecho comunitario de la contratación pública*, Hacienda Pública, Madrid, 1991; J. M. GIMENO FELIU, *Contratos públicos: Ámbito de aplicación...* (*ob. cit.*); J. L. BERMEJO LATRE, «La nueva Ley de procedimientos de contratación en los sectores especiales: reflexiones sobre la transposición de las directivas comunitarias», *Unión Europea Aranzadi*, vol. 26, núm. 1, 1999, págs. 31 ss.; J. M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, J. M. Bosch, Barcelona, 2005, especialmente págs. 27 y ss.; J. A. MORENO MOLINA, *La nueva Ley...* (*ob. cit.*), especialmente págs. 108 y ss., y F. J. ESCRIBUELA MORALES, *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, La Ley, Madrid, 2007, especialmente págs. 57 y ss.

<sup>10</sup> Por todos, J. M. GIMENO FELIU, «Los sujetos contratantes: alcance del concepto poder adjudicador», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 12, 2006, págs. 50 y ss., y, del mismo autor, «La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública», núm. 151 de esta REVISTA, 2000, págs. 425 y ss.

y entidades de carácter público vinculadas o dependientes —esto es, los entes formal y sustantivamente calificados como auténticos poderes dotados de prerrogativa pública—, sino cualesquiera organizaciones tuteladas o controladas, en el plano de la función administradora, directiva o gestora, por las Administraciones públicas u organismos públicos, obligadas por lo tanto al cumplimiento de las reglas comunes establecidas desde las instituciones de la Unión Europea.

Pero, además, la Unión Europea, con propósitos prácticamente idénticos en el fondo y en la forma, consideraron recomendable extender, en parte, los principios básicos del sistema a un ámbito no estrictamente público o que no puede ser calificado formalmente como tal. En realidad, también se trataba de «armonizar» una situación desigual en los modelos de contratación de ciertos sectores de actividad gestionados bien por entes públicos (o «poderes adjudicadores» en el sentido comunitario del término), bien por organismos o empresas de naturaleza cuasipública, o bien por sujetos de naturaleza jurídico-privada pero que obtenían privilegios y derechos especiales o exclusivos que les situaban en una posición monopolística.

Estos sectores de actividad fueron denominados como «excluidos», justamente porque, a pesar de su condición y semejanza estructural y finalística con la acción de los «poderes adjudicadores», quedaban fuera de la aplicación rígida de las reglas de contratación. En realidad, la denominación de «sectores especiales» es más acertada, al referirse a la explotación o gestión de actividades económicas pero de interés general, incluso calificadas formalmente como «servicios públicos» en algunos Estados miembros, que eran gestionadas o explotadas en forma desigual. En principio, se trataba de actividades directa y estrechamente relacionadas con el agua, los transportes, la energía y las telecomunicaciones. Característica común, empero, era la de que se hallaban cerrados a la libre competencia, o, dicho de otro modo, que se gestionaban en régimen de monopolio o en condiciones prácticamente monopolísticas<sup>11</sup>.

La situación exigía una intervención de las instituciones comuni-

---

<sup>11</sup> Sobre la disciplina, origen y explicación del modelo de contratación en estos sectores especiales, vid. F. DIEZ MORENO, «Las dificultades de la incorporación al Ordenamiento español de las Directivas Comunitarias sobre contratación de los sectores excluidos», *Noticias/CEE*, 1990, págs. 49 y ss. Sobre todo, el volumen colectivo, dirigido por V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Cívitas, Madrid, 1997. Más recientemente, J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, 2005, especialmente págs. 124 a 132, y, con referencia sintética a la Ley de 2007, J. A. MORENO MOLINA, *La nueva Ley... (ob. cit.)*, págs. 90 y ss.

tarias, precisamente porque la falta de homogeneización de los modelos de gestión o explotación provocaba la injusta diferenciación entre quienes estaban obligados por las reglas del sistema general de contratación pública y aquellos que se excluían de dichas normas en ámbitos de operatividad idénticos. A tal efecto, una primera Directiva del Consejo de la entonces Comunidad Europea, concretamente la 90/531/CEE, de 17 de septiembre de 1990 (luego prácticamente sustituida por la refundición de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993), complementada por la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, abordó el espinoso problema de la homogeneización de las normas de contratación en sectores determinados de la actividad económica gestionados desde los poderes públicos, o bajo su control, o por entes más o menos dependientes pero no sujetos a la normativa comunitaria general.

No obstante, la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 19 de mayo de 1995 consideró innecesaria la transposición de la Directiva 93/38/CEE, dado que el estricto campo de aplicación de la mencionada Ley no estaba forzado por el plazo, ya que no sería de aplicación, en cuanto a los contratos de obras o suministros, hasta el 1 de enero de 1996 y, para los contratos de «de servicios», hasta el 1 de enero de 1997. Por eso, la disposición transitoria sexta de la Ley especificaba lo siguiente:

*«1. Los órganos de contratación que celebren contratos comprendidos en el ámbito de la Directiva 93/38/CEE, relativos a los sectores de agua, energía, transportes y telecomunicaciones, no estarán obligados a cumplir, respecto a estos contratos, las obligaciones de publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas previstas en esta Ley hasta el 1 de enero de 1996, si se trata de contratos de obras o suministros y hasta el 1 de enero de 1997, si se trata de contratos de consultoría y asistencia y servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales.*

*2. En tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las Entidades de Derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1 continuarán rigiéndose en su actividad contractual por las normas que en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, les resulten aplicables, sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa».*

En puridad, las actividades económicas de explotación o gestión del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, tradicionalmente representativas de los monopolios estatales, estaban en manos de entidades públicas o de organismos o empresas que, por evidentes e indiscutidas razones de interés público perfectamente constatado, gozaban para la explotación de estas actividades, de concesiones, autorizaciones especiales o cualesquiera otros instrumentos jurídicos semejantes. Como es perfectamente demostrable, los Estados de todo el mundo, y por supuesto los Estados miembros de la Unión Europea, salvo en cuestiones de «titularidad» formal de ciertas actividades, han considerado imprescindible, si no la explotación y gestión directa de las actividades económicas de suma importancia para la satisfacción de necesidades públicas, al menos el control del ejercicio o la gestión y explotación de tales sectores<sup>12</sup>. No obstante, las similitudes no justifican una aplicación incondicionada de las reglas de contratación pública. Como advierte la exposición de motivos de la vigente Ley:

*«... el Derecho comunitario europeo ha previsto para los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, un régimen normativo distinto al aplicable a los contratos de las Administraciones públicas, cuyas directivas reguladoras fueron objeto de transposición por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual, entre ellos la selección del contratista, es menos estricto y rígido que el establecido en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, asegurando en todo caso los principios de apertura del mercado, principios de publicidad y concurrencia.*

*La Comisión Europea estimó en su momento, ponderando, como se preocupó de señalar, razones políticas, estratégicas, económicas, industriales y jurídicas, que era oportuno introducir criterios originales o específicos en el*

---

<sup>12</sup> Las resistencias a la transposición de las antiguas Directivas 92/13CEE, 93/38/CEE y 98/4/CE, sobre sectores excluidos, han sido notorias. De ahí las numerosas condenas a los Estados miembros, que resume M. CATELA en su libro *Contratação Pública nos sectores da água, energia, transportes e telecomunicações*, Associação Forum Mercados Públicos, Lisboa, 2002.

*campo contractual de los entonces denominados sectores excluidos, ya que éstos, en el contexto de los países comunitarios, están gestionados por entidades u organismos públicos o privados de manera indistinta»<sup>13</sup>.*

El proceso de ampliación de las reglas de armonización —incluso de uniformización— en los modelos de contratación pública ha superado, pues, los ámbitos circunscritos a la tradicional obra pública, suministro y servicios de las Administraciones y demás entes públicos. Porque aquellos sectores de indudable interés y repercusión pública, inicialmente excluidos, por sus especiales condiciones de organización, gestión y explotación, del sistema general de contratación, se hallan ya vinculados a reglas comunes de finalidad y contenido muy similar. En el fondo subyace la idea del mercado único y la vertebración europea, al menos en lo que se refiere al gasto público mediante instrumentos de contratación. No importa tanto la condición de los «poderes públicos» adjudicadores, la de sus delegados o agentes o la de operadores privados que actúan, en realidad, como *alter ego* de aquéllos.

### III. EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY

La cuantía o importe de los contratos determina, además de su objeto, la aplicación de la Ley. Así, los contratos sometidos a las obligaciones derivadas de la Ley son los de obras, de suministro y de servicios celebrados en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales, siempre que su importe o valor estimado sea igual o superior, respectivamente, a 5.150.000 euros o 412.000 euros<sup>14</sup>. En segundo lugar, el ámbito objetivo de aplicación de los procedimientos de contratación son los «sectores especiales», por referencia a la Directiva 17/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004<sup>15</sup>.

Se entienden como sectores especiales (arts. 7 a 12 de la Ley) los siguientes:

<sup>13</sup> Exposición de motivos de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

<sup>14</sup> Estas cuantías se han fijado por el Reglamento 1422/2007/CE de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, transcrito en este punto por la Orden EHA 3875/2007, de 27 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 2007).

<sup>15</sup> Un sucinto comentario a las principales novedades introducidas por esta Directiva, respecto a las precedentes y citadas en el texto, puede verse en J. M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, *Los procedimientos de adjudicación de los contratos...* (ob. cit.), págs. 46 y ss.

### 1. *Sector del agua.*

La actividad de puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable o el suministro de agua potable a dichas redes. Lógicamente, entran dentro de este apartado los contratos o los concursos de proyectos adjudicados u organizados por las entidades que ejerzan las mencionadas actividades, cuando tales contratos tengan relación con proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje y el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20% del volumen de agua total disponible merced a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje, y también los contratos relativos a proyectos o concursos de proyectos para la evacuación o tratamiento de aguas residuales.

### 2. *Sector energético.*

#### A) Gas y calefacción.

La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de gas o calefacción, o el suministro de gas o calefacción a dichas redes.

#### B) Electricidad.

La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de electricidad o el suministro de electricidad a dichas redes.

#### C) Petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos.

La prospección o extracción de petróleo, gas, carbón u otros combustibles sólidos de una zona geográfica determinada, o la puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales de los aeropuertos, de los puertos marítimos o interiores o de otras terminales de transporte.

### 3. *Sector del transporte.*

La puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable. A estos efectos, hay red en el transporte cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones operativas (itinerarios, capacidad de transporte disponible o frecuencia del servicio) establecidas por la autoridad competente.

### 4. *Sector postal.*

Los servicios postales o actividades relacionadas, pero distintas, de los servicios postales, cuando se presten por una entidad que también

presta servicios postales, tales como servicios de gestión de servicios de correo; servicios de valor añadido vinculados a medios electrónicos y prestados íntegramente por esta vía, incluida la transmisión segura de documentos codificados por vía electrónica; los servicios de gestión de direcciones y la transmisión de correo electrónico certificado; los servicios relativos a envíos postales distintos, como por ejemplo la publicidad directa sin indicación de destinatario; los servicios financieros (giros y las transferencias postales, excepto transferencias de títulos o transacciones de dinero o capital); los servicios filatélicos, y los servicios logísticos (que combinan la distribución física y la lista de correos con otras funciones no postales). En estos casos, siempre y cuando no se trate de una actividad sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado.

En cambio, y por motivos no especificados en la Directiva, pero tal vez considerados como «autoconsumo» inestimable desde las perspectivas que orientan los objetivos comunitarios, no se consideran sujetas ciertas actividades relacionadas con los sectores especiales. Así, en lo que se refiere al agua, no se aplican las normas legales a la contratación de suministro de agua potable a redes destinadas a prestar un servicio al público por parte de una entidad contratante distinta de los poderes adjudicadores; no se considera actividad sujeta a esta Ley cuando la producción de agua potable, por parte de la entidad de que se trate, se realice porque su consumo es necesario para el ejercicio de una actividad no comprendida dentro de las actividades incluidas en los sectores especiales y la alimentación de la red pública dependa exclusivamente del propio consumo de la entidad y no haya superado el 30% de la producción total de agua potable de la entidad, tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en cuestión.

En lo relativo a la energía, tampoco se considera como actividad sujeta a las prescripciones de esta Ley el suministro de gas o calefacción a redes destinadas a prestar un servicio al público, por parte de una entidad contratante distinta de los poderes adjudicadores, cuando la producción de gas o de calefacción por la entidad de que se trate sea una consecuencia inevitable del ejercicio de una actividad distinta de las incluidas dentro de los sectores especiales, ni cuando la alimentación de la red pública tenga el único propósito de explotar, desde el punto de vista económico, dicha producción y corresponda, como máximo, al 20% del volumen de negocios de la entidad, tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en cuestión.

Por último, respecto a la energía eléctrica, no se considera actividad sujeta el suministro de electricidad a redes destinadas a proporcionar un servicio al público por parte de una entidad contratante distinta de los poderes adjudicadores cuando la producción de electricidad por parte de la entidad de que se trate se realice porque su consumo es necesario para el ejercicio de una actividad no incluida en los sectores especiales, ni cuando la alimentación de la red pública dependa exclusivamente del propio consumo de la entidad y no haya superado el 30% de la producción total de energía de la entidad, tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en cuestión<sup>16</sup>.

En lo que se refiere al transporte, no obstante, se exceptúan los servicios de transporte en autobús cuando otras entidades puedan prestar libremente dicho servicio, bien con carácter general o bien en una zona geográfica determinada, en las mismas condiciones que las entidades contratantes. Por supuesto, no hay mención alguna a los transportes aéreos y marítimos, sencillamente por encontrarse tales actividades abiertas a la competencia<sup>17</sup>.

Esta compleja descripción de las actividades a que se extiende necesariamente la aplicación de procedimientos específicos de contratación, en las condiciones que veremos luego, ha de completarse con algunas importantes «reglas de matización».

En primer lugar, cuando los contratos sujetos al específico procedimiento de adjudicación estén destinados a la realización de varias actividades combinadas (o sea, en los diversos sectores afectados), deberán aplicarse las reglas concernientes a la actividad principal. La dificultad de discernir el objeto principal del contrato no obstaculiza la aplicación de los procedimientos, pero entiendo que, en estos supuestos, ante el silencio legal, habrá de ser la entidad adjudicataria quien tome la decisión al respecto.

En segundo lugar, si uno de los objetos del contrato debe someterse al procedimiento específico de adjudicación en los sectores especiales, y otro ha de sujetarse a la normativa general de la contratación pública y resulta imposible discernir cuál de los objetos del contrato es el principal, debe aplicarse la normativa general de contratos públicos.

En tercer lugar, si uno de los objetos del contrato exige la aplica-

---

<sup>16</sup> Artículo 3, apartados 3 y 4, y artículo 4, apartado 3, de la Directiva 17/2004.

<sup>17</sup> Artículo 5, apartado 2, de la Directiva 17/2004. No se incluyen los transportes aéreos ni marítimos, en la medida en que los Reglamentos comunitarios 3975/87/CEE y 3976/87/CEE, ambos del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, y de aplicación directa en los Estados miembros, garantizaban ya la libre competencia en estos sectores del transporte.

ción del procedimiento especial y el otro u otros ni están sujetos a éste ni al de la normativa general de contratación, y resulta imposible determinar qué tipo de objeto ha de considerarse principal, habrá de aplicarse el procedimiento específico de los sectores especiales.

En cuarto lugar, finalmente, el procedimiento de adjudicación contractual de las actividades consideradas como sectores especiales no se aplicará en los casos en que dichas actividades estén abiertas a la competencia en mercados cuyo acceso no se encuentre limitado<sup>18</sup>.

#### IV. LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE ADJUDICACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS SUJETOS AFECTADOS

La determinación de los sujetos contratantes es una cuestión esencial en los sectores especiales, porque las actividades incluidas en ellos están vinculadas a una gran cantidad de agentes, empresas, entidades o concesionarios, sean públicos o privados o de naturaleza mixta, etc., dentro del espacio territorial de la Unión Europea. Por eso, la legislación, siguiendo la pauta de la Directiva, aclara el ámbito subjetivo de su aplicación desde la perspectiva de los entes contratantes, en los siguientes términos:

Son entidades contratantes sujetas a las prescripciones sobre procedimientos de adjudicación los organismos de Derecho público o empresas públicas y los sujetos jurídicos que, sin ser organismos de Derecho público o empresas públicas, tengan derechos especiales o exclusivos<sup>19</sup>.

a) En cuanto a la primera característica, ha de entenderse como organismo de Derecho público cualquier entidad que haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general, no industriales o mercantiles, esté dotada de personalidad jurídica pro-

<sup>18</sup> Artículos 13 y 14 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

<sup>19</sup> Naturalmente, en la Directiva se incluyen también los «poderes adjudicadores», es decir, el Estado y demás entes territoriales (Comunidades Autónomas y Entidades Locales), así como sus eventuales asociaciones. Sin embargo, la Ley (arts. 5 y 6) excluye a todas las Administraciones públicas de su ámbito de aplicación, justamente porque las entidades que tengan la condición de Administración pública, según el artículo 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, están sometidas a los más rígidos cánones de esta última. Por tanto, si se hallan sujetas a la Ley de sectores especiales las entidades públicas empresariales estatales, autonómicas y locales. En cualquier caso, si las Administraciones públicas adjudican «contratos sujetos a regulación armonizada» (es decir, los que superen los umbrales comunitarios y los de colaboración público-privado) habrán de tener en cuenta los umbrales previstos en esta Ley de sectores especiales, más elevados (art. 16), y las exclusiones contractuales (arts. 14 y 18). Además, los interesados podrán utilizar el procedimiento de conciliación, al que posteriormente aludiré.

pia y su actividad esté financiada mayoritariamente por alguna Administración pública u otros organismos de Derecho público. Asimismo, se considerará entidad pública contratante aquella cuya gestión esté sujeta a un control por parte de alguna Administración pública, o cuente con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia más de la mitad de cuyos miembros sean nombrados por la Administración pública o por un organismo de Derecho público<sup>20</sup>.

b) Se considera empresa pública a las entidades públicas empresariales pertenecientes a cualquier Administración pública, a las sociedades mercantiles de carácter público y toda aquella entidad u organismo sobre el que los «poderes adjudicadores» puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. La «influencia dominante» se identifica con la posesión de mayoría del capital suscrito de la empresa, con la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o con la potestad de designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

c) Por último, están sometidos a la Ley los sujetos o entidades contratantes de naturaleza jurídico-privada que tengan «derechos especiales o exclusivos» concedidos por una Administración pública, por un organismo de Derecho público o por una entidad pública empresarial. A tal efecto, por derechos especiales o exclusivos se entienden los que habilitan a la gestión o explotación de una de las actividades incluidas en los sectores del agua, energía, transporte y servicios postales, en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa, cuando las facultades otorgadas tengan como efecto limitar a otros el ejercicio de una de aquellas actividades y la limitación afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades para ejercer dicha actividad.

Podría considerarse que el elemento definitorio principal de los derechos especiales o exclusivos vendría de la mano de la circunstan-

---

<sup>20</sup> Para concretar el concepto de organismo público, como quiere la normativa comunitaria, no ha existido hasta ahora doctrina absolutamente unívoca. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha de atenderse a la «naturaleza de la actividad» en que se materializan las «necesidades de interés general» que no tengan exclusivo carácter mercantil. Sólo en este último caso, es decir, cuando sea patente que la única finalidad del organismo público es «económica» (comercial, industrial), se justifica la no aplicación del régimen de contratación pública a las entidades de titularidad pública. Véanse, por todas, las Sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96, *Mannesmann*) y de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/95, *BFI Holding*). A estas cuestiones aludían precisamente las citadas Sentencias de 15 de mayo y 13 de octubre de 2003, relativas a España.

cia de que la entidad contratante utilizase un procedimiento de expropiación pública o de imposición de servidumbre de forma unilateral y forzosa, es decir, sin el consentimiento de los afectados. Sin embargo, los derechos especiales o exclusivos apuntan a circunstancias de mayor calado. Por eso, la Directiva aclara en su exposición de motivos lo siguiente:

*«Debe haber una definición adecuada de la noción de derechos especiales y exclusivos. Dicha definición tiene como consecuencia que el hecho de que, con el fin de construir las redes o las instalaciones portuarias o aeroportuarias, una entidad pueda recurrir a un procedimiento de expropiación, o utilizar el suelo, el subsuelo y el espacio situado sobre la vía pública para instalar los equipos de las redes no constituye en sí mismo un derecho exclusivo o especial a efectos de la presente Directiva. El hecho de que una entidad suministre agua potable, electricidad, gas o calefacción a una red que a su vez sea explotada por una entidad que goce de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente del Estado miembro correspondiente tampoco constituye en sí mismo un derecho exclusivo o especial a efectos de la presente Directiva. Del mismo modo, los derechos que un Estado miembro reconozca, de cualquier forma, incluso mediante actos de concesión, a un número limitado de empresas basándose en criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, que ofrezcan a todos los interesados que puedan cumplirlos la posibilidad de beneficiarse de los mismos, no deben considerarse como derechos especiales o exclusivos»<sup>21</sup>.*

Desde el punto de vista de los sujetos afectados, tiene interés señalar que las disposiciones vinculantes sobre procedimientos de adjudicación no serán aplicables en los contratos de servicios, de suministros o de obras adjudicados por una entidad contratante a una «empresa asociada» o por una «empresa conjunta» a una empresa asociada a la entidad contratante. Tampoco se aplicarán a los contratos adjudicados por una empresa conjunta, constituida exclusivamente por varias entidades contratantes con el fin de desarrollar las acti-

---

<sup>21</sup> De esta modificación se hace eco J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Derecho administrativo en la contratación entre privados...* (ob. cit.), pág. 171.

vidades incluida en los sectores especiales a una de dichas entidades contratantes, ni a los contratos adjudicados por una entidad contratante a una empresa conjunta de la que forme parte.

Hay, pues, cuatro factores a resaltar y analizar en estos casos. En primer lugar, el tipo y volumen de la contratación. En los de contratos de obras, servicios y de suministros, cuando, como mínimo, el 80% del promedio del volumen de negocios que la empresa asociada haya efectuado en los últimos tres años en materia de obras, servicios y suministros provenga de la prestación de dichas obras o servicios a las empresas con las que esté asociada. Cuando no se disponga del volumen de negocios de los tres últimos años, debido a la fecha de creación o de inicio de las actividades de la empresa asociada, será suficiente que dicha empresa demuestre que la realización del volumen de negocios exigidos sea verosímil, en especial mediante proyecciones de actividades. Y en los casos en que haya más de una empresa asociada a la entidad contratante prestando obras, servicios o suministros, idénticos o similares, los porcentajes mencionados se calcularán teniendo en cuenta el volumen de negocios total resultante respectivamente de la realización de obras, prestación de servicios o suministros por dichas empresas asociadas.

En segundo lugar, el concepto de empresa asociada o conjunta. Por empresa asociada se entiende la empresa que presente cuentas anuales consolidadas con las de la entidad contratante, y también, en el supuesto de entidades no incluidas en dicho precepto, aquella sobre la cual la entidad contratante pueda ejercer, directa o indirectamente, una «influencia dominante» (recordemos que se trata de mayoría de capital, votos o designación de más de la mitad de administradores) o que pueda ejercer una influencia dominante sobre la entidad contratante, o que, como la entidad contratante, esté sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que las rigen. Por empresa conjunta debe entenderse la constituida exclusivamente por varias entidades contratantes con el fin de desarrollar las actividades incluidas dentro de los sectores especiales<sup>22</sup>.

En tercer lugar, la faceta temporal. En efecto, la constitución de empresas conjuntas garantizará, como mínimo, la supervivencia de la organización empresarial durante tres años, y el instrumento jurídico por el que se haya constituido dicha empresa conjunta debe estipular expresamente que las entidades contratantes que la constituyen serán parte de la misma al menos durante el mismo período.

En cuarto lugar, si las entidades contratantes aplican alguno de los

---

<sup>22</sup> Artículo 42 del Código de Comercio.

supuestos anteriores, habrán de comunicar a la Comisión Europea, siempre que ésta lo solicite, el nombre de las empresas o empresas conjuntas de que se trate, la naturaleza y el valor de los contratos de que se trate y los elementos que dicha Comisión considere necesarios para probar que las relaciones entre la entidad contratante y la empresa o la empresa conjunta a la que se adjudiquen los contratos cumplen los requisitos exigidos.

En el fondo, por tanto, se trata de extender las prescripciones del sistema general comunitario de la «contratación pública» incluso a empresas privadas que actúan en campos de incuestionable relevancia pública o interés público. La similitud de función y objetivo recomienda igual regla, superando la artificiosa distinción que tiene lugar, a veces, entre servicios públicos o actividades públicas declarados legalmente como tales y servicios de interés público o social, así como entre la gestión o explotación de estas actividades por parte de auténticos entes públicos (o sus asimilados instrumentales) o de entidades, empresas o incluso personas físicas (concesionarios particulares) de naturaleza jurídico-privada que ostentan posiciones de cierto privilegio en su gestión o explotación dada la índole especial de la actividad o servicio desarrollados.

## V. LOS CONTRATOS EXCLUIDOS DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

Desde el punto de vista de la tipología de los contratos, en primer lugar, lógicamente, las «entidades contratantes» que operan en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales no están obligadas a aplicar las normas sobre procedimiento de contratación en sus contratos que celebren por debajo de los umbrales (presupuesto, precio, importe o valor estimado de los contratos) antes expuestos, ni tampoco en sus concursos de proyectos que no superen dichos umbrales<sup>23</sup>. Tanto la Directiva 17/2004 como la propia Ley de transposición establecen una minuciosa metodología para calcular el valor estimado de los contratos, acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición<sup>24</sup>. Tampoco están vinculadas por tales normas en contratos o concursos de proyectos con fines distintos de la realización de

<sup>23</sup> Según el artículo 16 de la Ley, el umbral para los contratos de suministro y de servicios se fija en 422.000 euros, y el de los contratos de obras, en 5.278.000 euros. No obstante, estas cantidades han sido rebajadas a 412.000 y 5.150.000 euros, respectivamente, como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento comunitario de la Comisión 1422/2007, de 5 de diciembre (Orden ministerial EHC 3875/2007, de 27 de diciembre, dictada en cumplimiento de éste).

<sup>24</sup> Artículo 17 de la Directiva y artículo 17 de la Ley.

las actividades perfectamente delimitadas en la legislación aplicable, ni, por supuesto, para la realización de dichas actividades en un país tercero, en circunstancias que no supongan la explotación física de una red o de un área geográfica dentro de la Unión Europea.

Pero, además, y por su naturaleza o sus características, se excluyen asimismo varias categorías de contratos:

a) Los contratos que se adjudiquen a efectos de reventa o arrendamiento financiero o a terceros. Ahora bien, y siguiendo la misma lógica que en los contratos típicos de los sectores especiales, esta excepción no tendrá lugar cuando la entidad contratante goce de derechos especiales o exclusivos de venta o arrendamiento del objeto de dichos contratos y no existan otras entidades que puedan venderlos o arrendarlos libremente en las mismas condiciones que la entidad contratante. En este caso, las entidades contratantes comunicarán a la Comisión Europea, si ésta lo pide, todas las categorías de productos, prestaciones, realizaciones o actividades que consideren excluidas<sup>25</sup>.

b) Por motivos subjetivos y no bien explicados, pero relacionados con la perspectiva del «autoconsumo», no se aplica el procedimiento contractual específico a los contratos de adquisición de agua que adjudiquen las entidades contratantes relacionadas en la disposición adicional segunda de la Ley. Lo mismo ocurre con los contratos que las entidades contratantes obligadas por la normativa adjudiquen para el suministro de energía o de combustibles destinados a su propia producción de energía<sup>26</sup>.

Asimismo, se excluyen los contratos que tengan por objeto:

1) La adquisición o arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes, con la salve-

---

<sup>25</sup> Las entidades contratantes, no obstante, están obligadas a comunicar a la Comisión Europea, cuando ésta lo solicite, todas las categorías de realizaciones, productos y demás prestaciones o actividades que consideren excluidas de los procedimientos específicos de adjudicación de contratos (arts. 18 de la Ley y 19 de la Directiva 17/2004).

<sup>26</sup> Esta disposición procede del artículo 26 de la Directiva 17/2004. En el apartado 1 de la disposición adicional segunda de la Ley de sectores especiales figuran expresamente mencionados el Canal de Isabel II, Aigües Ter-Llobregat, Consorcio de Aguas de Tarragona, además de otras entidades públicas integradas o dependientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales que actúan en el ámbito de la distribución de agua potable, u otras entidades privadas que tienen concedidos derechos especiales o exclusivos en el ámbito de la distribución de agua potable. Asimismo, en el ámbito de la energía, figuran expresamente mencionadas en los apartados 2 a 5 varias entidades, además de otras que operan en los sectores energéticos en virtud de las Leyes del sector eléctrico, de hidrocarburos y de minas (Leyes, respectivamente, 54/1997, de 27 de noviembre; 34/1998, de 7 de octubre, y 22/1973, de 21 de julio).

dad de los contratos de servicios financieros adjudicados simultáneamente con anterioridad o posterioridad al contrato de adquisición o arrendamiento, en cualquiera de sus formas.

- 2) El arbitraje y la conciliación.
- 3) La emisión, compra, venta y transferencia de títulos o de otros instrumentos financieros; en particular, las transacciones de las entidades contratantes para obtener dinero o capital.
- 4) Los contratos regulados en la legislación laboral.
- 5) Los servicios de investigación y desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad contratante para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad remunere totalmente la prestación del servicio.
- 6) Los contratos de servicios que se adjudiquen a un «poder adjudicador» según la normativa general de contratación pública, o a una asociación de dichas entidades, basándose en un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
- 7) Los contratos que hayan sido declarados secretos por el órgano competente o cuya ejecución deba ir acompañada de especiales medidas de seguridad, con arreglo a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o cuando así lo requiera la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.
- 8) Los contratos regulados por normas de procedimiento distintas y adjudicados en virtud de un acuerdo internacional celebrado de conformidad con el Tratado entre un Estado miembro de la Unión Europea y uno o varios terceros países, que cubra obras, servicios o suministros o concursos de proyectos destinados a la ejecución o explotación conjunta por los Estados signatarios de un proyecto.
- 9) Los contratos efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas.
- 10) Los contratos efectuados por el procedimiento específico de una organización internacional.
- 11) Las concesiones de obras o de servicios que sean adjudicadas por las entidades contratantes que ejerzan una o varias de las actividades de los sectores especiales, cuando estas concesiones se adjudiquen para desarrollar dichas actividades<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Todas estas exclusiones están perfectamente tipificadas en la Directiva 17/2004, y coinciden en parte con las previstas en su homóloga 18/2004, adaptada, en este punto, por el artículo 4 de la Ley de Contratos del Sector Público. En cualquier caso, todas las medidas adoptadas en aplicación de las exclusiones deben ser comunicadas a la Comisión Europea (art. 18.7 de la Ley de sectores especiales).

## VI. REGLAS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LOS SECTORES ESPECIALES

### 1. *Los principios*

Como no podía ser de otro modo, siguiendo los principios generales de los Tratados comunitarios, la contratación pública en el ámbito de los sectores especiales arranca de la prohibición de prescripciones que, directa o indirectamente, supongan una discriminación para los prestadores del servicio, así como de la exigencia de reconocimiento mutuo, proporcionalidad e igualdad de trato y transparencia<sup>28</sup>.

Pero, al igual que ocurre en el sistema general de contratación, y para proteger los derechos e intereses de los contratistas, las entidades contratantes pueden imponer requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que comuniquen en el procedimiento contractual, tanto en lo que concierne a las prescripciones técnicas como en lo relativo a las condiciones de clasificación y selección para la adjudicación de los contratos. Lo mismo sucede en el ámbito de la publicidad, porque, con independencia de los requisitos de transparencia e información a los aspirantes a la contratación, se prohíbe a la entidad contratante divulgar información que los operadores económicos faciliten y que previamente hayan designado como confidencial; en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

### 2. *Condiciones de aptitud de los contratistas*

#### A) *Requisitos de capacidad.*

En coherencia con los principios precedentes, todas las personas físicas o jurídicas, españolas o extranjeras, incluidas las agrupaciones de empresarios, que tengan plena capacidad de obrar, acrediten el cumplimiento de los criterios de selección cualitativa determinados por las entidades contratantes o, en su caso, el modelo correspondiente de clasificación, si así ha sido establecido, pueden aspirar a los contratos convocados por aquéllas. Para la presentación de una ofer-

---

<sup>28</sup> Sobre este punto, me remito a J. BERMEJO VERA, «Objetivos, principios y prospectiva de la política comunitaria de contratos públicos», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 29, 2001, págs. 141 y ss., y la bibliografía allí citada. Una exposición más reciente, en J. BERMEJO VERA, «La Unión Europea en transición. El Derecho comunitario y sus principios», *Aranzadi Unión Europea*, enero 2008, págs. 5 y ss.

ta o de una solicitud de participación, las entidades contratantes no podrán exigir que las agrupaciones de operadores económicos tengan una forma jurídica determinada, si bien se podrá exigir una forma jurídica determinada una vez se haya adjudicado el contrato y sólo cuando dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo. La obligación de adoptar una determinada figura jurídica deberá contemplarse en los pliegos de condiciones del concurso.

Resulta posible, por otro lado, establecer y gestionar un sistema de «clasificación», es decir, de inscripción en una lista o registro susceptibles de mostrar las condiciones de solvencia económica, técnica, profesional, etc.<sup>29</sup>, de los operadores económicos aspirantes a la contratación pública, o bien remitirse a cualquier otra fórmula que responda a ese tipo de exigencias. En todo caso, ha de tratarse de instrumentos formales que no discriminen, por el modo de aplicarlos, a los operadores económicos. Por otra parte, estos sistemas de clasificación, en función de cada categoría contractual, no pueden impedir la aplicación de las fórmulas establecidas por las Administraciones públicas, que podrán acreditar los aspirantes mediante certificación del correspondiente Registro. No obstante, las entidades contratantes pueden establecer un sistema propio con arreglo a criterios debidamente motivados y normas objetivas, incluidas las exigencias de prescripciones técnicas, y siempre que ese sistema sea público.

Por otro lado, cuando los criterios y normas de las fórmulas establecidas para la clasificación incluyan requisitos relativos a la capacidad económica y financiera o a las capacidades técnicas y profesionales del operador económico, o de sus agrupaciones, éstos podrán basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente del carácter jurídico de los vínculos que tenga con ellas. Ahora bien, apoyarse en las «capacidades» de otras entidades distintas exige lógicamente una demostración, ante la entidad contratante, de que el contratista puede efectivamente disponer de los medios requeridos para la ejecución de los contratos durante la totalidad del período de validez del sistema de clasificación.

Los criterios y normas de clasificación serán facilitados a los aspirantes a contratistas que lo soliciten, y lo mismo sucede con la even-

---

<sup>29</sup> Sobre el tema de la clasificación pueden verse, entre otros, A. RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, «La clasificación de las empresas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136, 1996; E. PRA MARTÍNEZ, «La clasificación de contratistas», *Rutas: Revista de la Asociación Técnica de Carreteras*, núm. 110, 2005, págs. 3-4; J. M. SALA ARQUER, «Requisitos para contratar con la Administración (II): clasificación y registro de contratistas», en el volumen colectivo, dirigido por Benigno PENDÁS, *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Praxis, Barcelona, 1995.

tual actualización de tales criterios o normas. Las entidades contratantes pondrán también en conocimiento de las mismas los nombres de las entidades u organismos terceros cuyo sistema de clasificación consideren que responde a sus exigencias. Con ello se pretende garantizar, además de la transparencia, el principio de no discriminación de los contratistas<sup>30</sup>.

#### B) *Prohibiciones de contratar.*

El Derecho comunitario exige que un Estado miembro no condicione la participación de contratistas establecidos en otro Estado miembro. Pero, en el ámbito de los obstáculos a la posibilidad de contratar, las Directivas comunitarias sobre contratación pública plantean unos estándares de prohibición, para evitar que, a través del establecimiento de impedimentos o barreras específicas en cada Estado miembro, se vulneren los principios de no discriminación o transparencia y el objetivo principal de la contratación pública, es decir, la consecución del mercado único.

Por ello se ha pretendido homogeneizar al máximo el régimen de las prohibiciones que, en definitiva, impiden la concurrencia y celebración de contratos abiertos a las reglas de competencia. En este sentido, la normativa comunitaria, preocupada por las posibles afectaciones a los intereses institucionales o públicos, establece ciertas barreras en la adjudicación de contratos públicos para los operadores que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables por corrupción, por fraude contra los intereses financieros de las distintas instituciones de la Unión Europea o por blanqueo de capitales. En los casos en que el respectivo Derecho nacional contenga disposiciones relativas al medio ambiente o a los acuerdos ilícitos en materia de contratos públicos, el incumplimiento demostrado de dicha normativa y que haya sido objeto de una sentencia firme o de una resolución de efectos equivalentes se podrá considerar un delito que afecta a la moralidad profesional o una falta grave del aspirante a contratista.

---

<sup>30</sup> Para reforzar esa relevante garantía, en el caso de que se actualicen las normas y los criterios referentes a la clasificación de empresas o cuando se vaya a decidir sobre la clasificación de una de ellas, el órgano administrativo competente o la entidad contratante deberá abstenerse de imponer a determinadas empresas condiciones administrativas, técnicas o financieras que no hayan sido impuestas a otras y de exigir pruebas o justificantes que constituyan una repetición de pruebas objetivas ya disponibles (la Ley de sectores especiales transcribe prácticamente en este punto el contenido de los artículos 52 y ss. de la Directiva 17/2004).

Si, en lo que concierne a la contratación pública general, dichas barreras se materializan en auténticas prohibiciones a quienes incurran en determinados delitos, en los sectores especiales parece dejarse cierta opción a los Estados miembros a la hora de incorporar las prohibiciones para contratar que vayan en esa línea. Naturalmente, se condiciona la exclusión a los sujetos que se encuentren condenados en firme por delitos tipificados en la respectiva legislación nacional<sup>31</sup>. En todo caso, las dificultades pueden plantearse cuando la entidad contratante desee verificar que existe una sentencia firme, o sea, con carácter de cosa juzgada, en relación con los delitos cuya comisión impide celebrar contratos en los sectores especiales, sobre todo en las informaciones que deban proceder de otros Estados miembros.

Pues bien, a fin de proteger los intereses públicos en presencia, en los contratos relativos a actividades de los sectores especiales existen las prohibiciones de contratar en términos muy semejantes a las que operan en el régimen general de la contratación pública<sup>32</sup>. Sin embargo, en el ámbito de los sectores especiales, las prohibiciones para contratar sólo se aplican en el supuesto de que las entidades contratantes tengan sólo la condición de organismos públicos y empresas públicas<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Esta exigencia de las condenas en firme no es baladí, pues tal vez se recordará la polémica abierta cuando el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, en su primera versión, prohibía la contratación a los «procesados» por delitos o «expedientados» por infracciones administrativas. Tampoco era novedosa esta fórmula, pues en la reforma del artículo 9 de la antigua Ley de Contratos del Estado de 1965, mediante la Ley de Presupuestos de 1990 (Ley 4/1990, de 29 de junio), ya se prohibía contratar con las Administraciones a los procesados o simplemente acusados. Por cierto que el Consejo de Estado, en su Dictamen 1270/1993, de 2 de diciembre, sobre el Proyecto de Ley de Contratos —luego convertido en Ley de 18 de mayo de 1995—, no consideró incompatible con la Constitución (principio de la presunción de inocencia, del artículo 24.2 del texto constitucional) este precepto, si bien hizo algunas observaciones críticas. No obstante, muy poco después de aprobada la Ley de 18 de mayo de 1995, a finales de ese mismo año y con ocasión del debate de una Ley de medidas como consecuencia de la sequía, se incluyó una modificación del precepto en el sentido de rectificar el procesamiento o el expediente como causas de prohibición, sustituyéndolos por la condena o sanción en firme. El fallecido maestro Sebastián MARTÍN-RETORTILLO comentó críticamente estas prohibiciones en «La prohibición de contratar establecida en el artículo 20, a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *La Ley*, núm. 3, 1996. Vid. también el comentario a estas prohibiciones de J. L. PIÑAR MAÑAS y A. CANALES GIL en el volumen colectivo, dirigido por R. GARCÍA MACHO, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 152 y ss.

<sup>32</sup> Son las conductas delictivas expresamente detalladas en el artículo 49.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>33</sup> En realidad, la Directiva 17/2004, de 31 de marzo, no contempla en su articulado ninguna regla específica sobre prohibiciones de contratar, a diferencia de su homóloga 18/2004, de la misma fecha, que las establece directamente (art. 45), a la que se remite. Naturalmente, teniendo en cuenta que la normativa de sectores especiales afecta también a

Además de los supuestos delictivos, también algunas conductas reprobables, no tipificadas necesariamente como delito, suponen objetivamente, es decir, con independencia de las intenciones de su autor, un comportamiento de efectos similares que provoca la inhabilidad para contratar. Así, las falsedades cometidas con ocasión de la licitación o pretensión de adjudicación de un contrato, e incluso cuando se producen determinados cambios de su situación en los registros contractuales.

La prohibición de contratar alcanza a las personas físicas o jurídicas que hayan cometido ciertas irregularidades administrativas<sup>34</sup>.

También son circunstancias que impiden legalmente a los empresarios, personas físicas o jurídicas, celebrar contratos en los sectores especiales determinadas infracciones o incumplimientos de la normativa contractual.

Asimismo, la comisión de ciertas infracciones muy graves o graves de la legislación tributaria o de subvenciones<sup>35</sup> implica prohibición de contratar, al igual que las situaciones de insolvencia<sup>36</sup> o el incumplimiento de deberes legales de carácter tributario o de seguridad social, en los términos que detallen las disposiciones fiscales, de seguridad social y de desarrollo de la normativa contractual.

Otras prohibiciones para contratar tienen su razón de ser en las especiales relaciones con los poderes públicos, como lo son los vínculos a cualquier poder público, sea por razones políticas o por causas jurídicas, es decir, derivadas de un cargo o función política o administrativa. En ambos casos se produce una presunta incompatibilidad, *ex lege* —y, por tanto, que carece de posibilidad de demostración en contra—, entre los intereses personales de los que ocupan ciertos car-

---

entidades privadas, la exclusión de operadores por causa de delito es potestativa para las entidades adjudicadoras que no sean «poderes adjudicadores». Por ello, en el apartado 54 de la exposición de motivos de la Directiva 17/2004 se deja la opción a los Estados miembros para incorporar como prohibiciones de contratar las establecidas en el artículo 45 de la Directiva 18/2004.

<sup>34</sup> No podrán concurrir a las licitaciones ni celebrar contratos quienes hayan sido sancionados por la realización de hechos o actividades tipificadas como infracción administrativa grave en los ámbitos de acción pública relativos a disciplina de mercado, materia profesional o de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, ni tampoco quienes hayan sido sancionados por la comisión de infracciones calificadas como muy graves en la legislación laboral y de prevención de riesgos laborales o leyes referentes a la protección medioambiental (aguas y costas, patrimonio natural y biodiversidad, residuos, envases y residuos de envases y contaminación). Por supuesto, las sanciones han de ser firmes, es decir, no ser susceptibles de recurso alguno, tanto en vía administrativa como en vía judicial.

<sup>35</sup> Leyes 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

<sup>36</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

gos o desempeñan ciertas funciones públicas y el interés público objetivo de la contratación<sup>37</sup>.

Las prohibiciones de contratar en los sectores especiales alcanzan al personal de cualesquiera Administraciones públicas<sup>38</sup> y para las personas jurídicas de que sean administradores si, en este caso, la contratación se celebra con el ente público del que dependen<sup>39</sup>. En los demás casos, el mero hecho de desempeñar la función pública no inhabilita para contratar. Por lo que se refiere a los representantes políticos, cualesquiera cargos electivos están afectados por la prohibición, extendiéndose la misma a las personas jurídicas de las que sean administradores<sup>40</sup>.

Las características «personalistas» de estos tipos de prohibición explican y justifican su extensión a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de los miembros de órganos legislativos o gubernamentales y demás altos cargos, empleados públicos y cargos electivos al servicio de la Administración, siempre que, respecto de los descendientes, dichas personas inhabilitadas ostenten su representación legal.

### 3. *Pliegos de condiciones y prescripciones técnicas*

Los «pliegos de condiciones» exponen, apriorísticamente, los requisitos jurídicos, económicos y técnicos que han de regir la realización del contrato y ejecución de la prestación. Corresponde a las entidades contratantes confeccionar tales pliegos libremente, aunque ateniéndose estrictamente a las reglas y requisitos indisponibles de la normativa aplicable a los respectivos contratos. La entidad contratante debe comunicar a los interesados en la contratación, cuando lo so-

---

<sup>37</sup> La incompatibilidad, y por ello la prohibición, se extiende asimismo a las personas jurídicas cuyos administradores incurren en la situación de relación o vinculación respecto de determinados poderes públicos, como consecuencia del desempeño de los cargos electivos de diputados de los Parlamentos y senadores, diputados del Parlamento Europeo y miembros de las Entidades Locales (Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado). Asimismo, la prohibición afecta a las personas jurídicas en cuyo capital participen —sólo cuando se superan determinadas cuantías (en general, un 10%)— los miembros de los Gobiernos y demás altos cargos, los empleados públicos y cualesquiera cargos electivos al servicio de las Administraciones públicas.

<sup>38</sup> Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas (modificada por la disposición final tercera de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público).

<sup>39</sup> Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 16/2002, de 13 de junio.

<sup>40</sup> Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

liciten, todas las «prescripciones» mencionadas habitualmente en sus contratos de obras, suministro o servicios. Pero en el caso de utilizar, cuando legalmente procede, procedimientos restringidos o negociados, podrán comunicar la convocatoria de licitación, por medio de un «anuncio periódico indicativo».

En efecto, todas las entidades contratantes están obligadas a publicar, al menos una vez al año, mediante un anuncio periódico indicativo publicado por la Comisión Europea o por las propias entidades, en su «perfil del contratante»<sup>41</sup>, el valor estimado de los contratos o «acuerdos marco» de suministros, servicios u obras, por grupos de productos, categorías o características, respectivamente, que se propongan adjudicar durante los doce meses siguientes. Esta obligación se circunscribe a valores convencionales<sup>42</sup> y es adicional —e irreplicable, por tanto— cuando la entidad contratante se proponga realizar «proyectos importantes». En cualquier caso, y para evitar equívocos, las entidades contratantes tienen la obligación de determinar los grupos de productos haciendo referencia a la nomenclatura del Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV)<sup>43</sup>.

Una convocatoria de licitación por medio de un *anuncio periódico indicativo* deberá hacer referencia específicamente a las obras, los suministros o los servicios que sean objeto del contrato que vaya a adjudicarse, mencionar el procedimiento restringido o negociado sin ulterior publicación de la convocatoria, e instar a los interesados para que manifiesten su interés por escrito. La entidad contratante habrá de respetar, además, los plazos de recepción de ofertas, no inferiores a 37 días. Luego, antes de comenzar la selección de licitadores o de participantes de una negociación, las entidades contratantes invitarán a todos los candidatos a que confirmen su interés con arreglo a la información detallada relativa al contrato de que se trate. La invitación debe ser lo suficientemente clara en sus términos, por lo que hará referencia, al menos, a la naturaleza y cantidad del objeto contractual, los eventuales contratos adicionales, plazos, procedimiento restringido o negociado de adjudicación, fechas de comienzo y finalización del contrato, condi-

<sup>41</sup> Anexo IX.2.b) de la Ley.

<sup>42</sup> 750.000 euros, en total, en servicios o suministros, y 5.150.000 euros en contratos de obra —art. 64.1.a) de la Ley 31/2007—.

<sup>43</sup> El Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV, acrónimo del término inglés *Common Procurement Vocabulary*) es la nomenclatura de referencia aplicable a los contratos públicos, adoptada mediante Reglamento (CE) núm. 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre.

ciones de carácter económico y técnico, garantías financieras e información exigida a los interesados, sistema de pagos, criterios de adjudicación y su ponderación. Si todos estos factores informativos se encuentran en documentos que puedan ser obtenidos por los interesados, se considera suficiente una referencia o remisión a dichos documentos.

Ahora bien, desde la primera Directiva comunitaria sobre contratación en los sectores excluidos existió una auténtica inquietud por la cuestión de las «especificaciones técnicas», sobre todo porque a través de la fijación de exigencias o requisitos calificados como «de carácter técnico» —siempre ambiguo— cabía restringir, disminuir e incluso eliminar la eventual presencia de aspirantes a la contratación y, por ende, los objetivos del Derecho comunitario. De ahí que todas las «especificaciones técnicas» contempladas en los pliegos como necesarias para la contratación debían incluirse en la documentación general o en el correspondiente pliego de condiciones, además de describirlas o definirlas con referencia a especificaciones europeas en el caso de que existieran. En efecto, el problema de las especificaciones técnicas ha sido siempre un tema tabú en la aplicación y transposición correcta de las normas comunitarias sobre contratación. Las especificaciones técnicas son exigencias contenidas en los pliegos de condiciones que definen las características requeridas de una realización o prestación o de los materiales y productos o niveles de calidad, diseño, etc., que permiten caracterizar el objeto del contrato, de manera que se corresponda con la utilización a que vaya a destinárselos la entidad contratante (art. 38 de la Ley). Como es lógico, estas prescripciones técnicas pueden permitir una gran flexibilidad a la empresa contratante y, a través de ellas, es lógico pensar que se alteren las condiciones reales y objetivas de la contratación. Por ello, no es nada fácil evitar que contratistas particulares, aun gozando de derechos exclusivos o especiales, o empresas privadas, acepten aplicar especificaciones técnicas que no consideran apropiadas para la gestión de sus actividades.

En cualquier caso, y para todo tipo de contratos sujetos a la normativa sobre sectores especiales, desde una perspectiva formal, las prescripciones técnicas han de figurar en la documentación del contrato, bien sea en los anuncios de licitación, en el pliego de condiciones o en los documentos complementarios. Las prescripciones técnicas deberán permitir a todos los licitadores el acceso en condiciones de igualdad y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos a la competencia, formulándose, acompañadas siempre de la mención «o equivalente», bien por re-

ferencia a prescripciones técnicas ya vigentes<sup>44</sup>, bien en términos de rendimiento o exigencias funcionales, pudiendo esta última incluir características medioambientales (por ejemplo, etiquetas ecológicas europeas o plurinacionales), con parámetros suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a las entidades contratantes adjudicar el contrato, o haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estas exigencias de rendimiento o funcionales, a las prescripciones técnicas ya establecidas y vigentes, o a ambas cosas a la vez. Cuando las entidades contratantes hagan uso de la opción de referirse a las prescripciones establecidas en normativa europea o internacional, no podrán rechazar una oferta basándose en que los productos y servicios ofrecidos no son conformes a las prescripciones a que se hayan referido, siempre que en su oferta el licitador pruebe, a satisfacción de la entidad contratante y por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos por las prescripciones técnicas. Y si las entidades contratantes hacen uso de la opción de formular las especificaciones en términos de rendimiento o exigencias funcionales, tampoco podrán rechazar una oferta que se ajuste a una norma nacional que incorpore una norma europea, a un documento de idoneidad técnica europeo, a una especificación técnica común, a una norma internacional o a un sistema de referencias técnicas elaborado por un organismo europeo de normalización, si tales prescripciones tienen por objeto definir los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales exigidos por ellas.

En todo caso, corresponde al contratista demostrar el cumplimiento de las prescripciones por medios idóneos (por ejemplo, expediente técnico del fabricante o un informe de pruebas de un organismo de homologación, normalización o acreditación reconocido; se entenderá por «organismos reconocidos» los laboratorios de pruebas y de calibrado y los organismos de inspección y certificación conformes a las normas europeas aplicables).

Desde un punto de vista sustantivo, y en la medida de lo posible, las prescripciones técnicas deben definirse con arreglo a varios criterios indisponibles:

---

<sup>44</sup> Por orden de preferencia, la referencia debe ser, en primer lugar, a las normas por las que se adapta la legislación española a las normas europeas; en segundo lugar, a los documentos de idoneidad técnica europeos; en tercer lugar, a las prescripciones técnicas comunes; en cuarto lugar, a las normas internacionales; en quinto lugar, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a las normas, a los documentos de idoneidad técnica o a las prescripciones técnicas en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de productos —art. 34.4.a) de la Ley 31/2007—.

a) Criterios de accesibilidad para personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios. Caso de que no sea posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.

b) Criterios de sostenibilidad y protección ambiental, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente (de acuerdo con las definiciones y principios informadores regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación).

c) Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Pero dicha mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato y será acompañada de la mención «o equivalente».

#### 4. *Fórmulas de selección de los contratistas: criterios y técnicas de selección*

Las entidades contratantes obligadas a la aplicación de la normativa contractual en los sectores especiales pueden determinar, lógicamente, los criterios de selección en los procedimientos de adjudicación de sus contratos. Pero, por una parte, la fijación de esos criterios deberá llevarse a cabo objetivamente y de forma que sean previamente conocidos por los aspirantes interesados en el contrato. Por otra parte, si los criterios escogidos incluyen condiciones o requisitos relativos a la capacidad económica, financiera, técnica y profesional de los aspirantes o licitadores, éstos podrán, si lo desean, y para un determinado contrato, basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente del carácter jurídico de los vínculos que tengan con ellas, siempre y cuando puedan demostrar que disponen efectivamente de los medios necesarios para cumplir las exigencias del contrato. También las «agrupaciones» de interesados en la contratación podrán basarse en las capacidades de los participantes en dichas agrupaciones o de otras entidades, si prueban que disponen efectivamente de sus medios. Hay, pues, que probar la disponibilidad de medios ajenos para la ejecución del contrato en las condiciones exigidas.

Para la selección de los contratistas, las entidades contratantes disponen de varias «fórmulas contractuales» que, en los términos de la Ley, pueden garantizar la objetividad de la licitación y adjudicación del contrato. Son las «Centrales de compras», los «Acuerdos marco», los «Sistemas dinámicos de adquisición» y las «Subastas electrónicas».

La Central de compras es «una entidad contratante que adquiere suministros y/o servicios destinados a entidades contratantes, o que adjudica contratos o celebra acuerdos marco de obras, suministro o servicios destinados a entidades contratantes». Para que sea admisible la existencia de Centrales de compras en la realización de obras, la adquisición de suministros o la prestación de servicios, las entidades contratantes han de respetar las disposiciones de la normativa general o, si son «poderes adjudicadores», lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público<sup>45</sup>.

Se califica como Acuerdo marco un convenio «celebrado entre una o varias de las entidades contratantes y uno o varios operadores económicos, que tenga por objeto establecer los términos que deberán regir los contratos que se hayan de adjudicar en el transcurso de un período determinado, particularmente en lo que se refiere a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas». Las entidades contratantes pueden considerar el Acuerdo marco como un contrato, que habrán de adjudicar de conformidad respetando los procedimientos establecidos en la normativa de sectores especiales. En ese caso, cuando celebren contratos basados en dicho Acuerdo marco, podrán recurrir al procedimiento negociado sin convocatoria de licitación. En el supuesto de que el Acuerdo marco no se haya celebrado de conformidad con las normas aplicables en la contratación de sectores especiales, las entidades contratantes no podrán recurrir al procedimiento negociado sin una previa convocatoria de licitación.

El Sistema dinámico de adquisición constituye «un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades de la entidad contratante, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones». Un Sistema dinámico de adquisición se aplica siempre mediante las normas del procedimiento abierto en todas sus fases hasta la adjudicación del

---

<sup>45</sup> Vid., sobre la cuestión, M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras públicas*, Atelier Administrativo, Barcelona, 2000.

contrato. La elección del Sistema dinámico exige que las entidades contratantes:

a) Ofrezcan a cualquier interesado, mientras dure el proceso, la posibilidad de ser incluido en el sistema, siempre que cumpla los criterios de selección.

b) Presenten una oferta indicativa ajustada al pliego de condiciones y a sus ineludibles criterios de selección cualitativa que permitan a los candidatos presentar las ofertas.

c) Publiquen un anuncio de licitación, en el que se precisará que se trata de un sistema dinámico de adquisición, permitiendo, hasta la expiración del sistema, por medios electrónicos, el acceso libre, directo y completo al pliego de condiciones y a toda la documentación adicional, indicando la dirección de Internet en la que estos documentos pueden consultarse.

d) Establezcan con precisión en el pliego de condiciones la naturaleza de las adquisiciones previstas en el marco de este sistema, toda la información necesaria relativa al sistema de adquisición, al equipo electrónico utilizado y a las modalidades y prescripciones técnicas de conexión.

e) Admitan que las ofertas indicativas, a evaluar en un máximo de 15 días, puedan mejorarse en cualquier momento siempre que sigan siendo conformes al pliego de condiciones, informando cuanto antes al licitador de su admisión en el sistema dinámico de adquisición, o del rechazo de su oferta indicativa.

f) Anuncien el resultado de la adjudicación de los contratos basados en el Sistema dinámico de adquisición.

Por lo que al desarrollo del procedimiento respecta, cada contrato celebrado en el marco de un Sistema dinámico de adquisición será objeto de una específica licitación, previo anuncio y fijación de plazo de presentación de ofertas no inferior a quince días. Se adjudicará el contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, sobre la base de los criterios de adjudicación detallados en el pliego y en el anuncio de licitación. La duración de un Sistema dinámico de adquisición no puede exceder de cuatro años, salvo en casos excepcionales debidamente justificados.

Finalmente, la Subasta electrónica es «un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación me-

dian­te métodos de evaluaciones automáti­cos». Están ex­cluidos de las subastas elec­trónicas los con­tra­tos de obras y de ser­vicios cuyo con­tenido impli­que el desem­peño de funcio­nes de «carácter in­telec­tual», como, por ejemplo, la elabo­ración de pro­yec­tos de obras.

La Subasta elec­trónica se basa bien úni­camente en los precios, cuando el con­trato se adjudique al precio más bajo; bien en los precios o en los nuevos valores de los elementos de las ofertas indicados en el pliego de condiciones o en ambos, cuando el con­trato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa. Si el con­trato se va a adjudicar a la oferta económicamente más ventajosa, deberá hacerse expresa men­ción al resultado de la evaluación completa de la oferta del destinatario, efectuada con arreglo a la idónea ponderación (contemplada en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 61 de la Ley), indicando la fórmula matemática en virtud de la cual se establecerán durante la subasta electrónica las reclasificaciones automáticas en función de los nuevos precios y/o de los nuevos valores presentados. A tales efectos, se preparará un pliego de condiciones con los criterios de adjudicación y su valoración expresada en cifras o porcentajes, los límites de los valores, en su caso, que podrán presentarse, la información que se pondrá a disposición de los licitadores durante el desarrollo de la subasta y las condiciones de la puja, o, en su caso, las diferencias mínimas exigibles en la puja.

El procedimiento de la Subasta electrónica se desarrolla normalmente en varias fases sucesivas. Antes de proceder a la subasta, las entidades contratantes procederán a una primera evaluación completa de las ofertas de acuerdo con el o los criterios de adjudicación establecidos y a su ponderación. La subasta comienza, como mínimo, dos días hábiles después de la fecha de envío de las invitaciones a los licitadores. Se van presentando las pujas y, al mismo tiempo, proporcionando información a los licitadores. En ningún caso podrán divulgar la identidad de los licitadores durante el desarrollo de la Subasta electrónica.

Las entidades contratantes finalizan la Subasta electrónica o bien indicando la fecha y la hora fijadas previamente en la invitación, bien cuando no reciban nuevos precios o nuevos valores que respondan a los requisitos relativos a las diferencias mínimas, o bien cuando concluya el número de fases previamente establecido para la subasta. Una vez concluida la subasta, se adjudica el contrato en función de los resultados obtenidos.

Finalmente, las entidades contratantes no pueden recurrir a los Acuerdos marco ni a los Sistemas dinámicos de adquisición de manera abusiva, con el propósito de obstaculizar, impedir, restringir o fal-

sear la competencia, ni a las Subastas electrónicas, con idéntico objetivo o de manera que se vea modificado el objeto del contrato definido en los anuncios y en el pliego de condiciones.

##### 5. *Los procedimientos y formas de adjudicación*

Todos los procedimientos para la adjudicación de los contratos deberán publicarse mediante el correspondiente anuncio en el *Diario Oficial de la Unión Europea*<sup>46</sup> y en el *Boletín Oficial del Estado*. Asimismo, se publicará el citado anuncio en los respectivos diarios o boletines oficiales de las Comunidades Autónomas o de las provincias cuando las entidades contratantes dependan de una Comunidad Autónoma o de una Corporación local, así como cuando se encuentren vinculadas a las mismas o cuando su actividad sea autorizada por éstas.

Las entidades contratantes tienen libertad para elegir el tipo de procedimiento de adjudicación, abierto, restringido o negociado, con respeto a los principios de transparencia, concurrencia, no discriminación y publicidad. Pero también podrán utilizar el procedimiento negociado sin previa convocatoria de licitación.

Las diferencias entre estos procedimientos son bien conocidas. En el abierto, todos los interesados pueden concurrir. En el restringido, cualquiera puede solicitar la participación, pero sólo pueden presentar oferta los candidatos invitados a ello. En el negociado, el contrato será adjudicado al aspirante elegido por la entidad contratante, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios interesados. El procedimiento negociado, sin previa convocatoria de licitación, solamente puede utilizarse en los casos determinados por la normativa aplicable. En concreto:

a) Cuando en un procedimiento cualquiera no se haya presentado ninguna oferta o ninguna oferta adecuada o ninguna candidatura, siempre y cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato.

b) Cuando se adjudique un contrato únicamente con fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, y no con el fin de

---

<sup>46</sup> Estos anuncios deben llevarse a cabo de acuerdo con el formato establecido por el Reglamento núm. 1564/2005 de la Comisión, de 7 de septiembre, por el que se establecen los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos con arreglo a las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

obtener una rentabilidad o de recuperar los costes de investigación y desarrollo (siempre que la celebración de tal contrato se entienda sin perjuicio de la convocatoria de una licitación para los contratos subsiguientes que persigan los mismos fines).

c) Cuando, por razones técnicas, artísticas o motivos relacionados con la protección de derechos exclusivos, el contrato sólo pueda ser ejecutado por un operador determinado.

d) Cuando, por razones de extrema urgencia, resultante de hechos imprevisibles para la entidad contratante, no sea posible cumplir los plazos estipulados en los demás procedimientos.

e) En contratos de obras, servicios o suministros, para las cuestiones o entregas adicionales efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una extensión de suministros o instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligue a la entidad contratante a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o problemas desproporcionados de utilización y mantenimiento.

f) En contratos de obras, los nuevos trabajos que consistan en la repetición de obras similares confiadas al contratista titular de un primer contrato adjudicado por la misma entidad contratante, siempre que las obras se ajusten a un proyecto base para el que se haya formalizado un primer contrato tras la licitación correspondiente.

g) Cuando se trate de suministros cotizados y comprados en una bolsa de materias primas.

h) Cuando se trate de contratos adjudicados sobre la base de un Acuerdo marco.

i) Si se trata de compras de ocasión o exista la posibilidad de comprar mercancías en condiciones especialmente ventajosas, siempre que sea posible adquirir suministros aprovechando una ocasión especialmente ventajosa que se haya presentado en un período de tiempo muy breve y cuyo precio de compra sea considerablemente más bajo al habitual del mercado.

j) Cuando un contrato de servicios resulte de un concurso de proyectos organizado y deba adjudicarse al ganador o a uno de los ganadores del concurso.

En lo que se refiere a las formas y criterios de adjudicación, para adjudicar los contratos podrá tenerse en cuenta sólo el precio más bajo, o bien la oferta económicamente más ventajosa. Si en cuanto a lo primero no puede haber duda, en cambio, la evaluación de la oferta económicamente más ventajosa requiere una metodología concre-

ta establecida en los pliegos de contratación, precisando la ponderación relativa de los distintos factores a evaluar. Para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa debe «atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes». Asimismo, en el caso de contratos cuya ejecución tenga o pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente se podrán valorar condiciones ambientales mensurables, tales como «el menor impacto ambiental, la eficiencia energética, el coste del ciclo de vida, la generación de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos».

Y si el criterio de adjudicación del contrato es el de la oferta económicamente más ventajosa, la entidad contratante podrá tomar en consideración variantes o alternativas presentadas por un licitador siempre que estén permitidas en el pliego y cumplan las condiciones mínimas y los requisitos para su presentación establecidos por la citada entidad en el pliego de condiciones. La entidad contratante no podrá rechazar la presentación de una variante por la exclusiva razón de haber sido elaborada de conformidad con prescripciones técnicas definidas mediante referencia a prescripciones técnicas europeas o a prescripciones técnicas nacionales. Y en los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios las entidades contratantes que autoricen variantes no podrán rechazar una de ellas por el solo motivo de que, de ser elegida, daría lugar bien a un contrato de servicios en vez de un contrato de suministro, bien a un contrato de suministro en lugar de un contrato de servicios.

## 6. *El supuesto de ofertas anormalmente bajas*

Uno de los aspectos más preocupantes en el sistema general de la contratación pública ha sido siempre el problema de las «bajas teme-

riaras». Por baja temeraria se entendió la oferta o proposición del licitador que se situaba por debajo de la oferta media de los demás licitadores. Esta chocante actuación del aspirante a contratista provocaba la desconfianza, como es natural, del contratante, tendiendo hacia la exclusión automática de aquellas proposiciones que diferían sensiblemente del presupuesto o valor estimado del respectivo contrato. No obstante, y ante las graves injusticias que podían producirse por el rechazo de la oferta del licitador que incurría en baja temeraria, la doctrina y los Tribunales, incluso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reaccionaron frente al aludido riesgo, advirtiendo que muchas de las exclusiones por ese motivo podrían carecer de justificación y, en ocasiones, constituían un modo de discriminar ilegalmente a los licitadores<sup>47</sup>.

En consecuencia, las normas proclaman ahora enfáticamente, siguiendo a la jurisprudencia y la doctrina, que ha de proscribirse el concepto o situación de baja temeraria, sustituyéndolo por el de «oferta anormalmente baja». Ello significa, en suma, que quien ofrece una de estas proposiciones, bastante alejadas del presupuesto, precio o valor estimado del contrato, tiene derecho a justificar y demostrar que su proposición es viable en relación con el objeto del contrato en cuestión. Si, por lo tanto, la oferta reduce de forma sensiblemente anormal el valor estimado del contrato en relación con el objeto, realización o prestación que se ha de ejecutar, la entidad contratante, antes de su rechazo, deberá pedir las precisiones que juzgue oportunas al licitador que formule tal oferta o proposición y comprobará la validez y certeza de las explicaciones y justificaciones facilitadas por el mismo. Las explicaciones y justificaciones dependen del licitador, pudiéndose referir al ahorro en la fabricación de los productos, la prestación de servicios o el procedimiento de construcción, a las soluciones técnicas adoptadas y/o las condiciones excep-

---

<sup>47</sup> La exclusión de aspirantes o licitadores incursos en las tradicionalmente conocidas como «bajas temerarias» fue objeto de severos reproches en la doctrina y en la jurisprudencia. El artículo 85 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, trató de precisar el concepto jurídico indeterminado que contenía la Ley, señalando los porcentajes que excedieran en 25, 20 ó 10 unidades, al menos, respecto del presupuesto base, de la otra oferta o media de las demás, según hubiera un solo licitador, dos o más, respectivamente. No obstante, el rechazo de las ofertas no debía ser automático, pues el licitador incurso en baja temeraria, según jurisprudencia comunitaria y española, tenía la oportunidad de demostrar la viabilidad de su proposición. Por ello, cuando se decidiera rechazar la oferta que se considerase incurso en baja desproporcionada o temeraria era necesario un informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, además de darse audiencia al interesado. En ese supuesto se exigiría al mismo una garantía definitiva por el importe total del contrato (vid., sobre el tema, J. L. PIÑAR, *Anuario Local*, 1996, e Informes 18/1996 y 1/1997 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa).

cionalmente favorables de que disponga el licitador, a la originalidad de sus propuestas, al respeto de las disposiciones vigentes relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo en el lugar en que se vaya a llevar a cabo la obra, el servicio o el suministro, e incluso a la eventual obtención de una ayuda estatal para la realización del correspondiente contrato<sup>48</sup>.

## 7. Adjudicación de los contratos y reclamaciones

### A) La adjudicación.

Tras el desarrollo completo de los respectivos procedimientos, según legalmente proceda o decidan las entidades contratantes, se adjudica el contrato, «a la vista de la valoración de las ofertas y en función del criterio de adjudicación empleado», a quien haya formulado la oferta de precio más bajo o la económicamente más ventajosa. Estas decisiones deberán ser comunicadas a todos los licitadores, con expresión suficiente de los motivos de su adopción, y no podrá procederse a la formalización del contrato hasta tanto transcurra el plazo de 10 días hábiles. La entidad contratante podrá desistir del procedimiento de adjudicación de un contrato iniciado, con anterioridad a su adjudicación, siempre que exista causa que lo justifique y se determine en la resolución que se adopte a tal fin, debiendo comunicar tal decisión a los solicitantes de participación y a los licitadores.

Las entidades contratantes informarán a los participantes en el procedimiento, en el menor plazo posible, de las decisiones tomadas en relación con la adjudicación del contrato, la celebración de un Acuerdo marco o la admisión a un Sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido renunciar a la adjudicación por estos medios. Comunicarán asimismo a todo candidato o licitador descartado, en un plazo no superior a quince días, los motivos del rechazo de su candidatura o de su oferta, incluso, con respecto a todo contratista que haya efectuado una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el respectivo Acuerdo mar-

---

<sup>48</sup> Cuando la entidad contratante compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda estatal, sólo podrá rechazar dicha oferta, basándose únicamente en ese motivo, si consulta al licitador y éste no puede demostrar, en un plazo suficiente fijado por la entidad contratante, que tal ayuda fue concedida de forma legal. Cuando, en estas circunstancias, la entidad contratante rechace una oferta deberá informar sobre ello a la Comisión Europea.

co. Naturalmente, podrán ocultarse las informaciones cuya divulgación dificulte la aplicación de la Ley, sea contraria al interés público, perjudique los intereses comerciales legítimos de determinadas empresas, públicas o privadas, incluidos los de la empresa a la que se haya adjudicado el contrato, la celebración de un Acuerdo marco o la admisión a un Sistema dinámico de adquisición o, finalmente, los informes que puedan contribuir a falsear la competencia. La información adecuada sobre cada tipo de contrato deberá ser conservada, al menos, durante un período de cuatro años a partir de la fecha de adjudicación, con el fin de facilitar a la Comisión Europea la documentación relativa a los modelos de clasificación, selección de contratistas, adjudicación de contratos, utilización de excepciones a la aplicación de las prescripciones técnicas europeas, utilización de procedimientos negociados sin convocatoria de licitación e inaplicación de las disposiciones referentes al ámbito de aplicación objetiva, prescripciones técnicas o selección de contratistas.

#### B) *Las reclamaciones.*

Los aspirantes a la contratación o licitadores podrán formular reclamación contra cualquier infracción de las reglas aplicables a la contratación en los sectores especiales. Las respectivas Administraciones públicas resolverán las reclamaciones que se formulen respecto de las entidades a ellas adscritas o vinculadas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo. Asimismo, acordarán, en su caso, las medidas provisionales necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte, y fijarán las indemnizaciones que procedan, previa la correspondiente reclamación de daños y perjuicios.

En el supuesto de que sea la Comisión Europea la que solicite tramitar algún procedimiento sobre las posibles incidencias advertidas en la adjudicación de un contrato, las entidades contratantes aportarán la información que les fuera requerida para remitirla a la Comisión Europea. El órgano administrativo competente para dictar la resolución deberá suspender el procedimiento, a petición de parte, si se acredita documentalmente que se está siguiendo un «procedimiento de conciliación», por los mismos hechos, ante la Comisión Europea, decidiendo, si procede, la suspensión de las medidas provisionales que hubiera podido acordar. La suspensión del procedimiento se alzarán, asimismo a petición de parte, si la conciliación no prosperase.

El procedimiento para tramitar las reclamaciones se regirá por las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del procedimiento administrativo común, pero con determinadas especialidades relativas a legitimación e iniciación del procedimiento de reclamación. En la resolución se podrán anular las decisiones ilegales adoptadas por la entidad contratante, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, el anuncio periódico indicativo, el anuncio sobre la existencia de un sistema de clasificación, la propia convocatoria de licitación, los pliegos de condiciones o cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación en cuestión, así como la adjudicación del contrato. Y, si el contrato estuviera formalizado, la Administración pública competente podrá declarar, si procede, la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar el incumplimiento de lo previsto en esta Ley por la entidad contratante. La indemnización, que deberá cubrir al menos los gastos ocasionados para la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento, se fijará atendiendo en lo posible a los criterios de la citada Ley 30/1992 (apartados 2 y 3 del art. 141) en el caso de que se solicite, se haya demostrado que ha habido infracción de la normativa o de los anuncios o pliegos contractuales y siempre que el reclamante hubiera tenido posibilidad real de obtener el contrato. Las resoluciones recaídas en los procedimientos de reclamación agotan la vía administrativa, pudiendo ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

### C) *Medidas provisionales.*

Las Administraciones públicas de las que «dependan» las entidades contratantes podrán adoptar medidas provisionales, bien para corregir la infracción alegada, bien para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, o incluso para suspender o hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, o la ejecución de cualquier decisión adoptada por las entidades contratantes. Todos los aspirantes a participar en el procedimiento de adjudicación o todos los licitadores están facultados para solicitar una medida de este tipo, pudiendo formularla al margen de una reclamación, al tiempo de presentarse la misma o incluso con anterioridad a su presentación. El plazo para solicitar las medidas citadas es de cinco días hábiles, a contar de la fecha de la infracción ale-

gada, y se habrá de resolver, motivadamente, en un plazo inferior a diez días hábiles, entendiéndose denegada si en ese plazo no recae resolución expresa.

A estos efectos, el órgano administrativo competente comunicará la solicitud de la medida provisional a la entidad contratante, en el plazo de dos días hábiles, para que ésta, si lo estima oportuno, en un plazo no superior a tres días hábiles, pueda presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano administrativo competente. Si transcurrido dicho plazo no se formularan alegaciones, continuará tramitándose el procedimiento. Contra la resolución que se adopte sobre medidas provisionales no cabrá recurso en vía administrativa, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

En la adopción de medidas provisionales el órgano competente, previa ponderación, suficientemente razonada, de los intereses en conflicto, incluidos los de terceros, podrá suspender la ejecución de la actuación, decisión o trámite impugnados, en el caso de que su ejecución normal y temporánea pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

Las medidas provisionales que se adopten no podrán tener una duración superior a un mes y cesarán, en todo caso, cuando se adopte la correspondiente resolución definitiva sobre la reclamación que, en su caso, se hubiera interpuesto. El órgano administrativo competente para resolver, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar en cualquier momento del procedimiento la suspensión, modificación o revocación de las medidas provisionales en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser conocidas al tiempo de su adopción. En el supuesto, finalmente, de que la adopción de las medidas provisionales pudiera provocar perjuicios de cualquier naturaleza, en la decisión que se adopte sobre la medida provisional se podrá imponer una caución o garantía suficiente para responder de dichos perjuicios, sin que la medida provisional tenga eficacia hasta la constitución en forma de tal caución o garantía.

#### D) *El procedimiento de conciliación.*

Al margen o con independencia de las reclamaciones expuestas, todos los interesados en obtener un contrato, relativo a los sectores especiales, que se consideren perjudicados o en condiciones de serlo a causa del incumplimiento de las normas del procedimiento de adjudica-

cación, podrán solicitar la apertura de un «procedimiento de conciliación» ante la Comisión Europea<sup>49</sup>.

Estos procedimientos de conciliación son compatibles con las reclamaciones formuladas ante los órganos de las Administraciones públicas, de modo que, si en relación con un procedimiento de adjudicación de un contrato, un interesado distinto del que ha solicitado la apertura de un procedimiento de conciliación formula una reclamación ante las Administraciones, la entidad contratante deberá informar a los conciliadores acerca de la existencia de la reclamación.

#### E) Régimen de certificación.

Para la verificación de la legalidad de los procedimientos de adjudicación de contratos por parte de las entidades contratantes, éstas podrán utilizar un «sistema de certificación» en el que, tras los pertinentes exámenes periódicos, se garantice que los procedimientos de adjudicación de los contratos que aplican se ajustan a la normativa general de contratación en los sectores especiales. Los responsables de la emisión de los certificados deberán poseer la cualificación y la experiencia profesionales pertinentes y serán independientes de las entidades contratantes, debiendo ejercer sus funciones de forma objetiva.

Los responsables de la emisión de los certificados acompañarán un informe sobre los resultados de las evaluaciones realizadas. Antes de emitir un certificado, los responsables de la emisión comprobarán que las posibles irregularidades observadas en los procedimientos de adjudicación de los contratos o en la aplicación práctica de éstos han sido corregidas y que se han tomado medidas para evitar su repetición. Las entidades contratantes que obtengan el certificado podrán incluir una declaración expresa de su obtención en los anuncios de sus contratos sujetos a la publicidad en el *Diario Oficial de la Unión Europea*<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> La solicitud se dirigirá por escrito a la Comisión Europea o al Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que deberá transmitirla en el plazo más breve posible a la Comisión Europea. El procedimiento de conciliación se tramitará conforme a lo establecido en la Directiva 92/13/CEE (capítulo IV) y las normas dictadas al efecto en desarrollo del mismo por la Comisión Europea.

<sup>50</sup> Los requisitos que deben reunir los responsables de la emisión de tales certificados se determinarán en las disposiciones de desarrollo de la Ley, estableciéndose al mismo tiempo las cualificaciones académicas y profesionales necesarias para ello. En todo caso, se exigirá estar como mínimo en posesión de un título de enseñanza superior de carácter oficial que tenga una duración de tres años o haber superado determinados exámenes de aptitud profesional, que ofrezcan las correspondientes garantías, organizados o reconocidos por la Administración de la que dependa o a la que se encuentre vinculada la entidad contratante o que haya otorgado la correspondiente concesión o autorización de alguna de las actividades enumeradas en los artículos 7 a 12.

## 8. *La subcontratación*

Las entidades contratantes pueden establecer en los pliegos de condiciones de contratación la prohibición de subcontratar a terceros la ejecución de partes del contrato. Salvo esta posibilidad, o que del objeto, naturaleza o condiciones del contrato se deduzca la ejecución directa por el contratista, los contratistas podrán concertar con terceros la realización parcial de la prestación. Ahora bien, la subcontratación requiere el cumplimiento de varios requisitos imprescindibles.

Primero, si existe previsión en los pliegos contractuales, los licitadores deben indicar en la oferta la parte del contrato que hayan previsto subcontratar, señalando su importe y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a los criterios de selección cualitativa por capacidad económica, financiera o técnica de los subcontratistas.

Segundo, las prestaciones parciales que el adjudicatario del contrato subcontrate con terceros no excederán del porcentaje establecido en los pliegos. Si no figura en los pliegos un límite, se podrá subcontratar hasta un porcentaje no superior al 60% del importe de adjudicación.

Tercero, la subcontratación exige siempre autorización expresa de la entidad contratante, cuando se trata de un organismo de Derecho público, en el supuesto de contratos adjudicados que tengan el carácter secreto o reservado, o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

Cuarto, y para la protección de los intereses de los subcontratistas, los contratistas han de obligarse expresamente a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en plazos y condiciones no menos favorables que los previstos en la normativa comunitaria<sup>51</sup>. En los contratos adjudicados por las entidades contratantes que sean organismos de Derecho público, el plazo máximo de pago será de 60 días y se computará desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador ten-

---

<sup>51</sup> Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, de transposición de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000.

drán derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la citada Ley<sup>52</sup>.

Ciertamente, el contratista podrá pactar con suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos legalmente, siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva y el pago se formalice mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria. Además, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval.

La infracción de estos requisitos, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, podrán dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad no superior al 50% del importe del subcontrato.

Por último, los subcontratistas se obligan exclusivamente ante el contratista principal, quien asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la entidad contratante, con arreglo estricto a los pliegos y a los términos del contrato.

---

<sup>52</sup> Sobre esta normativa puede verse el interesante libro de J. E. SORIANO, *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa*, Iustel, Madrid, 2006, especialmente págs. 185 y ss.