

Reflexións xurídicas sobre a contratación dos poderes adjudicadores distintos dunha Administración pública*

Reflexiones jurídicas sobre la contratación de los poderes adjudicadores distintos de una Administración pública

Legal reflections on the procurement of the contracting authorities that are not considered public Administration

55
Regap

M.^a FUENSANTA GÓMEZ MANRESA

Profesora titular de Dereito Administrativo
Universidade de Murcia
mfgomez@um.es

Recibido: 25/04/2018 | Aceptado: 12/06/2018

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Este traballo analiza, desde unha óptica práctica, determinadas cuestións polémicas que xiran arredor do réxime xurídico dos poderes adjudicadores distintos dunha Administración pública no marco da nova Lei de contratos do sector público.

Palabras clave: Contratación pública, PANAP.

Resumen: Este trabajo analiza, desde una óptica práctica, determinadas cuestiones polémicas que giran en torno al régimen jurídico de los poderes adjudicadores distintos de una Administración pública en el marco de la nueva Ley de contratos del sector público.

Palabras clave: Contratación pública, PANAP.

Abstract: This paper studies, from a practical point of view, the controversial issues that revolve around the legal regime of the contracting authorities that are not considered public Administration in the scope of the new Public Procurement Act.

Key words: Public procurement, contracting authorities.

Sumario: 1 Dúas cuestións apriorísticas: a transitoriedade normativa e o dereito aplicable aos contratos prorrogados. 2 Previsións legais acerca da contratación dos poderes adjudicadores distintos dunha Administración pública. 2.1 Unha aposta pola transparencia e a seguridade xurídica: a unificación do réxime xurídico da contratación pública nos contratos de importe non harmonizado. 2.1.1 Especialidades procedementais. 2.1.2 Problemática inherente á contratación menor. 2.2 Consideracións sobre o procedemento negociado: o prezo e o menor custo do ciclo de vida como criterios únicos de adjudicación. 2.3 Peculiaridades da adjudicación dos contratos en que só exista un provedor no mercado no procedemento negociado sen publicidade.

* Este artigo é resultado do proxecto "A contratación electrónica no sector público. O reto da innovación tecnolóxica nos contratos públicos" (19495/PI/14), Fundación Séneca/Axencia Rexional de Ciencia e Tecnoloxía (Comunidade Autónoma da Rexión de Murcia).

1 Dúas cuestións apriorísticas: a transitoriedade normativa e o dereito aplicable aos contratos prorrogados

Prima facie, cómpre abordar a problemática inherente ao dereito aplicable aos contratos formalizados con anterioridade a cambios normativos, incluídos os prorrogados, na medida en que nos últimos tempos tivemos un período de transitoriedade prolongado que trouxo causa, por unha parte, da necesidade de transposición do paquete normativo europeo sobre contratación pública que supuxo a derogación da Directiva 2004/18/CE², é dicir, das directivas 23/2014/UE –relativa á adjudicación de contratos de concesión–, 24/2014/UE –de contratación pública e pola que se derroga a Directiva 2004/18/CE– e 25/2014/UE –concernente á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais e pola que se derroga a Directiva 2004/17/CE–; e, por outra, da *vacatio* da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP), en virtude da cal se produciu a transposición no ordenamento xurídico español das dúas primeiras directivas citadas e a derogación do Real decreto legislativo 3/2011, do 4 de novembro (TRLCSF).

A teor desta cuestión, é ineludible a cita da disposición transitoria primeira da LCSP, de idéntica redacción á mesma disposición do TRLCSF, dedicada á normativa aplicable aos expedientes de contratación iniciados antes da súa entrada en vigor, cuxos números primeiro e segundo teñen o seguinte texto: “1. Os expedientes de contratación iniciados antes da entrada en vigor desta lei rexeranse pola normativa anterior. Para estes efectos, entenderase que os expedientes de contratación foron iniciados se se tivese publicado a correspondente convocatoria do procedemento de adjudicación do contrato. No caso de procedementos negociados sen publicidade, para determinar o momento de iniciación tomarase en conta a data de aprobación dos pregos. 2. Os contratos administrativos adjudicados con anterioridade á entrada en vigor desta lei rexeranse, en canto aos seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a súa modificación, duración e réxime de prórrogas, pola normativa anterior”.

A este respecto, débese traer a colación a STS 2016/149, do 9 de decembro de 2015, ditada en casación para a unificación de doutrina, que en clara consonancia co número primeiro sinalado concreta que se debe aplicar a norma vixente a todo acto que teña lugar no seu período de vixencia a prol da observancia dos principios de irretroactividade e seguridade xurídica: «Dicimos entón, e reiteramos agora, que existe a contradición postulada, pois “a desestimación pola sala de instancia do recurso contencioso-administrativo debeuse á aplicación retroactiva dunha norma –a disposición adicional vixésimo terceira da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público– que non estaba vixente no momento en que se produciron os feitos e que non dispuña a súa retroactividade, contravindo a doutrina desta Sala do Tribunal Supremo en relación co problema da irretroactividade das leis, que establece que o artigo 9.3 da Constitución garante o principio de seguridade xurídica, principio que é suma de certeza e legalidade, tal como ten establecido o Tribunal Constitucional, en canto lle dá estabilidade á orde social constitucionalmente consagrada e supón para os cidadáns que as consecuencias de toda actuación están predeterminadas no ordenamento xurídico”. E engadimos que “é a norma vixente a que rexe os actos que teñen lugar durante o seu período de vixencia e ese principio só admite unha excepción: a retroactividade da norma posterior, excepción que ten o claro límite constitucional, tamén segundo o artigo 9.3 CE,

2 Neste período foi de utilidade a Recomendación do 15 de marzo de 2016 da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa (XCCA) do Estado aos órganos de contratación, na que aborda a falta de transposición das directivas e o seu efecto directo en relación co TRLCSF.

da irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais”».

Non obstante, a LCSP contén unha serie de especificacións acerca da aplicación do texto legal aos acordos de rescate e aos encargos que se efectúen con posterioridade á súa entrada en vigor, debendo entenderse que un encargo se realizou cando fose obxecto da correspondente formalización documental, así como sobre as revisións de oficio e os procedementos de recurso iniciados ao abeiro dos artigos 34 e 40 do TRLCSP, respectivamente, que seguirán tramitándose ata a súa resolución de conformidade con este, sen prexuízo de que se poida interpor o recurso especial, regulado no artigo 44 da LCSP, tratándose de expedientes iniciados antes da entrada en vigor da lei, cando os actos se diten con posterioridade ao dito momento.

É conveniente subliñar que o artigo 44.2 da LCSP, dun lado, remite, se os actos non son susceptibles de recurso especial, ao réxime de recursos contido na Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (LPC)³; e, doutro, taxa os actos impugnables mediante o mencionado recurso⁴: os anuncios de licitación, pregos e os documentos contractuais que establezan as condicións que deban rexer a contratación; os actos de trámite adoptados no procedemento de adxudicación que decidan directa ou indirectamente a adxudicación, que supoñan a imposibilidade de continuar o procedemento –incluídos os da mesa de contratación polos que se acorde a exclusión de licitadores– ou produzan indefensión ou lesión irreparable a dereitos ou intereses lexítimos; os acordos de adxudicación; as modificacións baseadas no incumprimento do establecido nos artigos 202 e 203⁵, por considerar que a modificación debeu ser obxecto dunha nova adxudicación; e a formalización de encargos a medios propios nos casos en que non cumpran os requisitos legais⁶.

Finalmente, a disposición, nos seus números 5 e 6, imponlles aos contratos baseados en acordos marco ou en sistemas dinámicos de adquisición a normativa aplicable a estes e dispón que os pregos de cláusulas administrativas xerais que no momento de entrada en vigor da LCSP xa se atopasen aprobados polas comunidades autónomas disporán dun prazo de seis meses para a súa adaptación ao regulamentado no apartado 2 do artigo 121 do mesmo texto legal⁷.

Non obstante, para atender de xeito rigoroso a temática que nos ocupa, é oportuno abordar o réxime xurídico da prórroga contractual. Aprioristicamente, non está de máis mencionar que o artigo 29 da LCSP preceptúa que todo contrato poderá prever unha ou varias prórrogas, sendo *conditio sine qua non* que as súas características permanezan inalterables durante o período de duración destas, á marxe das modificacións que se poidan introducir de conformidade co establecido nos artigos 203 a 207 da LCSP. Da prórroga debe darse aviso previo

3 Vid. artigos 112 a 126 da LPC.

4 En canto ao recurso especial, *vid.* GIMENO FELIU, J.M.³, *Sistema de control de la contratación pública en España: (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

5 Estes preceptos distinguen entre causas de modificación previstas ou non no prego, entre as cales se atopan as prestacións adicionais ou circunstancias imprevisibles e as modificacións non substanciais.

6 Vid. artigos 30 e ss. da LCSP.

7 O artigo 121.2 da LCSP dispón o seguinte: “As comunidades autónomas e as entidades que integran a Administración local poderán aprobar pregos de cláusulas administrativas xerais, de acordo coas súas normas específicas, logo de ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma respectiva, se o houbese”.

ao empresario cunha antelación mínima de dous meses á terminación do prazo de duración do contrato, aínda que están exceptuados desta exixencia os contratos cuxa duración sexa inferior a dous meses, xa que a prórroga do contrato non será obrigatoria para o contratista cando naquel se dea a causa de resolución establecida no artigo 198.6 por terse demorado a Administración no aboamento do prezo máis de seis meses.

Cómpre resaltar que o artigo 29 da LCSP prohibe, de xeito expreso, a prórroga polo consentimento tácito das partes, como tamén se deduce do artigo 35.1.g) do mesmo texto legal, que inclúe, dentro do contido mínimo do contrato, a súa duración e as “*datas estimadas para o comezo da súa execución e para a súa finalización, así como a da prórroga ou prórrogas, se estivesen previstas*”. Mentres, o artigo 335.2 da LCSP ordena a comunicación ao Tribunal de Contas ou órgano externo de fiscalización da comunidade autónoma, para os efectos de control, das modificacións, prórrogas ou variacións de prazos, as alteracións de prezo e do importe final, a nulidade e a extinción normal ou anormal dos contratos cuxo prezo de adjudicación –ou en acordos marco o valor estimado– exceda os 600.000 euros, tratándose de obras, concesións de obras, concesións de servizos; os 450.000 euros nos de subministracións; e os 150.000 euros nos supostos de servizos e de contratos administrativos especiais.

Así mesmo, serán obxecto de envío, ademais dos contratos baseados nun acordo marco e os específicos asinados no ámbito dun sistema dinámico de adquisición –sempre que o prezo de adjudicación do contrato exceda, en función da súa natureza, as contías sinaladas anteriormente–, o resto dos contratos, incluídos os menores, agás os que sendo o seu importe inferior a cinco mil euros se satisfagan a través de anticipo de caixa fixa ou similar, indicando a identidade do adjudicatario, o obxecto do contrato e a súa contía.

Deste xeito, exposto o réxime xurídico da prórroga contractual, cómpre realizar varias reflexións acerca dos contratos prorrogados. A primeira é a referida á nulidade das prórrogas tácitas establecidas nos contratos asinados antes da prohibición destas, xa no seu día, pola Lei 53/1999, do 28 de decembro, polo TRLCSP⁸ e pola vixente LCSP, na medida en que se opoñen ao réxime xurídico de prórroga expresa, vixente desde o primeiro texto legal aludido, e implican unha vulneración dos principios xerais de transparencia⁹ e publicidade que deben presidir a licitación e a adjudicación¹⁰, como explicitou o TXCE nas sentenzas Telaustria (TXCE 2000, 321) (C-324/98) ou Telefonadress (2000/321).

En definitiva, a prórroga debe determinarse con carácter previo para o cumprimento do principio de libre competencia, en atención a que o réxime desta reviste carácter de orde pública (informes da XCCA do Estado 36/2004, do 8 de xullo; 47/2004, do 12 de novembro; 55/2004, do 12 de novembro; e 27/2004, do 7 de outubro. Da XCCA da Comunidade Autónoma de Cataluña, 4/1999, do 30 de setembro; 7/2005, do 4 de outubro; e 7/2009, do 3 de xullo. E da XCCA de Canarias, 2/2014, do 20 de febreiro).

Neste mesmo sentido, pode verse o Informe da XCCA do Estado 23/11, do 28 de outubro –que trae a colación a doutrina mantida ata a data en reiterados informes (24/04, 35/04,

8 Artigo 23 do TRLCSP.

9 En relación con este principio, *vid.* MELLADO RUIZ, L., *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

10 Respecto da adjudicación dos contratos, *vid.* RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.^º, *La adjudicación de los contratos públicos en la nueva Ley de contratos el sector público*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.

50/04,55/04, 57/04, 12/06, 27/07 e 61/08)–, que clarifica que, “calquera que fosen as prevencións dos pregos en canto á duración e prórrogas dos contratos de acordo coa lexislación anterior, tras a reforma introducida no artigo 67.1 da Lei 53/1999, do 28 de decembro, pola que se modifica a citada Lei 13/1995, do 18 de maio, se prohiben as prórrogas tácitas”.

E iso é así porque cada prórroga contractual é considerada unha novación, o que implica aplicar a normativa vixente no momento de acordar esta, tal como concreta o Tribunal Supremo na Sentenza do 8 de marzo de 2011 (RX 2011, 2275) “que anulou a prórroga dunha concesión de servizos públicos que ampliaba substancialmente a duración inicial do contrato”, ao afirmar que, malia as leis poderen admitir a posibilidade de prorrogar ou ampliar os prazos inicialmente pactados, como mecanismo de compensación para restablecer o equilibrio financeiro alterado das concesións, “debe prevalecer o principio xeral de que os contratos do sector público deben aterse á duración neles convida e que ao termo desta cómpre proceder a unha nova convocatoria pública que respecte os principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e non discriminación e igualdade de trato entre os posibles candidatos” porque, en caso contrario, “os contratos de xestión dos servizos públicos poderían ter carácter indefinido na práctica, pois a sucesión de prórrogas ou as ampliacións de prazos impedirían a entrada de novos operadores para prestalos, con grave detrimento do principio de concorrencia [...]”.

Na resolución xudicial dilucidase que a prórroga tácita non está vinculada ao exercicio do *ius variandi* durante o período de vixencia do contrato, posto que, vencido o contrato primitivo, nos atoparíamos ante unha nova adxudicación que non estaría sometida aos principios de publicidade e concorrencia. Por outra banda, evidénciase que “o artigo 163 do Real decreto lexislativo 2/2000, do 16 de xuño de 2000, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, lle permitía efectivamente á Administración modificar por motivos de interese público “as características do servizo contratado e as tarifas que han de ser aboadas polos usuarios”, hipótese para a cal se prevía que, se as modificacións afectaban ao réxime financeiro, o contratista tiña dereito á compensación axeitada para manter o “equilibrio dos supostos económicos que foron considerados como básicos na adxudicación do contrato”. Dado que no suposto obxecto de análise non houbo unha imposición unilateral da Administración que modificase as características do servizo, senón o asentimento a unha novación contractual ofrecida pouco antes do seu vencemento polo adxudicatario do contrato que necesariamente debía extinguirse tras a prórroga admitida “por unha soa vez”, a sala de instancia non infrinxiu aquel precepto legal”.

Entón, como a prórroga prolonga a vixencia do prazo inicial do contrato, a norma que se debe aplicar é a vixente no momento de acaecer esta e non a que a regulaba cando se asinou o contrato inicial, como se expón no Informe da XCCA de Canarias 24/04, do 7 de xuño, que alude ao criterio compartido por outras xuntas consultivas, como a do Estado (informes 36/2004, do 8 de xullo; 47/2004, do 12 de novembro; 55/2004, do 12 de novembro; e 27/2004, do 7 de outubro), e da Comunidade Autónoma de Cataluña (informes 4/1999, do 30 de setembro; 7/2005, do 4 de outubro; e 7/2009, do 3 de xullo). O informe matiza tamén que, “tras a entrada en vigor da Lei de contratos das administracións públicas e o seu artigo 67, as prórrogas tácitas deben ser rexeitadas, pois resulta un contrasentido que un contrato celebrado con anterioridade á súa entrada en vigor puidese continuar producindo os seus efectos indefinidamente en virtude de prórrogas tácitas”.

Regap



ESTUDIOS

É oportuno realizar outra serie de puntualizacións en relación coa materia: que a prórroga indefinida dun contrato pode vulnerar o principio de libre concorrència (Ditame do Consello de Estado 2154/2002, do 26 de setembro); a improcedencia de prórrogas sobrevidas nun contrato público á marxe do prego de cláusulas administrativas particulares (Informe 36/13, do 26 de febreiro de 2015, da XCCA do Estado); a necesidade de realización da prórroga antes de rematar o prazo prorrogado (Informe 38/10, do 24 de setembro de 2010, da XCCA do Estado); e a admisibilidade de prórrogas tácitas nos contratos privados (Informe 38/06, do 30 de outubro de 2006, da XCCA do Estado¹¹).

Non está de máis apuntar que a disposición adicional oitava, dedicada aos contratos asinados nos sectores da auga, enerxía, transportes e servizos postais, ámbito da Lei 31/2007, do 30 de outubro, dispón que a adxudicación polas entidades do sector público que non teñan o carácter de administracións públicas de contratos que teñan por obxecto algunha das actividades enumeradas se rexerá pola dita lexislación¹², salvo que unha lei suxete estes contratos ao réxime contido na LCSP, caso en que se lles aplicará a normativa dos contratos suxeitos a regulación harmonizada (SARH), mentres que os contratos destinados á realización de varias actividades en que polo menos unha delas estea comprendida no marco da lei mencionada deberán observar o réxime xurídico da actividade á cal se destinen principalmente, aínda que cando non fose obxectivamente posible determinar a actividade prioritaria do contrato será de obrigado cumprimento a LCSP.

Non obstante, os contratos excluídos da Lei 31/2007 que formalicen as entidades do sector público que non teñan o carácter de administracións públicas rexeranse polas disposicións pertinentes da LCSP, sen que lles sexan aplicables as normas que nesta se destinan exclusivamente para os contratos SARH. Por último, remítese respecto da adxudicación dos contratos que asinen as entidades sinaladas que non teñan por obxecto algunha das actividades regulamentadas pola Lei 31/2007 á LCSP, nos termos establecidos nela.

En atención ao exposto, é necesario abordar seguidamente o réxime xurídico contido na Lei 31/2007, xa que esta, en referencia aos contratos adxudicados con anterioridade á súa entrada en vigor, na súa disposición transitoria única, exige o seguinte: *“Con excepción dos contratos incluídos no ámbito do sector dos servizos postais, os expedientes de contratación iniciados e os contratos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor desta lei rexeranse pola Lei 48/1998, do 30 de decembro, sobre procedementos de contratación nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e as telecomunicacións, pola que se incorporan ao ordenamento xurídico español as directivas 93/38/CEE e 92/13/CEE. Para estes efectos, entenderase que os expedientes de contratación foron iniciados se se publicase a correspondente convocatoria de adxudicación do contrato ou se se enviase a incitación para presentar ofertas nos procedementos negociados sen convocatoria de licitación previa que se regulan no artigo 59”*.

Deste xeito, cómpre ter en conta que, na medida en que a prórroga prolonga a vixencia do prazo inicial do contrato, a norma que se debe aplicar é a vixente no momento de acaecer esta, como se aclara no Informe da XCCA de Canarias 24/04, do 7 de xuño, porque cada

11 No informe afirmase que resulta factible admitir prórrogas tácitas en contratos privados como os de arrendamento, sociedade ou seguros.

12 O artigo 16 da Lei 31/2017 establece que esta se aplicará “aos contratos cuxo valor estimado, excluído o imposto sobre o valor engadido (IVE), sexa igual ou superior aos seguintes límites: a) 418.000 euros nos contratos de subministración e servizos. b) 5.225.000 euros nos contratos de obras”.

prórroga contractual é considerada unha novación, de modo que debe prevalecer o principio xeral de que os contratos do sector público se deben ater á duración neles convida e que á finalización desta se ha de proceder a unha nova convocatoria pública que respecte os principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e non discriminación e igualdade de trato entre os posibles candidatos.

Neste sentido, a exigencia de que a prórroga figure de xeito expreso nos anuncios de licitación e nos anuncios periódicos indicativos atópase no anexo III da Lei 31/2007¹³, dedicado aos “Anuncios de licitación”, apartado A.5.a), relativo ao procedemento aberto, dado que implica que neles cómpre incluír, para subministracións e obras, as *“Características e cantidade dos produtos solicitados (número(s) de referencia na nomenclatura). Indicar as opcións para licitacións complementarias e, cando sexa posible, o prazo considerado previsto para exercer as ditas opcións, así como o número de prórrogas posibles. No caso dunha serie de contratos renovables, tamén se precisará, de ser posible, o calendario provisional das convocatorias de licitación posteriores para os produtos que se vaian subministrar ou a natureza e o alcance das prestacións, e as características xerais da obra (número(s) de referencia na nomenclatura)”*; e, para servizos, conforme o número 6.a), as *“Características e cantidade dos produtos solicitados. Indicar as opcións para licitacións complementarias e, cando sexa posible, o prazo considerado previsto para exercer as ditas opcións, así como o número de prórrogas posibles. No caso dunha serie de contratos renovables tamén se precisará, de ser posible, o calendario provisional das convocatorias de licitación posteriores para os servizos que se vaian prestar”*.

Estes mesmos requirimentos exíxense nos procedementos restrinxido e negociado, nos apartados B.5.a) e 6.a), e C.5.a) e 6.a), do anexo III da Lei 31/2007.

Ademais, no anexo V, “Anuncios periódicos indicativos”, no apartado noveno, prevese a constancia das *“Características e cantidade dos produtos solicitados ou características xerais da obra ou categoría do servizo conforme o anexo II A e a súa descrición, precisando se se prevé un ou varios acordos marco. Debe indicar as opcións para licitacións complementarias e o prazo considerado previsto para exercer as ditas opcións, así como o número de prórrogas posibles. No caso dunha serie de contratos renovables, deberá precisarse tamén o calendario provisional das convocatorias de licitación posteriores”*.

Ben pode afirmarse, en consecuencia, que non existe disposición normativa ningunha na Lei 31/2007 que exceptúe o réxime xurídico da prórroga expresa, como sucede na lexislación xeral de réxime xurídico do sector público.

13 O artigo 47 da Lei 31/2007 impón, respecto da convocatoria de licitación do sistema dinámico de adquisición, o cumprimento dos apartados A, B ou C do propio texto legal, e a letra D en relación coa convocatoria de licitación dos contratos baseados nel.

2 Previsións legais acerca da contratación dos poderes adjudicadores distintos dunha Administración pública

2.1 Unha aposta pola transparencia e a seguridade xurídica: a unificación do réxime xurídico da contratación pública nos contratos de importe non harmonizado

2.1.1 Especialidades procedementais

O réxime xurídico aplicable aos poderes adjudicadores distintos dunha Administración pública (PANAP) é o contido nos artigos 316 e seguintes da LCSP. Respecto da preparación e adjudicación dos contratos SARH, efectúase unha remisión ás normas contidas nas seccións 1.^a e 2.^a do capítulo I do título I do libro II, mentres que se establece que poderán adjudicarse directamente a calquera empresario, con capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación obxecto do contrato, os contratos non SARH cuxo valor estimado sexa inferior a 40.000 euros, se se trata de contratos de obras, de concesións de obras e concesións de servizos, ou a 15.000 euros, nos contratos de servizos e subministracións, tema que abordaremos máis adiante na epígrafe seguinte.

Por outra banda, os contratos de obras, concesións de obras e concesións de servizos cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 40.000 euros e inferior a 5.548.000 euros e os contratos de servizos e subministracións de valor considerado superior a 15.000 euros e inferior a 221.000 euros, poderanse adjudicar por calquera dos procedementos da sección 2.^a do capítulo I do título I do libro segundo da LCSP, con excepción do procedemento negociado sen publicidade, que ha de aterse ao artigo 168 da LCSP.

En cambio, os efectos e extinción dos contratos realizados polos PANAP rexeranse por normas de dereito privado, aínda que si lles será aplicable a LCSP en relación coas obrigas en materia ambiental, social ou laboral (artigo 201); as condicións especiais de execución (artigo 202); os supostos de modificación contractual (artigos 203 a 205); a cesión e subcontratación (artigos 214 a 217); a racionalización técnica da contratación (artigos 218 a 228); e as condicións de pagamento reguladas nos apartados 4.^o do artigo 198, 4.^o do artigo 210 e 1.^o do artigo 243.

É oportuno constatar que a LCSP concreta unha serie de cautelas, xa que, se a modificación do contrato non estivese prevista no prego de cláusulas administrativas particulares, sempre que o seu importe sexa igual ou superior a 6.000.000 de euros e a contía da modificación, illada ou conxuntamente, fose superior a un 20 por cento do prezo inicial do contrato, IVE excluído, sería necesaria a autorización do departamento ministerial ou órgano da Administración autonómica ou local a que estea adscrita ou corresponda a tutela da entidade contratante, logo de ditame preceptivo do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma. Nestes contratos serán causas de resolución a imposibilidade de executar a prestación na forma inicialmente pactada –cando non sexa posible modificar o contrato a teor dos artigos 204 e 205 da LCSP– e a recollida na letra i) do artigo 211 do mesmo texto legal consistente no non pagamento, durante a execución do contrato, dos salarios por parte do contratista aos traballadores que estivesen a participar nela, ou o incumprimento

das condicións establecidas nos convenios colectivos en vigor para estes traballadores tamén durante a execución do contrato.

Noutra orde de cousas, aos contratos de concesión de obras e concesión de servizos seranlles de aplicación as causas de resolución establecidas nos artigos 279 e 294 da LCSP, para cada un deles, ben que o rescate da obra ou o servizo, a supresión da súa explotación e o secuestro ou intervención destes terá que acordalo o departamento ministerial ou órgano da Administración autonómica ou local ao cal estea adscrita ou corresponda a tutela do poder adjudicador, xa que nos contratos de servizos consistentes na elaboración íntegra dun proxecto de obra se exixirá a responsabilidade do contratista por defectos ou erros do proxecto en observancia do disposto no artigo 314 da LCSP.

A propósito do réxime xurídico exposto, cómpre destacar a extensión da aplicación aos PANAP das disposicións relativas ás modificacións contractuais, o que require facer dúas consideracións: primeira, que o dito réxime é común e aplicable a todo tipo de contratos privados e administrativos, ex artigos 26 e 319.1 da LCSP, norma que utiliza a denominación contratos do sector público; e, segunda, que con motivo da transposición da normativa comunitaria o réxime xurídico é máis restritivo.

En efecto, como impón a Directiva 2014/24/UE no seu artigo 72, a LCSP ordena que a modificación dos contratos durante a súa vixencia poderá efectuarse, sen necesidade de iniciar un novo procedemento de contratación, se está prevista no prego de cláusulas administrativas particulares, nos termos do artigo 204, ou, excepcionalmente e en caso contrario, se se cumpren as exixencias do artigo 206. Polo tanto, a LCSP preceptúa, cando as modificacións estivesen xa previstas nos pregos iniciais da contratación, que as cláusulas de revisión sexan claras, precisas e inequívocas, debendo determinar os seguintes extremos: o seu alcance, límites e natureza; as condicións en que poderá facerse uso desta por concurrencia de circunstancias que poidan verificarse de forma obxectiva; e o procedemento que se teña que seguir para realizar a modificación. A cláusula de modificación debe expresar, así mesmo, que a modificación non poderá supor novos prezos unitarios non previstos no contrato.

A formulación e o contido da cláusula de modificación deberá permitirlles aos candidatos e licitadores comprender o seu alcance exacto e interpretala da mesma forma e que lle posibilite ao órgano de contratación comprobar efectivamente o cumprimento por parte dos primeiros das condicións de aptitude exixidas e valorar correctamente as ofertas presentadas por estes.

Engádesse unha cautela máis no sentido de que se lles prohíbe aos órganos de contratación introducir no prego de cláusulas administrativas particulares modificacións que poidan alterar a natureza global do contrato inicial, entendendo que se produce tal alteración se se substitúen as obras, as subministracións ou os servizos que se van adquirir por outros diferentes ou se modifica o tipo de contrato, a diferenza do que sucede se se substitúe algunha unidade de obra, subministración ou servizo puntual.

Non obstante, se as modificacións non estivesen previstas nos pregos de cláusulas administrativas particulares ou se estándoo non se axustan ao sinalado anteriormente, só poderán realizarse cando a modificación en cuestión cumpra determinados requisitos: que atope a súa xustificación nalgún dos supostos que se relacionan no apartado segundo do artigo



205¹⁴, e que se limite a introducir as variacións estritamente indispensables para responder á causa obxectiva que a faga necesaria.

Entre os mandatos do artigo 205, cómpre destacar, por unha banda, o límite que representa o feito de que o incremento do prezo resultante da modificación non poida exceder o 50 % do valor do contrato inicial e, por outra, que para que poidan introducirse varias modificacións sucesivas é necesario que concorran eventualidades sobrevidas imprevisibles no momento en que tivo lugar a licitación do contrato sempre que toda modificación cumpra as condicións que se explicitan seguidamente: que un poder adxudicador dilixente non a puidese prever; que non altere a natureza global do contrato; que o incremento do prezo resultante non exceda o 50 % do valor do contrato ou do acordo marco inicial; e que, con independencia do seu valor, non sexa substancial¹⁵, xa que, de selo e non iniciarse un novo procedemento de contratación, procedería a resolución do contrato¹⁶.

En atención á materia que nos ocupa, o Informe 8/2016, do 20 de abril, da XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón, relativo á modificación dun contrato de xestión de servizos públicos para introducir novas prestacións, pon de manifesto o carácter restritivo en sede de modificación contractual. Este informe indica os estritos límites que acoutan as posibilidades de modificación dos contratos públicos, xa que iso pode supor un obstáculo aos principios de libre concorrència e boa fe, e a necesidade de interpretar o seu réxime xurídico en coherencia coas directivas e a xurisprudencia europea; e recorda o requirimento de que toda modificación debe sustentarse na concorrència de razóns de interese público que respondan a necesidades novas ou causas imprevistas debidamente xustificadas no expediente. No mesmo informe clarifícase tamén que non resulta posible unha modificación

14 Entre as causas que eventualmente poderían xustificar unha modificación non prevista, sempre que esta cumpra todos os requisitos expostos, atópase o caso de que devíñese necesario engadir obras, subministracións ou servizos adicionais aos inicialmente contratados, cando se cumpran dúas exigencias. A primeira consiste en que o cambio de contratista non fose posible por razóns de tipo económico ou técnico; por exemplo, que obrigase ao órgano de contratación a adquirir obras, servizos ou subministracións con características técnicas diferentes dos inicialmente contratados, cando estas diferenzas dean lugar a incompatibilidades ou a dificultades técnicas de uso ou de mantemento que resulten desproporcionadas; e, así mesmo, que o cambio de contratista xerara inconvenientes significativos ou un aumento substancial de custos para o órgano de contratación. Non se considerará un inconveniente significativo a necesidade de celebrar unha nova licitación para permitir o cambio de contratista. A segunda imposición implica que a modificación do contrato supoña unha alteración na súa contía que non exceda, illada ou conxuntamente con outras modificacións acordadas conforme este artigo, o 50 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído.

Tamén se posibilita unha modificación contractual non prevista cando esta derive de circunstancias sobrevidas e que fosen imprevisibles no momento en que tivo lugar a licitación do contrato se se cumpren determinadas condicións: que se trate de modificacións que unha Administración dilixente non tivese podido prever, que non alteren a natureza global do contrato e que impliquen unha alteración na súa contía que non exceda o 50 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído.

Finalmente, permítese a falta de previsión se as modificacións non son substanciais, ás que se fai referencia na seguinte nota ao pé.

15 Considerarase substancial unha modificación, segundo o artigo 205 da LCSP, cando se cumpra unha ou varias destas condicións: “1.º Que a modificación introduza condicións que, de teren figurado no procedemento de contratación inicial, terían permitido a selección de candidatos distintos dos seleccionados inicialmente ou a aceptación dunha oferta distinta da aceptada inicialmente ou terían atraído máis participantes no procedemento de contratación. En todo caso, considerarase que se dá o suposto previsto no parágrafo anterior cando a obra ou o servizo resultantes do proxecto orixinal ou do prego, respectivamente, e mais a modificación que se pretenda, requirían dunha clasificación do contratista diferente da que, se é o caso, se exixiu no procedemento de licitación orixinal. 2.º Que a modificación altere o equilibrio económico do contrato en beneficio do contratista dun xeito que non estaba previsto no contrato inicial. En todo caso, considerarase que se dá o suposto previsto no parágrafo anterior cando, como consecuencia da modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra novas cuxo importe representaría máis do 50 por cento do orzamento inicial do contrato. 3.º Que a modificación amplíe de forma importante o ámbito do contrato. En todo caso, considerarase que se dá o suposto previsto no parágrafo anterior cando: (i) O valor da modificación supoña unha alteración na contía do contrato que exceda, illada ou conxuntamente, o 15 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído, se se trata do contrato de obras, ou dun 10 por cento, IVE excluído, cando se refira aos demais contratos, ou ben que supere o limiar que en función do tipo de contrato resulte de aplicación de entre os sinalados nos artigos 20 a 23. (ii) As obras, servizos ou subministracións obxecto de modificación se atopen dentro do ámbito doutro contrato, actual ou futuro, sempre que se iniciase a tramitación do expediente de contratación”.

16 Vid. artigo 211.1.g) da LCSP.

contractual se iso supón un cambio fundamental das regras da licitación que implique unha alteración substancial do obxecto do contrato, así como que resulta ineludible dar publicidade do modificado –no perfil de contratante e no boletín oficial onde se publicou o contrato– e practicar notificación a todos os licitadores admitidos.

En conclusión, pode afirmarse que a LCSP levou a cabo a unificación do réxime xurídico dos contratos de importe non harmonizado tratándose de poderes adxudicadores, malia ser certo que a contratación menor require unha análise pormenorizada que se efectúa no próximo apartado.

2.1.2 Problemática inherente á contratación menor

A LCSP, no seu artigo 118, reduciu os importes da contratación menor ao determinar un valor considerado inferior a 40.000 euros cando se trate de contratos de obras, ou a 15.000 euros para os de subministración ou de servizos, debendo ter presente o disposto no artigo 229 en relación coas obras, servizos e subministracións centralizados a nivel estatal.

Débase constatar que o artigo 29.8 da LCSP dispón que os contratos menores non poderán ter unha duración superior a un ano nin ser obxecto de prórroga, e o artigo 37 do mesmo texto legal establece que as entidades do sector público non poderán contratar verbalmente salvo que o contrato teña, de conformidade co artigo 120.1, carácter de emerxencia. Á parte, os contratos que asinen as administracións públicas deberán formalizarse de acordo co previsto no artigo 153 da LCSP, á marxe do contido do número 118, mentres que os contratos que acorden os PANAP, cando sexan susceptibles de recurso especial de contratación, deberán formalizarse nos prazos do artigo 153 do citado texto legal.

O mencionado artigo 118 da LCSP concreta, con carácter xeral¹⁷, que *“nos contratos menores a tramitación do expediente exixirá o informe do órgano de contratación motivando a necesidade do contrato. Así mesmo, requirirase a aprobación do gasto e a incorporación a este da factura correspondente, que deberá reunir os requisitos que as normas de desenvolvemento desta lei establezan”*. Noutra orde de cousas, a LCSP impón a xustificación no expediente de que non se está a alterar o obxecto do contrato para evitar a aplicación das regras de contratación e de que o contratista non subscribiu máis contratos menores que individual ou conxuntamente superen as cifras apuntadas anteriormente, exceptuándose desta regra os supostos en que pode utilizarse o procedemento negociado sen publicidade regulado no artigo 168.a).2.º da LCSP.

En canto ao límite sinalado de que o contratista non subscribise máis contratos menores que individual ou conxuntamente superen as cifras referidas, a XCCA do Estado, no Informe 41/2017 concluíu que a LCSP *“non considera unha limitación á celebración de contratos menores cun mesmo operador económico cando as prestacións obxecto destes sexan cualitativamente diferentes e non formen unha unidade. Por iso, fóra dos casos de alteración fraudulenta do obxecto do contrato, si é posible asinar outros contratos menores co mesmo contratista, pero neste caso deberá xustificarse axeitadamente no expediente que non se dan as circunstancias prohibidas pola norma”*. Por outra banda, puntualízase que cando entre

17 Tratándose dun contrato menor de obras, debe incorporase tamén orzamento destas, sen prexuízo de que deba existir o correspondente proxecto cando normas específicas así o requirán e de que deba solicitarse o informe das oficinas ou unidades de supervisión a que se refire o artigo 235 da LCSP cando o traballo afecte á estabilidade, seguridade ou estanquidade da obra (artigo 118.2 da LCSP).

dous contratos menores cuxas prestacións sexan equivalentes mediase máis dun ano, contado desde a aprobación do gasto, unha vez comprobado no expediente o transcurso deste período de tempo, non será obrigado proceder a unha ulterior xustificación no expediente de contratación do segundo contrato menor.

A este respecto, a XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón, no Informe 3/2018, do 13 de febreiro, argumenta –cunha alusión expresa á lexislación navarra que utiliza un concepto moi similar¹⁸– que a fixación da regra da incompatibilidade sobre unha base anual non suporía senón a aplicación dunha regra “que é un principio básico do dereito orzamentario (artigo 27.1 da Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria) a aplicación da cal aclararía de forma satisfactoria o ámbito temporal durante o que se prolonga a incompatibilidade establecida no artigo 118.3 LCSP”.

Deste xeito, a xunta conclúe que, “para a adjudicación de novos contratos menores cando se superen as contías establecidas no artigo 118.1, se aplicará sobre a base do exercicio ou anualidade orzamentaria con cargo ao cal se imputen os créditos que financiaron a execución dos contratos menores adjudicados con anterioridade”.

É conveniente apuntar que a disposición adicional novena da LCSP precisa que a subscrición a revistas e outras publicacións, calquera que sexa o seu soporte, así como a contratación do acceso á información contida en bases de datos especializadas, poderán efectuarse, calquera que sexa a súa contía sempre que non sexan contratos SARH, de acordo coas normas establecidas na propia lei para os contratos menores e con suxeición ás condicións xerais que apliquen os provedores, incluíndo as relativas ás fórmulas de pagamento. O aboamento do prezo, nestes casos, debe realizarse segundo as condicións que rexan estes contratos, sendo admisible o pagamento con anterioridade á entrega ou realización da prestación se iso responde aos usos habituais do mercado.

Especifícase, ademais, que cando estes contratos se realicen por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos, os entes, organismos e entidades do sector público contratantes terán a consideración de consumidores, para os efectos previstos na lexislación de servizos da sociedade da información e comercio electrónico.

Nesta materia, cómpre facer mención aos artigos 29.8 e 99 da LCSP. O primeiro deles contén a prohibición de que o contrato menor teña unha duración superior a un ano e de que poida ser obxecto de prórroga, mentres que o segundo veta o fraccionamento dun contrato coa finalidade de diminuír a súa contía e eludir así os requisitos de publicidade ou os inherentes ao procedemento de adjudicación que correspondan.

A propósito da aplicación da normativa da contratación menor á subscrición a revistas e outras publicacións, calquera que sexa o seu soporte, e á contratación do acceso á información contida en bases de datos especializadas, o antedito Informe 3/2018, do 13 de febreiro, da XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón, detallou varios extremos: primeiro, que a única prescrición do artigo 118 que quedaría desactivada sería a da propia definición cuantitativa dos contratos menores, dado que se estableceu que os que teñan por obxecto o acceso a

18 A Lei foral 6/2006, do 9 de xuño, de contratos públicos, no seu artigo 73.6, establece: “Ningunha empresa ou profesional poderán ser adjudicatarios dentro da mesma Administración contratante e durante un mesmo exercicio orzamentario dun número de contratos adjudicados mediante factura ou factura con reserva de crédito cuxa contía acumulada sexa superior a 80.000 euros, IVE excluído, en obras, e 30.000 euros, IVE excluído, no resto de contratos”.

bases de datos e a subscrición a publicacións se tramiten como contratos menores aínda que non lles correspondese tal consideración atendendo á súa contía (mentres non teñan a consideración de contratos SARH); segundo, que para este tipo de contratacións deberá terse en conta a posible existencia de dereitos exclusivos relacionados coa propiedade industrial e intelectual dos contidos desas publicacións e bases de datos e, como consecuencia, a imposibilidade de adjudicar estes contratos a operadores económicos distintos dos propietarios deses dereitos, supostos en que podería recorrerse á utilización do procedemento negociado sen publicidade se concorre o suposto do artigo 168.a).2.º da LCSP, existindo unha exclusión manifesta da aplicación do límite de contratos no inciso final do artigo 118.3; e terceiro, que a duración máxima dun ano dos contratos menores, determinada no artigo 29.8 da LCSP, ao non tratarse dunha cuestión “de procedemento”, “como se deduce da súa localización sistemática nun precepto diferenciado do que establece as regras de adjudicación”¹⁹, non resultaría de aplicación para a adjudicación daqueles aos cales se refire a disposición adicional novena da LCSP.

Centrándonos nos PANAP, ao noso entender pode argumentarse, en atención aos antecedentes, especialmente aos pronunciamentos de determinados órganos consultivos, que a LCSP homoxeneizou o réxime xurídico da contratación menor facéndoo extensivo a estes entes no seu artigo 318 –como se expuxo na epígrafe anterior dedicada ás especialidades procedementais tendentes á unificación da normativa dos contratos de importe non harmonizado con independencia do carácter ou non de Administración pública do poder adjudicador–, na medida en que, aínda que non emprega o termo contratación menor, dispón que os contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cando se trate de contratos de obras, de concesións de obras e concesións de servizos, ou a 15.000 euros, en contratos de servizos e subministracións, poderán adjudicarse directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación obxecto do contrato, fixando os mesmos limiares que no artigo 131.3 da LCSP, precepto que non exonera da observancia dos límites e requisitos da contratación menor regulada no artigo 118 da LCSP.

De feito, débese constatar que xa non está permitida unha flexibilización do réxime xurídico vía instrucións internas, como sucedía ao abeiro do derogado TRLCSP, xa que a LCSP prevé estas respecto de entes do sector público que non sexan poderes adjudicadores²⁰. E iso é así porque o artigo 23.3 do TRLCSP, de obrigado cumprimento polas administracións públicas, permitía unha argumentación a favor da súa non-aplicación a poderes adjudicadores que non sexan Administración pública fundada en que os contratos menores, dada a súa pequena contía, non están suxeitos a regulación harmonizada²¹, motivo polo que o TRLCSP flexibilizaba o seu réxime xurídico sobre preparación e adjudicación nos artigos 191.a) e 192.1, dando cabida á diversificación a través de instrucións neste sector. Así pois, unha empresa mixta

19 Este precepto está situado no libro I da LCSP, no título I, dedicado a disposicións xerais, e concretamente no capítulo I sobre “Racionalidade e consistencia da contratación do sector público”, e non no libro segundo, título I, capítulo I, sección 1.ª, subsección 1.ª, relativa ao “Expediente de contratación”, como sucede co artigo 118.

20 Vid. artigo 321 da LCSP e, en relación coa supresión das instrucións internas dos PANAP, o Informe 11/2017 da XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón.

21 Vid., acerca dos contratos SARH e os limiares correspondentes, os artigos 14 e ss. do TRLCSP.

podía inserir nas súas instrucións, en virtude dos artigos 191.b)²² e 192.3²³ do TRLCSP, unha excepción análoga relativa á duración dos contratos menores baseándose no disposto no artigo 191.c do mesmo texto legal²⁴. Non obstante, a omisión deste extremo nas instrucións, ex disposición transitoria quinta do TRLCSP²⁵, implicaba a aplicación dos artigos 190 e 138.3 do TRLCSP, preceptos dedicados á adxudicación dos contratos SARH e á prohibición de que o contrato menor teña unha duración superior a un ano respectivamente²⁶.

Cómpre destacar que xa no seu momento o Consello de Estado, no ditame 514/2006, do 25 de maio, acerca da flexibilización citada contida no artigo 191 respecto do 190, para contratos non SARH, se posicionou en contra da devandita distinción, avogando pola aplicación das mesmas regras aos PANAP do seguinte xeito: “2.º) Desde a perspectiva do dereito interno, a lei regula, en relación coas administracións públicas –tal como as define o artigo 3.2–, o réxime completo do contrato (preparación, adxudicación, efectos e extinción); ademais, a regulación dos contratos administrativos típicos segue tendo unha elaboración normativa moi detallada. Desde esta mesma perspectiva, o anteproxecto considérase obrigado a regular as fases de preparación e adxudicación dos contratos obxecto de regulación comunitaria (contratos suxeitos a unha regulación harmonizada), prescindindo, sen razón sólida ningunha, de regular no mesmo sentido estas mesmas fases respecto dos contratos que non cheguen ao limiar cuantitativo da directiva (coa excepción, obvia, da innecesariedade de publicidade comunitaria). En fin, aínda desde o punto de vista do dereito interno, ao resto do sector público sonlle de aplicación determinados preceptos”.

É máis, no ditame propúxose unha estrutura normativa diferente consistente en regular, en primeiro lugar e de forma completa, tanto a parte xeral dos contratos das administracións públicas como cada un dos contratos típicos, e, en segundo termo, e con referencia a esa ordenación troncal, abordar os contratos dos demais poderes adjudicadores, como se expón a continuación: “Esta regulación aplicaríase aos que antes se denominaron segundo e terceiro nivel de intensidade, é dicir, os suxeitos que requiren, ben dunha flexibilización das tradicionais exixencias dos contratos administrativos ao tempo que un sometemento ás normas comunitarias cando formalicen contratos por enriba de certas contías (poderes

22 O artigo 191.b) do TRLCSP dispón que “os órganos competentes das entidades a que se refire esta sección aprobarán unhas instrucións, de obrigado cumprimento no seu ámbito interno, nas que se regulen os procedementos de contratación de forma que quede garantida a efectividade dos principios enunciados na letra anterior e que o contrato é adxudicado a quen presente a oferta economicamente máis vantaxosa. Estas instrucións débense pór á disposición de todos os interesados en participar nos procedementos de adxudicación de contratos regulados por elas, e publicarse no perfil de contratante da entidade. No ámbito do sector público estatal, a aprobación das instrucións requirirá o informe previo da Avogacía do Estado”.

23 O artigo 192.3 do TRLCSP establece que “nas instrucións internas en materia de contratación que sexan aprobadas por estas entidades se disporá o necesario para asegurar a efectividade dos principios enunciados no apartado 1 deste artigo e a directriz establecida no apartado 2. Estas instrucións débense pór á disposición de todos os interesados en participar nos procedementos de adxudicación de contratos regulados por elas, e publicarse no perfil de contratante da entidade. No ámbito do sector público estatal, estas instrucións deberán ser sometidas a informe antes da súa aprobación polo órgano ao que lle corresponda o asesoramento xurídico da correspondente entidade”.

24 O artigo 191.c) do TRLCSP precisa que “se entenderán cumpridas as exixencias derivadas do principio de publicidade coa inserción da información relativa á licitación dos contratos cuxo importe supere os 50.000 euros no perfil do contratante da entidade, sen prexuízo de que as instrucións internas de contratación poidan arbitrar outras modalidades, alternativas ou adicionais, de difusión”.

25 A disposición transitoria quinta do TRLCSP ordena que “mentres non se aproben as instrucións internas a que se refire o artigo 191.b), os poderes adjudicadores que non teñan o carácter de administracións públicas se rexerán, para a adxudicación de contratos non suxeitos a regulación harmonizada, polas normas establecidas no artigo 190”.

26 Neste sentido, *vid.* en JIMÉNEZ APARICIO, E. (coord.), *Comentarios a la legislación de contratación pública*, 4.ª ed., tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 1488 a 1490. Neste traballo, mantense a tese de que é posible eludir o límite que representa o prazo dun ano nos contratos menores mediante disposición expresa nas instrucións que redacte o poder adjudicador que non sexa Administración pública.

adxudicadores que realicen contratos suxeitos a regulación harmonizada, segundo nivel), ou ben que requiren simplemente que os contratos que asinen queden sometidos a certas exigencias comunitarias (eses mesmos suxeitos cando contraten por debaixo dos limiares comunitarios, terceiro nivel). En calquera caso, resultaría desexable, como se dixo, que tampouco respecto a estes suxeitos se fixese distinción entre contratos por enriba e por debaixo do limiar comunitario, resultándolles de aplicación as mesmas regras respecto á preparación e adxudicación”.

Este mesmo parecer expresou a XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón, en alusión ao texto legal vixente, no Informe 11/2017, do 2 de novembro, no cal se afirma que, “a xuízo deste centro directivo, do artigo 318.b) e do fragmento do preámbulo da LCSP que se transcribiu, resulta con claridade que o que se lles recoñece aos poderes adxudicadores que non teñan a condición de Administración pública, para os contratos que celebren cun valor estimado superior ao dos contratos menores e inferior ao dos contratos suxeitos a regulación harmonizada, é a opción de elixir entre “os mesmos” procedementos de contratación aplicables ás administracións públicas (*a excepción do procedemento negociado sen publicidade, que só será aplicable nos supostos previstos no artigo 168 da LCSP*). Iso implica unha remisión *in totum* á regulación aplicable a cada un dos ditos procedementos, algúns dos cales (procedemento aberto, restrinxido, diálogo competitivo, asociación para a innovación) serán, en principio, intercambiabes ou susceptibles de aplicación indistinta a elección do órgano de contratación, mentres que outros (o procedemento negociado, o procedemento aberto simplificado do artigo 159 e o procedemento aberto máis simplificado do apartado 6 do citado artigo 159) deberán entenderse aplicables coa condición de que o permita o valor estimado do contrato en cuestión (que debe ser igual ou inferior a 2.000.000 de euros no caso de contratos de obras, e a 100.000 euros no caso de contratos de subministración e de servizo, no procedemento aberto simplificado do artigo 159.1, e inferior a 80.000 euros, no caso de obras, e a 35.000 euros, en subministracións e servizos, para o procedemento aberto máis simplificado do artigo 159.6 da LCSP), así como a súa caracterización e obxecto”.

No informe sinálase que a vontade do lexislador, que se desprende dos artigos 317 e 318 da LCSP, de aproximar a contratación dos PANAP ao réxime xurídico da contratación propio das administracións resulta, como xa se puxo de manifesto, de varios extremos: da aplicación en bloque da LCSP (seccións 1.ª e 2.ª do capítulo I do *título I do libro II*) á adxudicación dos seus contratos harmonizados, con desaparición das excepcións e matizacións que recollía o artigo 190 do TRLCSP; da supresión das instrucións internas de contratación para os contratos destas entidades de valor considerado inferior aos limiares que definen os contratos SARH; e da admisión da posibilidade de adxudicar os contratos de obras, concesións de obras e servizos de valor considerado inferior a 40.000 euros e os de servizos e subministracións de valor considerado inferior a 15.000 euros, como contratos menores.

Sobre este último extremo, no informe que nos ocupa argumentase que, en relación cos contratos menores e á vista do teor do artigo 318 LCSP, os PANAP deben observar as mesmas exigencias xerais porque, na medida en que “os contratos a que se refire o artigo 318.a) LCSP/2017 son conceptualmente coincidentes cos contratos menores, non se advirte razón legal que exclúa a aplicación a estes contratos do artigo 318.a) dos requisitos que, con carácter xeral, establece para os contratos menores o artigo 118 da LCSP”.

Regap



ESTUDIOS

Este mesmo razoamento está contido, tamén, no Informe 2/2018 da Avogacía do Estado, no cal se puntualiza que, aínda que o artigo 318.a) non emprega, *nominatim*, a expresión “contratos menores”, e tampouco contén unha remisión patente aos artigos 118 e 131.3, que son os que regulan de maneira xeral esta categoría, “apréciase fundamento xurídico para concluír que a mención concreta do artigo 318.a) aos contratos de valor estimado inferior a 40.000, no caso de contratos de obras, concesións de obras e concesións de servizos, e a 15.000 euros, no caso de contratos de servizos e de subministracións (importes plenamente coincidentes cos previstos para os contratos menores no artigo 118.1 da LCSP), unida á previsión de que estes “poderán adjudicarse directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación obxecto do contrato” (expresión idéntica á empregada polo lexislador no artigo 131.3 da LCSP para aludir aos contratos menores), non é unha mera casualidade ou coincidencia, senón unha decisión deliberada do lexislador, que está a configurar un suposto conceptualmente coincidente cos contratos menores”.

En definitiva, na nosa opinión, unha interpretación que aposte pola uniformidade normativa neste ámbito favorece, sen lugar a dúbidas, a transparencia e a seguridade xurídica, xa que a aplicación do artigo 118 da LCSP implica, dun lado, evitar a existencia de distintos réximes de contratación aplicables aos contratos non harmonizados dos PANAP, feito que propicia, ademais, a simplificación administrativa na procura, especialmente, da plena implementación da contratación electrónica²⁷; e, doutro, a observancia polos PANAP de determinadas regras nos expedientes da contratación menor para evitar posibles utilizacións abusivas afastadas dos obxectivos que han de estar presentes na contratación pública de eficiencia no gasto e de respecto aos principios de igualdade de trato, non discriminación, transparencia, proporcionalidade e integridade, como se incide no preámbulo da LCSP²⁸.

Finalmente, resta constatar que, malia que unha visión sistemática e integrada do réxime xurídico da contratación pública pode levar a concluír nos termos indicados, o lexislador perdeu, unha vez máis, unha oportunidade de claridade positiva.

2.2 Consideracións sobre o procedemento negociado: o prezo e o menor custo do ciclo de vida como criterios únicos de adjudicación

Respecto dos criterios de adjudicación dos contratos, debemos partir do artigo 145 da LCSP, que dispón: “1. *A adjudicación dos contratos realizarase utilizando unha pluralidade de criterios de adjudicación baseándose na mellor relación calidade-prezo. Xustificándoo previamente no expediente, os contratos poderanse adjudicar segundo criterios baseados nunha formulación que atenda á mellor relación custo-eficacia, sobre a base do prezo ou custo, como o cálculo do custo do ciclo de vida conforme o artigo 148*”, mentres que o número 146 prevé que “1. *A adjudicación dos contratos se realizará utilizando unha pluralidade*

27 Sobre esta materia, *vid.* GÓMEZ MANRESA, M.ª F., “Retos de la contratación pública electrónica”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 47-48, 2016, pp. 244 a 275; e MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

28 “*O sistema legal de contratación pública que se establece nesta lei persegue aclarar as normas vixentes na procura dunha maior seguridade xurídica e trata de conseguir que se utilice a contratación pública como instrumento para implementar as políticas tanto europeas como nacionais en materia social, ambiental, de innovación e desenvolvemento, de promoción das pemes, e de defensa da competencia. Todas estas cuestións constitúense como verdadeiros obxectivos da lei, perseguíndose en todo momento a eficiencia no gasto público e o respecto aos principios de igualdade de trato, non discriminación, transparencia, proporcionalidade e integridade*”.

de criterios de adjudicación baseándose na mellor relación calidade-prezo. Xustificándoo previamente no expediente, os contratos poderanse adjudicar segundo criterios baseados nunha proposta que atenda á mellor relación custo-eficacia, sobre a base do prezo ou custo, como o cálculo do custo do ciclo de vida conforme o artigo 148.2. A mellor relación calidade-prezo avaliarase consonte criterios económicos e cualitativos”.

Así pois, resulta que, en principio, a LCSP se refire a “pluralidade de criterios de adjudicación”, cuxa elección, como explicita a XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón no seu Informe 2/2015, do 17 de marzo —en que trae a colación o Informe 1/2011, do 12 de xaneiro—, aínda que é discrecional para o órgano de contratación, tales criterios “han de reunir, en síntese, as seguintes características: deben estar directamente vinculados ao obxecto, as características e a natureza do contrato; deben ser obxectivos; deben estar ponderados; deben permitir avaliar o nivel de rendemento e a relación calidade/prezo de cada oferta e deben figurar no anuncio de licitación, nos pregos ou, se é o caso, no documento descritivo. É dicir, atendendo ao interese público en xogo e en función do obxecto do contrato, o órgano de contratación goza no noso dereito de certa liberdade para a elección dos diferentes criterios, debendo en todo caso motivar a súa elección (ex artigo 109.4 TRLCSP)”.

O dito informe explica que o TRLCSP, ao regular os criterios de adjudicación no seu artigo 150.1, que hoxe ten o seu equivalente no número 145 da LCSP, “alude ao criterio prezo como un máis dos posibles, segundo se desprende da expresión “tales como”, e unicamente fixa este como obrigatorio cando se utilice un só criterio, “este ha de ser necesariamente o prezo máis baixo, como esta xunta xa sinalou no seu Informe 1/2011, do 12 de xaneiro”.

Obsérvase, entón, o cambio normativo que se produciu, xa que, se se fixa un único criterio, poderá ser o prezo ou o menor custo do ciclo de vida, baseándose no artigo 148 da LCSP, nos termos do artigo 67.2 da directiva: “A oferta economicamente máis vantaxosa desde o punto de vista do poder adjudicador determinarase sobre a base do prezo ou custo, utilizando unha formulación que atenda á relación custo-eficacia, como o cálculo do custo do ciclo de vida conforme o artigo 68, e poderá incluír a mellor relación calidade-prezo, que se avaliará en función de criterios que inclúan aspectos cualitativos, ambientais e/ou sociais vinculados ao obxecto do contrato público de que se trate”.

Resulta inescusable a cita do considerando 90 da Directiva 2014/24/UE, que precisa que “A adjudicación dos contratos debe basearse en criterios obxectivos que garantan o respecto dos principios de transparencia, non discriminación e igualdade de trato co fin de garantir unha comparación obxectiva do valor relativo dos licitadores que permita determinar, en condicións de competencia efectiva, que oferta é a oferta economicamente máis vantaxosa. Debería establecerse explicitamente que a oferta economicamente máis vantaxosa debería avaliarse sobre a base da mellor relación calidade-prezo, que ha de incluír sempre un elemento de prezo ou custo. Do mesmo xeito, debería aclararse que a dita avaliación da oferta economicamente máis vantaxosa tamén podería levarse a cabo só sobre a base do prezo ou da relación custo-eficacia. Por outra banda, convén lembrar que os poderes adjudicadores gozan de liberdade para fixar normas de calidade axeitadas utilizando especificacións técnicas ou condicións de rendemento do contrato”.

Continuando coa análise do informe citado, é de destacar, como se evidencia nel, que o criterio prezo ten unha vocación xeral que aconsella a súa inclusión en toda contratación pública, afirmación que se sustenta no artigo 7 da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de

Regap



ESTUDIOS

estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, na medida en que “establece, como un dos paradigmas da correcta xestión, a eficiencia dos fondos públicos, e a “economía” do contrato é, sen dúbida, un elemento clave para acadala”.

Non obstante, o feito de que o prezo sexa criterio único de adjudicación en sede de procedemento negociado xerou, ata a data, discrepancias acerca da súa conveniencia, fundamentalmente atendendo á natureza deste e ao bo goberno, tal como deduciu a XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón na Recomendación 1/2016, do 20 de abril, do seguinte xeito: “Unha cuestión respecto da que non existe unanimidade é a posibilidade de utilizar como único elemento sobre o que verse a negociación o prezo. Non existe un precepto que expresamente o prohiba, e vén sendo admitida –Resolución do TACRC²⁹ 50/2011–, pero non parece que responda á verdadeira natureza deste procedemento. Un procedemento negociado, en que a negociación verse unicamente sobre o prezo, é dubidoso que cumpra coa finalidade deste procedemento, que é adaptar o contrato ás necesidades e obxectivos do órgano contratante. Por iso, non é aconsellable recorrer ao prezo como único criterio de negociación. Como xa se expuxo no apartado anterior, cabe utilizar como criterios de adjudicación aspectos que tamén son obxecto de negociación”.

En efecto, a posibilidade de que o prezo sexa o único criterio de adjudicación é admitida polo TACRC, na Resolución 50/2011, do 24 de febreiro, como se detalla seguidamente: «o órgano de contratación no seu informe parece considerar as ofertas presentadas polos licitadores como unha fase de negociación, xa que ao aludir a elas sinala que “este órgano de contratación, no prego de cláusulas administrativas, non recolleu a posibilidade de abrir novas fases de negociación, dado que unha vez abertas as ofertas se adjudicaría ao licitador que ofrece o prezo máis económico para este organismo”. A este respecto, débese sinalar, en contra do manifestado polo órgano de contratación no seu informe, que a presentación das ofertas polas empresas invitadas non pode ser considerada como unha fase de negociación, pois resulta obvio que a negociación, de existir, o será con posterioridade á presentación das ofertas, non as ofertas en si mesmas, e máis nun suposto como no expediente de referencia, en que o único aspecto a negociar, de acordo co previsto no prego, será o prezo. Así, dado que no expediente remitido a este tribunal non existe constancia de negociación polo órgano de contratación cos licitadores, cabe concluir que, para o expediente de referencia, non existiu negociación con ningún licitador dos aspectos susceptibles desta, neste caso do prezo, de acordo co contido do prego».

En conclusión, pode afirmarse que, no momento actual, non existe prohibición legal ningunha de que o prezo sexa o único criterio de adjudicación nos procedementos negociados, aínda que podería obxectarse que este criterio cumpra coa finalidade deste procedemento, que é adaptar o contrato ás necesidades do órgano contratante, aínda que é certo que o obxecto do contrato podería xustificar, se está moi concretado, que o único a negociar sexa o prezo, debendo ter presente en relación coas ofertas desproporcionadas ou temerarias o artigo 85 do Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral de contratos das administracións públicas³⁰.

29 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

30 O precepto concreta que se “considerarán, en principio, desproporcionadas ou temerarias as ofertas que se atopan nos seguintes supostos: cando, concorrendo un só licitador, sexa inferior ao orzamento base de licitación en máis de 25 unidades porcentuais; cando concorran dous licitadores, a que sexa inferior en máis de 20 unidades porcentuais á outra oferta; cando concorran tres licitadores, as que sexan inferiores en máis de 10 unidades porcentuais á media aritmética das ofertas presentadas, debendo excluírse para o cómputo da dita media

2.3 Peculiaridades da adxudicación dos contratos en que só exista un provedor no mercado no procedemento negociado sen publicidade

É conveniente mencionar, en primeiro lugar, o Informe 11/2004, do 7 de xuño, da XCCA do Estado, no cal se analiza artigo 210.b) da LCAP, que ten o seu equivalente no artigo 170.d) do TRLCSP e este no número 166.a).2 da LCSP³¹, que posibilita a negociación cun ou varios candidatos “así como no artigo 59.c) da Lei 31/2007, dedicado ao procedemento negociado sen convocatoria previa de licitación” e que está dedicado á utilización do procedemento negociado “cando, por razóns técnicas ou artísticas ou por motivos relacionados coa protección de dereitos de exclusiva, o contrato só se lle poida encomendar a un empresario determinado”, xa que nel se dá resposta á pregunta de se é posible, segundo o disposto no artigo 210.b) da LCAP, contratar os servizos dun arquitecto para o desenvolvemento do proxecto no ámbito urbanístico e arquitectónico, e xustificar a negociación cun só profesional na consideración de que se está encargando un traballo artístico e cales serían os criterios a ter en conta para estes efectos.

Á dita interrogante, a xunta responde que a soa circunstancia de que a prestación a contratar teña evidentes implicacións artísticas non autoriza sen máis a considerar xustificada a utilización da causa de procedemento negociado prevista no artigo 210 b) da LCAP, “pois iso suporía desnaturalizar a esencia do procedemento negociado por esta causa xeneralizándoa á totalidade de contratos con profesionais, sobre todo se se ten en conta que os citados artigos e letra non se refiren á mera conveniencia ou oportunidade, senón que, taxativamente, sinalan que procederá o procedemento negociado cando por razóns técnicas ou artísticas ou relacionadas coa protección de dereitos exclusivos “tan só poida encomendarse o obxecto do contrato a un único empresario” e que, por outra banda, a aplicación do sistema de concurso de proxectos regulado no artigo 216 da lei achega solucións máis adecuadas, permitindo a libre concorrancia de cantos arquitectos estean facultados para o fin que se desexa conseguir, concorrancia que tamén pode obterse mediante a aplicación do procedemento aberto ou do procedemento restrinxido”.

Adúcese, así mesmo, que “a causa xustificadora do procedemento negociado do artigo 210 b) da Lei de contratos das administracións públicas é que soamente exista un único empresario ou profesional ao que se lle poida encargar o obxecto do contrato e que iso sexa debido a causas técnicas, artísticas e de protección de dereitos exclusivos. Resulta evidente, polo tanto, que esta causa xustificadora do procedemento negociado non reside no carácter

a oferta de contía máis elevada cando sexa superior en máis de 10 unidades porcentuais a esa media, considerándose desproporcionada a baixa superior a 25 unidades porcentuais; cando concorran catro ou máis licitadores, as que sexan inferiores en máis de 10 unidades porcentuais á media aritmética das ofertas presentadas, aínda que, se entre elas existen ofertas que sexan superiores á dita media en máis de 10 unidades porcentuais, se procederá ao cálculo dunha nova media só coas ofertas que non se atopen no suposto indicado, dado que, se o número das restantes ofertas é inferior a tres, a nova media se calculará sobre as tres ofertas de menor contía. Cómpre matizar que, excepcionalmente, e atendendo ao obxecto do contrato e ás circunstancias do mercado, o órgano de contratación poderá motivadamente reducir nun terzo no correspondente prego de cláusulas administrativas particulares as porcentaxes establecidas nos apartados anteriores, así como que, para a valoración das ofertas como desproporcionadas, a mesa de contratación poderá considerar a relación entre a solvencia da empresa e a oferta presentada”.

31 O artigo 166.a).2 da LCSP dispón que “cando as obras, as subministracións ou os servizos só poidan ser encomendados a un empresario determinado, por algunha das seguintes razóns: que o contrato teña por obxecto a creación ou adquisición dunha obra de arte ou representación artística única non integrante do Patrimonio Histórico Español; que non exista competencia por razóns técnicas; ou que proceda a protección de dereitos exclusivos, incluídos os dereitos de propiedade intelectual e industrial”.

Especificase, ademais, que “a non existencia de competencia por razóns técnicas e a protección de dereitos exclusivos, incluídos os dereitos de propiedade intelectual e industrial só se aplicarán cando non exista unha alternativa ou substituto razoable e cando a ausencia de competencia non sexa consecuencia dunha configuración restritiva dos requisitos e criterios para adxudicar o contrato”.

artístico do traballo, senón en que unicamente haxa un empresario ou profesional ao que se lle poida encargar o traballo, sexa por razóns técnicas, artísticas ou de exclusividade de dereitos”, extremos todos eles que deben xustificarse debidamente no expediente.

En canto á necesidade de proba da exclusividade, o Informe 35/2006, do 30 de outubro, da XCCA do Estado conclúe: “A única cuestión que se formula neste expediente consiste en realizar unha axeitada interpretación da causa de utilización do procedemento negociado cando só exista un contratista que poida realizar o obxecto do contrato, dado que se isto é así carece de sentido convocar unha concorrencia imposible de producirse. Con similar fórmula, os artigos 141 b), 182 b) e 210 b) admiten a utilización do procedemento negociado sen publicidade cando, por razóns técnicas ou artísticas ou relacionadas coa protección de dereitos exclusivos, só se lle poida encomendar o obxecto do contrato a un único empresario. Sendo esta última a razón determinante e xustificativa do procedemento negociado, a súa concorrencia é unha cuestión de proba ou xustificación que deberá constar necesariamente no expediente de contratación, sen que poidan darse regras xerais que permitan ser aplicadas a todos os supostos que poidan presentarse. Neste sentido, e polo que respecta ás cuestións concretas que se formulan, deberá afirmarse que o ámbito territorial da exclusividade dependerá do obxecto do contrato, e o mesmo pode afirmarse respecto á referencia á fabricación e/ou distribución, sen que poidan darse criterios orientativos en canto ao órgano que expide certificados de exclusividade, pois, insistimos, o decisivo é que, polo conduto que sexa adecuado e suficientemente, se xustifique a existencia dun só empresario que poida realizar o obxecto do contrato sen restrición do ámbito territorial da exclusividade”.

A teor da xustificación da exclusividade, a Sentenza da Audiencia Nacional 2006/265302, do 22 de decembro de 2005, explicita o seguinte: «En contra do argumentado pola recorrente, vemos que o propio artigo 210 b) LCAP remite as razóns técnicas xustificadoras desta forma de contratación ao obxecto concreto do contrato, co que non son ponderables elucubracións acerca do que Europa Press puidese facer para alcanzar a capacidade técnica da que carecía e da que elude entrar en comparación coa adjudicataria, comparación ao concreto que segundo a súa versión non é posible realizar *a priori*, senón dentro dun procedemento de licitación aberto e con publicidade e de cara a valorar a solvencia dos licitadores que concorresen, pero obviando que igualmente tal comparativa é necesaria para decidir se só hai unha entidade no mercado con capacidade técnica para ser contratista, xa que de haber varios non procedería o negociado sen publicidade sobre a base da posibilidade do apartado b) do artigo 210. Para tal efecto, basta remitirnos ao informe do 26 de xullo de 2001 emitido polo director de Seguimento Informativo do Voceiro do Goberno. Trátase dun informe dun órgano técnico que a recorrente reputa de falta de credibilidade, xa que ao seu xuízo non se apoia en informes analíticos serios, nin internos nin externos, pero sen que achegase da súa parte “informes analíticos serios” que permitan concluír que os datos recollidos neste sexan inexactos. O dito informe recolle a comparativa das principais axencias informativas que operan en España e que por só citar o que atinxe á adjudicataria e á recorrente, a súa máis próxima “competidora”, cómpre salientar que a axencia EFE dispuña de 26 delegacións nacionais e 44 internacionais, con 114 correspondentes no exterior, mentres que Europa Press tiña 14 delegacións nacionais, 2 internacionais sen sede física, cunha oficina rexional en Miami e 11 correspondentes internacionais. Por iso, é máis que evidente que no mercado en 2001 non había máis que unha entidade constituída (non se poden valorar futuribles hipóteses empresariais nin sequera concretadas) con solvencia técnica bastante para o cumprimento minimamente satisfactorio da cobertura informativa, a nivel nacional e

internacional, coas exigencias pretendidas polo Goberno de España de actualidade, rapidez, continuidade, exhaustividade, máxima cobertura xeográfica, difusión da presenza política e cultural do noso país, en especial a idiomática, con destacada implantación en Internet e outros multimedia, e cun importante banco de datos (exigencias que máis detalladamente se concretan na memoria xustificativa e no PPT). Non se poden obviar tampouco os informes da Dirección Xeral da OID (folios 36 a 58 do expediente administrativo) e o Informe do Gabinete Técnico da Subsecretaría do Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía (folio 59 do expediente), que redundan na solvencia técnica da adxudicataria e a súa condición de única capacitada no mercado para prestar o servizo a contratar».

En atención ao exposto, quedou evidenciada a admisión da utilización do procedemento negociado sen publicidade cando por razóns técnicas ou artísticas ou relacionadas coa protección de dereitos exclusivos só se lle poida encomendar o obxecto do contrato a un único empresario; agora ben, a citada peculiaridade non é motivo para eludir a redacción do correspondente prego, como puntualiza a XCCA do Estado no seu Informe 56/2006, do 11 de decembro: “de conformidade co artigo 49.1 da Lei de contratos das administracións públicas, o prego de cláusulas administrativas particulares é exigible en toda clase de contratos e procedementos de adxudicación, sen que as excepcións previstas na propia lei (contratos menores, emerxencia e contratos no estranxeiro) poidan estenderse con carácter xeral ao procedemento negociado sen publicidade”.

En conclusión, debe rexeitarse a ausencia de prego de cláusulas administrativas particulares porque o artigo 166 da LCSP –relativo ao procedemento negociado– o require de xeito expreso: “*No prego de cláusulas administrativas particulares determinaranse os aspectos económicos e técnicos que, se é o caso, deban ser obxecto de negociación coas empresas*”, así como baseándose no artigo 317 do mesmo texto legal, na medida en que remite, en relación coa preparación e adxudicación dos contratos SARH que concerten os PANAP, á normativa aplicable a esta última contida na o libro II, título I, capítulo I, seccións 1.ª e 2.ª.

Bibliografía

- GIMENO FELIU, J. M.ª, *Sistema de control de la contratación pública en España: (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GÓMEZ MANRESA, M.ª F., “Retos de la contratación pública electrónica”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 47-48, 2016.
- JIMÉNEZ APARICIO, E. (coord.), *Comentarios a la legislación de contratación pública*, 4.ª ed., tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MELLADO RUIZ, L., *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

REGAP



ESTUDIOS

RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M.^a, *La adjudicación de los contratos públicos en la nueva Ley de contratos el sector público*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.