

ACERCA DA ADXUDICACIÓN E FORMALIZACIÓN DOS CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS (E UNHA NOTA SOBRE A NATUREZA XURÍDICA DOS PREGOS CONTRATUAIS)

Carlos I. Aymerich Cano

I. INTRODUCCIÓN

Como reconece a súa Exposición de Motivos, a Lei 13/1995, de 18 de maio, de Contratos das Administracións Públicas ten como unha das súas novidades principais a reforma dos procedimentos e formas de adxudicación dos contratos públicos.

Isto é así porque a LCAP obedeceu, entre outros motivos, á necesidade de transpor un conxunto de Directivas comunitarias que, mesmo apesar desta falta de integración, eran igualmente eficaces¹. E non hai dúbida de que o lexislador cumpriu ben co seu deber: a LCAP é, nestes aspectos - e á marxe de escasas excepcións que serán oportunamente indicadas - unha fotocopia da normativa comunitaria en vigor².

Nas liñas que seguen, fará-se un necesariamente breve exame da lexislación vixente relativa aos procedimentos e formas de adxudicación e á formalización dos contratos en especial dalgúns dos puntos problemáticos e das carencias da referida regulación legal.

II. OS PRINCÍPIOS DE PUBLICIDADE E CONCORRÊNCIA

Segundo o art. 11 LCAP, “Os contratos das Administracións Públicas axustaránse aos principios de publicidade e concorrência, quitadas as excepcións establecidas pola presente Lei e, en todo caso, aos de igualdade e non discriminación”.

¹ O TXCE afirmou, sempre que tivo ocasión, a eficacia directa destas Directivas, ben por falta de transposición en prazo, ben por se ter realizado unha transposición incorrecta (cfr., Ss. TXCE de 20 de setembro de 1988 - As. “Beentjes” - e de 22 de xuño de 1989 - As. “Fratelli Costanzo”). Unha completa exposición da xurisprudencia do TJCE na materia en MICHEL, “*La Jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrumente essential pour leur ouverture à la concurrence*”, Revue du Marché Unique Européenne nº 3/94.

Tamén neste sentido, xa a Recomendación da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa (XCCA) do 25 de outubro de 1994 (BOE do 28 do mesmo mes e ano), lembraba aos órganos de contratación españois a necesidade de cumprir coas obrigas decorrentes das citadas Directivas, en especial en materia de publicidade.

² Agás da 89/665/CEE, en materia de recursos, porque “o noso ordenamento xurídico, nas distintas normas procesuais e procedimentais vixentes, axusta-se xa ao seu contido” (alínea 1.2, parágrafo 4º, da E. de M. da LCAP).

Por máis que estes principios - tradicionais na contratación administrativa española e con directo engarce na CE - afecten a todas as fases do contrato³, o certo é que é na de axudicación onde con maior clareza e forza se manifestan, ao punto de se poder afirmar que a regulación legal desta fase non persegue outra cousa que a garantía procedimental da súa efectividade.

Para alén da indiscutida función interpretativa e informadora propia destes principios, a LCAP dispón tamén a súa aplicación directa en canto que reitores de determinados contratos ou da actuación de entidades excluídos, uns e outras, do seu ámbito de aplicación⁴. A Lei empraza pois aos seus aplicadores e intérpretes a fixaren un contido material mínimo destes principios positivizados, un conxunto de deberes xurídicos concretos.

Unha cosa é clara: a mera aplicación dos principios de publicidade e concorrència exclúe a aplicación íntegra das normas contidas na LCAP ás que logo me referirei. Mas fóra desta certeza negativa⁵, a determinación positiva de cómo a actuación contractual dunha entidade se acomoda a eles é cuestión que cómpre deferir á análise da normativa propia desa entidade ou aínda á de cada procedemento contractual individualmente considerado⁶.

Xa que logo, concrecións legais destes principios, como a realizada na Lei do Parlamento da Galiza 10/1996, do 5 de novembro⁷, deben saudar-se como un avance na medida en que reducen a discrecionalidade dos órganos de contratación. Val mais algo que nada mas, porén, algunhas consideracións críticas sí que merece o indicado texto legal:

- A respecto, en primeiro lugar, do ámbito de aplicación previsto no seu art. 1: insíste-se nunha definición formal das entidades⁸, fundacións e sociedades cando, sen

³ Cfr. neste sentido LAGUERRE - "Concurrence dans les marchés publics", Berger Levrault, Paris, 1989 -, DE SOLAS RAFECAS - "Contratos de la Administración", Tecnos, Madrid, 1990 - ou MARTÍN REBOLLO - "Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)" en "Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", Civitas, Madrid, 1996, páx. 457 e ss. - quen tamén alude aos riscos que a *potestas variandi* pode supór para o principio licitatorio.

⁴ Cfr., o art. 3.2^o - para os contratos - e a DA 6^a - para as entidades.

⁵ Lembre-se que, como ten indicado o TC, os principios xerais do Dereito presentan a estrutura propia dos conceptos xurídicos indeterminados (vid., entre outras, as significativas Ss.TC 4/1981, 62/1982 y 108/1986).

⁶ Así, v.gr., na S.TS do 25 de xullo de 1994 (Ar. 6049), na que se indica que a "isención de trámites non envolve sen mais a exoneración dos principios institucionais da contratación pública, como poden ser os de publicidade e concorrència, e o seu cumprimento non pode deixar de ser competencia da xurisdición contencioso-administrativa". No caso concreto - contrato adxudicado pola Entidade Autónoma de Xogos e Apostas da Generalitat de Cataluña - o TS considerou que "tais principios cumpreron-se, mesmo de mancia formalmente case escrupulosa, como denotan os datos recollidos nos antecedentes de feito".

⁷ DOG do 20 de novembro de 1996.

⁸ O referido art. 1 establece: "Nos termos regulados nos artigos seguintes, deberán axustar a súa actuación en materia de persoal e contratación aos principios básicos que regulan a función pública e contratación das Administracións Públicas:

a) As entidades de dereito públicos vinculadas á Administración da Comunidade Autónoma ou dependentes dela.

b) As fundacións constituídas maioritariamente por achegas da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, polos seus organismos autónomos ou entidades de dereito público vinculadas ou dependentes ou das que os seus ingresos proveñan maioritariamente de subvencións con cárgo aos orzamentos da Comunidade Autónoma, sempre que, neste último caso a Comunidade Autónoma forme parte dos seus órganos de goberno ou dirección.

c) As sociedades mercantís no capital das cais exista participación maioritaria, directa ou indirecta, da Administración da Comunidade Autónoma, dos seus organismos autónomos e das demais entidades de dereito público".

embargo, o concepto empregado polas normas comunitarias é puramente material ou, no dicer do TXCE, “funcional”⁹, e tal debe ser tamén, en consecuencia, a definición que empreguen as normas internas de transposición, entre elas esta Lei galega¹⁰.

- En segundo lugar, e por mais que sexa difícil concretar *a priori* o que por natureza son conceptos xurídicos indeterminados, algunhas consecuencias necesarias dos mesmos á parte das escuetamente relacionadas no art. 10 desta Lei¹¹, si se poden extraer: por exemplo, o carácter segredo e inalterábel das ofertas; a difusión mínima ou, no seu caso, o carácter público, dos medios de comunicación nos que se publiquen os anuncios; ou tamén, entre outras, a imposibilidade de admitir ao procedemento selectivo a quen non reunan os requisitos de capacidade e solvencia fixados nos pregos contratuais.

III. OS PROCEDIMENTOS E FORMAS DE ADXUDICACIÓN

Seguindo fielmente a normativa comunitaria, a LCAP regula tres procedementos¹² - aberto, restrito e negociado - e dúas formas¹³ - subhasta e concurso - de adxudicación dos contratos.

⁹ Cfr., S.TXCE do 20 de setembro de 1988 (As. Beentjes, C-31/87), na que - en referencia á Dir. 71/305/CEE - afirma-se que “o concepto de Estado, no sentido desta disposición, debe recibir unha interpretación funcional. O fin da Directiva, tendente á efectiva realización da liberdade de establecemento e da libre prestación de servizos en materia de contratos públicos de obras, vería-se, con efecto comprometida se a aplicación do réxime previsto pola Directiva debese ser excluída polo feito de que un contrato público de obras fora adxudicado por un organismo que, máis ter sido creado para desempeñar as tarefas que a Lei lle confire, non se encontra formalmente integrado na Administración del Estado” (parágrafo 11).

¹⁰ Contodo - e aínda que non sexa excusa - debe notar-se que o Parlamento galego non fai mais que transitar por un camiño aberto no art. 1 da LCAP: con efecto, este precepto reinterpreta a definición estritamente material que as Directivas dan de “Organismo de dereito público”, que non atende en absoluto a cal for a forma xurídica - de dereito público ou de dereito privado - do citado organismo, ao se referir (art. 1.3^a) ás “entidades de dereito público”, expresión que no ordenamento español alude a un concepto formal que reclama unha personalidade xurídica de dereito público. Deste modo, ben se comprende, as persoas xurídicas de dereito privado, por mais que fosen criadas por, ou dependan de, ou estean vinculadas a, ou financiadas por unha Administración Pública e con independencia de que a súa actividade non sexa de carácter industrial ou mercantil, ficarian excluídas do ámbito de aplicación subxectivo da LCAP, tanto do do seu art. 1 como do do seu art. 2 - referido tamén ás “entidades de dereito público non comprendidas no ámbito definido no artigo anterior ...”.

A interpretación, á luz das Directivas e da xurisprudencia do TXCE, debe ser ben outra: apenas ficarán excluídas da aplicación íntegra da LCAP aqueles organismos criados, controlados ou financiados por unha Administración Pública que, con independencia de que a súa personalidade xurídica sexa de dereito ou de dereito privado, realicen actividades de natureza industrial ou mercantil e aínda neste caso submeterán-se parcialmente á LCAP para determinados contratos de obras ou de consultoría, asistencia, servizos e traballos específicos e concretos non habituais da Administración cando estes estean maioritariamente financiados polas Administracións Públicas (caso dos contratos privados subvencionados a que se refire o art. 2). O resto da súa actividade contractual deberá rexer-se, á marxe da súa normativa específica, exclusivamente polos principios de publicidade e concorrência (DA 6^a).

En definitiva, segundo a interpretación que propoño destes preceptos básicos da LCAP, moitas das entidades aludidas no art. 1 da Lei 10/1996 submeten-se directa e íntegramente á LCAP e non só aos principios, ben menos esixentes, de publicidade e concorrência.

¹¹ Publicar anuncios nos medios de comunicación - públicos, privados, ambos, con que ámbito de difusión? - cun mínimo de dez días de antecedencia a respecto daquel no que se adxudiquen os contratos e eximir do cumprimento destas obrigas nos “mesmos casos exceptuados pola lexislación de contratos das Administracións Públicas”.

¹² Á parte dos que, regulados noutras partes da LCAP, merecen seren cualificados de procedementos especiais: a contratación menor (art. 57), a tramitación de emerxencia (art. 73) e os concursos de proxectos de obras con intervención de xuri (art. 216).

¹³ Ou “criterios”, de empregarmos a terminoloxía comunitaria.

Como novidades mais salientábeis a respecto da normativa anterior, debe facerse referencia á xeneralización de certas esixencias e trámites a todos os procedimentos - intervención da Mesa de Contratación, publicidade da licitación e da adxudicación, motivación da adxudicación, xeneralización da contratación menores - así como o que eu denominaría fenómeno de “corrimento” dos procedimentos e das formas de contratación: o concurso vai-se achegando máis de cada vez á subhasta¹⁴, a contratación negociada ao concurso e, para ocupar o espazo libre deixado por aquela, aparecen os denominados contratos menores¹⁵.

Este “corrimento” provoca, ben se ve, unha ampliación do ámbito de control posíbel da actuación contractual administrativa e, en especial, das adxudicacións.

1. O procedemento aberto e o restrito

O art. 74.2 LCAP define ao aberto como aquel procedemento no cal “todo empresáριο interesado poderá presentar unha proposición”.

A alínea 3ª do propio art. 74 define ao restrito como aquel procedemento no que só os empresários previamente seleccionados pola Administración, previa solicitude dos mesmos, poderán presentar proposicións¹⁶.

Unha cuestión previa que levanta esta exposición dos procedimentos de contratación é a de se existe calquer clase de prelación entre o aberto e o restrito. Como dados previos, nen da LCAP nen das Directivas vixentes se pode concluir xerarquización algunha entre estes dous procedimentos, dando máis ben a impresión de que o órgano de contratación pode libremente optar por un ou outro.

Sen embargo, ao meu xuízo, esta impresión debe ser desbotada tras dunha análise detida, xa que dunha interpretación sistemática tanto das Directivas como da LCAP se pode concluir o carácter excepcional do procedemento restrinxido:

a) É claro que o procedemento aberto é aquel que en maior grao fai efectivos principios basilares do sistema español e europeo de contratación pública, como son os de publicidade e, en especial, o de concorrência. Se, como xa apuntamos, estes princi-

¹⁴ A S.AN do 22 de xullo de 1996 (Act. Adm. 39/1997) constata expresivamente esta realidade indicando, en relación ao acto de adxudicación do concurso, que “esta-se, portanto, ante un acto discrecional se ben de cada vez máis obxectívabel”.

Tamén o TS ven esixindo, dentro do deber xeral de motivación, que a adxudicación por concurso realizada a prol da oferta que non resulte a económicamente máis vantaxosa reclama a xustificación expresa de caís sexan esas condicións superiores distintas do prezo (así, entre outras, nas Ss.TS do 2 de febreiro de 1996 - Ar. 1090 - e do 25 de xullo de 1996 - Ar. 6211). Do mesmo xeito, o progresivo estreitamento da liberdade interpretativa do órgano de contratación a respecto dos criterios de adxudicación do concurso que resultan de normas como a Resolución da Xunta da Galiza do 8 de marzo de 1996 (DOG do 19 de marzo), que predeterminan a forma e o valor máximo atribuíbel a cada criterio e, por descontado, da dición do novo art. 87 LCAP.

¹⁵ A respecto do concurso, este proceso iniciárase xa coa reforma operada polo RD-Lex. 931/1986, do 2 de maio, que obriga aos PCAP a referir aos criterios de adxudicación fixados na LCE ou a “outros semellantes”. A conversión do concurso nun procedemento ordinario ou de “dereito común” xunto coa subhasta, culmina-se coa reforma introducida na LCE pola Lei 4/1990, do 4 de xullo, que redixe de novo o art. 28 daquela: “os órganos de contratación utilizarán normalmente a subhasta ou o concurso como formas de adxudicación” (Vid. TERE PÉREZ, “La discrecionalidad administrativa y el concurso como sistema de adjudicación de los contratos”, en HINOJOSA MARTÍNEZ e GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, coords., “Discrecionalidad administrativa y control judicial”, Junta de Andalucía-Civitas, Madrid, 1996).

¹⁶ A Lei xeneraliza este procedemento, que a LCE reservaba só aos submetidos a publicidade comunitaria, para todo os contratos. En revancha, desaparece o trámite de admisión previa regulado no art. 24 da derogada LCE.

pios deben actuar como criterio interpretativo primeiro da regulación positiva, obrigan a pular por aquela interpretación que, de entre as posibles, en maior medida satisfaga as súas esixencias.

b) Como argumento histórico, a Dir. 80/767/CEE - reformando neste punto o previsto na anterior Dir. 77/62/CEE¹⁷ - estableceu unha certa prelación entre eles¹⁸, sendo que a citada Directiva do ano '80 é unha das que a Dir. 93/36/CEE (subministracións) declara, na súa E. de M., refundir¹⁹.

c) Enfin, na propia letra da LCAP hai certos elementos que, do meu punto de vista, permiten fundar a citada preferencia: en particular, a interpretación conxunta dos art. 76.2^a - necesidade de motivar a escolla dos procedementos e formas de adjudicación - e 92 LCAP - que alude aos requisitos especiais de capacidade que se empregarán para a selección dos candidatos -, que revela a práctica incesidade de xustificación de recurso ao procedemento aberto, e a precisión dunha motivación que razoae, en relación coas características peculiares de cada contrato, a oportunidade de solicitar dos concorrentes condicións de capacidade e solvencia maiores que as previstas, con carácter xeral, no Título II do Libro I da LCAP ("Dos requisitos para contratar coa Administración")²⁰.

En todo caso, debe recoñecer-se que estamos ante unha grave carencia da LCAP - ben que xustificábel no silencio das Directivas vixentes - que xa fora advertida pola doutrina mesmo antes da súa aprobación definitiva²¹.

Canto á regulación da **tramitación destes procedementos**, a do aberto debe entender-se realizada na sección 2^a - baixo o epígrafe "normas xerais de procedemento"-, por canto o lexislador o considera como regra xeral.

Pola súa parte, á do restrinxido refírese o art. 92 que expresamente o cualifica de especial. Sintéticamente contempla un trámite de selección de candidatos previo á selección das ofertas que se desenvolve através das seguintes fases:

- Publicación dun anuncio no cal, conforme cos modelos previstos nos anexos VI e VII do RD 390/1996, do 1 de marzo, se deberán indicar os criterios obxectivos aos que o órgano se suxeitará para "cursar as invitacións de participación no procedemento" [art. 92.1^a.a)].

O que se entenda por "obxectivos" aos efectos deste art. 92.1^a LCAP é algo distinto do que se debe entender aos efectos do art. 87, relativo aos "criterios de adjudicación no concurso": con efecto, se neste "obxectivo" se debe interpretar literalmente como "referente ao obxecto do contrato", naquel "obxectivo" alude ao sentido en que a

¹⁷ Que facultaba aos poderes adjudicadores para escoller discrecionalmente entre ambos procedementos.

¹⁸ O limiar desta Directiva afirma que "o procedemento aberto favorece ao máximo o establecemento de iguais condicións de participación na contratación pública dos Estados membros", acrescentando que "convén adoptar o dito procedemento como norma, esixindo unha xustificación para poder recorrer aos outros procedementos".

¹⁹ Apesar de que a alínea 4^a do seu art. 7 permita a opción libre entre o procedemento aberto e o restrinxido.

²⁰ Así se recoñece no documento "Medidas para incrementar la transparencia en la contratación de obra pública", elaborado polo MOPTMA en outubro de 1995, no punto 1.2 do cal se recomenda "a utilización do procedemento restrinxido naquelas obras nas que, pola súa contía ou complexidade técnica, os Centros Directivos entendan que a clasificación dos contratistas non garante suficientemente a súa solvencia, financeira e técnica".

²¹ Cfr., CASTRO SOMOZA, en "Comentarios al Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" (P. González Mariñas coord., EGAP, Santiago de Compostela, 1994, páx. 197 e 198).

“obxectividade” se emprega no art. 103.1ª CE porque estes criterios, como dispón o aínda vixente art. 96 bis.2ª ao se remitir aos art. 287 bis e 287 ter, todos do RXCE, atinxen en exclusiva á capacidade financeira, económica e técnica dos empresarios. En certo modo, á mesma conclusión se pode chegar apartir do propio art. 92.1ª LCAP que indica - letra c) - que o órgano de contratación seleccionará aos concorrentes e invitará aos admitidos “unha vez comprobada a personalidade e solvencia do empresario”.

- Neste mesmo anuncio poderá sinalar-se o número máximo e mínimo de empresas que se proxecta convidar que, en calquer caso, no pode ser superior a vinte nen inferior a cinco [art. 92.1ª.b)].

O que non se prevé neste art. 92 LCAP - senón nos 138, 180 e 208 da propia norma - é o prazo mínimo de que os interesados deben dispor para enviar as súas solicitudes de participación. Este prazo será de 37 días, reducíbel a 15 no caso de urxencia debidamente declarada polo órgano de contratación.

- Os interesados deben acompañar as súas candidaturas coa documentación que acredite a personalidade do empresario e, cando tal for preciso, a súa representación, a súa clasificación ou o cumprimento das condicións de solvencia económica, financeira técnica e profesional que se determinen no anuncio [art. 92.1ª.d)].

O que se pon de manifesto aquí é que, lóxicamente, os requisitos obxectivos que o órgano de contratación empregue para a selección dos candidatos deben ser diferentes e máis esixentes que os xerais de capacidade e solvencia esixidos pola Lei para cada contrato. Noutro caso, conforme co disposto no art. 76.2ª LCAP, sería dificilmente xustificábel o recurso a este procedemento. Tampouco poden constituir os tais requisitos de selección unha reinterpretación ou ampliación das prohibicións previstas con carácter taxado no art. 20²². LCAP.

- Unha vez realizada a selección, o órgano de selección convidará aos escollidos a presentar a súa proposición conforme ás regras xerais aplicábeis a cada clase de contratos [art. 92.1ª.d) e e) e 92.2ª]²³.

2. O procedemento negociado

Defínese no art. 74.4ª como aquel no que o contrato lle será adxudicado ao empresario “livre e xustificadamente elixido pola Administración, previa negociación do contrato con un ou varios empresarios”.

Este procedemento ten un claro carácter excepcional, como asegura o art. 76.1ª LCAP: “O procedemento negociado só procederá nos casos determinados no Livro II da presente Lei para cada clase de contrato”.

As principais novidades que a Lei introduce na regulación deste procedemento, en relación á contratación directa prevista na LCE, estriban non tanto nos supostos lexi-

²² Confirmando unha xa longa doutrina xurisprudencial, *vid.* a recente S.TS do 20 de decembro de 1995 (Ar. 9352), na que se establece “a elemental consideración de que en materia de prohibicións contractuais o límite o establece a Lei e non as peculiares relacións contractuais que en cada caso se estableceren, a virtude da individualidade de cada contrato”. Tamén é interesante, como criterio interpretativo da nova lexislación, a do 15 de xullo de 1996 (Ar. 5944), na que se condiciona a posibilidade de esixir no PCAP requisitos de participación a maiores da clasificación, ao feito de que estes sexan “precisos e xustificados” e permitan mecanismos abertos - é dicir, quen de seren cumpridos de modo diverso - de acreditación desta maior solvencia esixida (no caso analizado nesta sentenza, o Tribunal anulou o PCAP por esixir, como requisito de participación, a achega dun “certificado dunha obra de natureza análoga realizada dentro dos últimos cinco anos”).

²³ Así por exemplo, no art. 138.2ª LCAP.

madores como na súa tramitación, á que se estenden formalidades comúns aos outros procedimentos, como a intervención da Mesa de Contratación, a publicidade²⁴ e a motivación non só da adxudicación mas tamén do rexeitamento dunha candidatura ou oferta.

Xa que logo, unha maior formalización do procedemento verbo da vella adxudicación directa mas sen variaren demasiado os criterios de adxudicación do contrato. Aparentemente amplia-se o ámbito do negociábel: a LCE refería-se unicamente á “fixación do prezo xusto do contrato”²⁵, entanto que o xa mencionado art. 74.4^a LCAP fai-o á “consulta e negociación dos termos do contrato con un ou varios empresários”, mudanza que, como se ten apuntado, pode permitir unha maior colaboración dos concorrentes na determinación do obxecto do contrato²⁶.

Os criterios de adxudicación do contrato poden ser discricionariamente fixados polo órgano de contratación, ben previamente através do prego de condicións e no anuncio de licitación, ben unha vez verificada aquela por meio da obrigada motivación. A primeira solución é naturalmente preferíbel - en canto que maior garantía da obxectividade que en todo caso debe rexer a actuación dos poderes públicos - e desta perspectiva debe ser saudada calquer limitación da discrecionalidade da escolla do órgano de contrato, sexa autónoma ou heteronomamente²⁷ imposta.

Sen embargo, máis importante se cadra que a predeterminación dos criterios de adxudicación do contrato, é a dos de selección das empresas coas que se vaia pasar á fase de consulta, en especial no caso de procedemento negociado sen publicidade. Xa que a LCAP non obriga a esta fixación, dependerá da vontade dos órganos de contratación incluí-los nos pregos e anunciar, coa difusión suficiente, a súa intención de contratar. En calquera caso, estes criterios deben ser - o mesmo que para o procedemento restrito - de carácter obxectivo.

Canto aos supostos en que a Lei - seguindo punto por punto o previsto nas Directivas comunitarias en vigor - lexítima o recurso á contratación negociada, detereime especialmente en dous: o que atende en exclusiva á contía do contrato e a urxencia.

- En relación co primeiro, levanta-se o problema da intersección que a LCAP provoca entre o ámbito dos contratos menores (art. 57 LCAP) e da contratación directa por razón da contía.

A contratación menor constitúe un procedemento de contratación de seu, independente dos enumerados no art. 74 LCAP, fruto da xeneralización dunha posibilidade

²⁴ Poden tramitar-se sen publicidade os procedimentos negociados referidos a contratos que, por razón da súa contía, non se teñan de anunciar no DOCE (cfr., art. 141, 183 e 211 LCAP).

²⁵ Cfr., art. 37.9^a *in fine* LCE.

²⁶ Así SÁNCHEZ MORÓN e GARCÍA TORRES, en “Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, Civitas, Madrid, 1996, páx. 374, nota 36).

Porén, cabe apuntar unha contradición entre o mencionado no texto do art. 74 e o 93, por canto o segundo dos citados apenas se refire á “fixación do prezo coa empresa seleccionada”: para salvá-la cómpre acudir ás normas europeas vixentes que se refiren á “negociación das condicións do contrato con un ou con varios contratistas” [cfr., art. 1.g) da Dir. 93/37/CEE (obras), art. 1.f) da Dir. 92/50/CEE (servizos) e art. 1.f) da Dir. 93/36/CEE (subministracións)]. Semella que estes preceitos comunitarios adoptan unha postura a meio camiño entre a amplísima do art. 74 e restrita do art. 92 LCAP: a negociación referirase non ao obxecto do contrato (no sentido do art. 13 LCAP), senón ás condicións do mesmo (recollidas na enumeración aberta do art. 87 LCAP).

²⁷ Neste sentido a Resolución da Xunta da Galiza do 8 de marzo de 1996, que establece regras de adxudicación dos contratos de obras por concurso y por procedemento negociado, que no seu punto 3 dispón que “Tratando-se de contratación de obras por procedemento negociado (...) cando o número de licitadores non exceder de 10, a proposta de adxudicación deberá recair nalgunha das empresas cuxa oferta económica se atope situada entre a meia e máis baixa. Para o caso de que as ofertas excedan de 10, a proposta efectuarase a prol dunha das situadas no terzo das máis baixas. As fraccións considerarán-se por exceso”.

que a LCE só establecera para os contratos de subministracións²⁸, que a E. de M. da LCAP xustifica na necesidade de axilizar os procedementos de contratación²⁹.

O caso é que os supostos en que procede a contratación directa por razón da contía coinciden substancialmente con aqueles nos que os órganos de contratación poden acudir ao menos esixente procedemento dos contratos menores³⁰, antinomia que ten provocado varios dictames da Dirección Xeral do Servizo Xurídico do Estado, da XCCA e da IXAE:

No da Dirección Xeral citada, do 19 de xullo de 1995, conclúese que o art. 57 LCAP refírese ao expediente de contratación “en sentido amplo”, val dicer, ao “conxunto de actuacións que inclúen a adxudicación do contrato”, de xeito que para os contratos menores “non é obrigado proceder á constitución da Mesa de contratación e á tramitación dun ulterior procedemento de contratación, abondando coa aprobación do gasto e a incorporación da factura expedida polo contratista”.

No da XCCA, de data 26 de xullo de 1995, considera este órgano consultivo que non se deben confundir os contratos negociados cos menores, xa que - tras de considerar tamén a contratación menor como un verdadeiro procedemento de contratación - se tratarían de “figuras conceitualmente distintas e con distinto réxime xurídico”, de onde tira a conclusión de que para os contratos menores non se debe aplicar o límite porcentual que a DA 9ª LCAP pon á contratación negociada local³¹.

O da IXAE, de data 22 de setembro de 1995, intenta resolver outros dos moitos problemas prantexados pola contradición legal que andamos a comentar concluíndo, de maneira algo contraditoria, que se ben os contratos menores se deben considerar incluídos nos preceitos reguladores da contratación negociada por razón da contía³², sen embargo,

“... os contratos menores adxudicaran-se a meio do procedemento negociado sen publicidade, se ben, na aplicación deste procedemento deberá ter-se en conta que o art. 57 non establece, como o art. 93 desta mesma Lei, que se incorporen ao expediente a solicitude das ofertas de, ao menos, tres empresas capacitadas para a realización do obxecto do contrato, nen que a proposta de adxudicación se realice a instancias da Mesa

²⁸ Art. 86 LCE.

²⁹ Cfr., alíneas 2.5ª e 2.6ª.

³⁰ No contrato de obras son menores os contratos de contía inferior a 5.000.000 pta (art. 121), e poden adxudicarse polo procedemento negociado os de contía inferior, tamén, a 5.000.000 pta. [art. 141.g)]; no de subministracións, as contías son, respectivamente, 2.000.000 pta. (art. 177) e de 2.000.000 ou de 3.000.000. no caso dos subministracións de fabricación [art. 183.i)]; nos de consultoría e asistencia, 2.000.000 pta. (art. 202) e, igualmente, 2.000.000 pta [art. 211.h)].

A diferenza, como indica o Ditame da Dirección Xeral do Servizo Xurídico do Estado do 19 de xullo de 1995 e de unha peseta: “... os preceitos relativos aos contratos menores (art. 121, 177 e 202 LCAP) empregan sempre a expresión “cuxa (ou a súa) contía non exceda de ...” para indicar despois a cifra límite, entanto que os art. 141.g) e 141.h) falan de “orçamento inferior e o art. 183.i) de “contía inferior” ás respectivas cantidades límites. Non é posible determinar se estas diferenzas literais na fixación dos respectivos límites cuantitativos responden a unha intención específica do lexislador, mas o certo é que existen e que, aínda que parezan nimias (unha peseta), na práctica poden orixinar máis diferenzas do que a primeira vista cabe pensar”.

³¹ A XCCA interpreta a DA 9ª LCAP en relación co art. 88.3ª LBRL, ao que declara vixente quitada a substitución do 5% polo 2%. Xa que logo, esta limitación porcentual non afecta a todos os supostos de contratación negociada senón apenas aos por razón da contía. Confirmando os criterios expresados neste informe, o máis recente do 7 de marzo de 1996.

³² Entendendo, portanto, que os contratos menores son un subtipo dentro dos negociados, en atención a unha interpretación lóxica e sistemática da LCAP porque, di este informe, “entre os procedementos de adxudicación o negociado é o que se axusta en maior medida ás finalidades de simplificación de trámites e axilización do procedemento que procura esta nova institución dos contratos menores”.

de Contratación, polo que, ao ter este preceito carácter de norma especial e prevalecer sobre o art. 93, non se deberán cumprimentar estes trámites e requisitos”.³³

Como conclusión conxunta destes dictames, cando a contía do contrato o permitir, o órgano de contratación poderá optar entre o procedemento negociado sen publicidade e a contratación menor, coa particularidade, para os entes locais, de que esta opción - se se fixer, como é de supor, pola contratación menor - producirá tamén o efecto de excluír a aplicación do límite do 2% fixado na DA 9ª.

Mália a perigosidade das conclusións a que chegan non se deben criticar estes dictames, pola simples razón de que neles só se tenciona solucionar - coas inadecuadas, a estes efectos, ferramentas do intérprete - un problema que só o lexislador pode resolver: a infeliz extensión³⁴ do réxime das subministracións menores do art. 86 da derogada LCE a case que todos os contratos administrativos típicos³⁵, suporá excluír de calquer concorrência - formalizada ou non - unha grande parte da actuación contractual dos poderes públicos e constitúe, coa mesma, un incentivo engadido ao fraccionamento fraudulento do obxecto dos contratos.

Sen discutir que para certos contratos sexa quizais oportuna unha flexibilización dos procedementos de contratación, cómpre lembrar que a razón da mesma responde, no caso dos contratos menores, exclusivamente á contía do contrato e non a premuras temporais que imponían unha rápida execución. Se esta é a xustificación institucional da figura, exclúe-se a participación da Mesa de Contratación, mas non se flexibilicen requisitos importantes para a protección dos intereses públicos - como o de acreditación da capacidade e solvencia dos empresários - e se elimine non só calquer concorrência, senón mesmo calquer posibilidade de revisión xurisdiccional da adxudicación así efectuada³⁶, ao se excluír tamén a obrigatoriedade da motivación.

- Canto á urxencia, a LCAP recolle o concepto obxectivo que da mesma viña ofrecendo a xurisprudencia - tanto española³⁷ como europea³⁸ - e a normativa comunitaria³⁹, ao definí-la como “a resultante de acontecementos imprevisíbeis para o órgano de contratación e non imputábeis ao mesmo”, e condicioná-la a que esa pronta execución do contrato “non se poda lograr polo procedemento de urxencia regulado no art. 72 ou por aplicación dos prazos de publicidade no DOCE previstos para os casos de urxencia”.

³³ En relación aos requisitos que, ex art. 15 a 20 LCAP, debe cumprir todo empresáριο para contratar coa Administración, indica - de xeito algo contradictorio - este informe que “estes requisitos non son trámites procedimentais senón condicións necesárias para a validez dos contratos e deberán concorrer en todo empresáριο que contrate coa Administración, sen prexuízo de que excepcionalmente, e para os contratos menores, o art. 57 exima a este de acreditar a súa capacidade para contratar e que a dita documentación deba incorporarse ao expediente”.

³⁴ Acompañada dunha importante elevación de contías.

³⁵ E, por vía analóxica, tamén aos atípicos (neste sentido, o art. 10 da Lei 10/1996).

³⁶ As únicas esixencias do art. 57 LCAP son a aprobación do gasto e a incorporación ao expediente da correspondente factura.

³⁷ Entre outras, a S.TS do 28 de outubro de 1992 (Ar. 8369), na que o tribunal non considera urxencia lexitimadora da contratación directa, á “meramente subxectiva, causada pola retraso, até o ano 1989 dunha execución xa prevista desde 1986, non permite considerar urxente - en forma obxectiva - o que antes non era xa que, de se aceptar tal criterio, podería quedar ao arbitrio subxectivo o que a norma configura como necesidade apremiante ou circunstancias imprevisíbeis”.

³⁸ Cfr., S.TXCE do 18 de marzo de 1992 (As. Universidade Complutense, C-24/91).

³⁹ Cfr., art. 7.2.c) da Dir. 93/37/CEE (obras), 11.2ª. a) da Dir. 92/50/CEE (servizos) e 6.2. d) da Dir. 93/36/CEE (subministracións).

Polo que se refire á tramitación deste procedemento, o art. 93 LCAP establece unhas mínimas obrigas⁴⁰ que, cando menos, aseguran unha concorréncia e, en especial no caso do negociado sen publicidade, levantan a cuestión de cais sexan os criterios empregados polo órgano de contratación na solicitude das proposicións.

3. A subhasta

Estabelece o art. 75.2^a LCAP que “ a subhasta versará sobre un tipo expresado en diñeiro, con adxudicación ao licitador que, sen exceder daquel, ofertar o prezo máis baixo”.

Duas son as principais novidades que a LCAP introduce en relación coa subhasta: o novo réxime das baixas temerárias e máis a posibilidade de, mesmo xa perfeccionado o contrato, resolvé-lo e adxudicar-llo ao seguinte mellor postor.

- Con relación ás baixas desproporcionadas ou temerárias o art. 83 LCAP substitúe o procedemento previsto nos art. 32 LCE e 109 RXCE por outro contraditorio - na medida en que se establece como trámite esencial a audiencia ao licitador (alínea 4^a) , no que o informe da XCCA deixa de ser preceitativo (alínea 2^a.b) ao se substituír por outras garantías como o “asesoramento técnico do servizo correspondente” (alínea 3^a) e, se o contrato foi obxecto de publicidade no DOCE, a xustificación da adxudicación perante o Comité Consultivo para os Contratos Públicos da Comisión Europea (alínea 4^a).

O carácter desproporcionado ou temerario dunha proposición deberá ser apreciado con criterios obxectivos (alínea 3^a), que son os fixados no art. 23 do RD 390/1996, do 1 de marzo que, remitindo-se como regra xeral ao establecido no art. 109 RXCE⁴¹, se ben permitindo que, excepcionalmente⁴², o PCAP o rebaixe até 5 unidades.

Debe indicarse sen embargo que, na liña do previsto a este respecto polo Dereito comunitario⁴³, o automatismo destes criterios se matiza en atención á facultade que o órgano de contratación ten para apreciar, “previos os informes adecuados e a audiencia do adxudicatario”, a oferta como de normal cumprimento (art. 109 RXCE).

- Tamén como novidade debe salientarse a posibilidade de “resurrección” das ofertas de procedementos xa terminados que o art. 85 LCAP pon á disposición do órgano de contratación. Como se ten apuntado⁴⁴, será sempre preciso o acordo dos licitadores por canto se trata de adxudicar un contrato resolvido a ofertas que deixaron xa de vincular aos seus autores.

⁴⁰ Participación da mesa de contratación, solicitude de, ao menos, tres ofertas de empresas capacitadas para a execución do contrato, deixando constancia en expediente de todo o actuado e, en todo caso, motivación da adxudicación.

Este art. 93 LCAP debe completar-se coas normas específicas que, en cumprimento das Directivas comunitarias, se conteñen no libro II para cada tipo de contratos.

⁴¹ Exceso en 10 unidades, polo menos, da média aritmética das porcentaxes de baixa de todas as ofertas presentadas.

⁴² “E atendendo ao obxecto do contrato e ás circunstancias do mercado”.

⁴³ Nas sentenzas do 22 de xuño de 1988 (As. Fratelli Costanzo, C-3/88) e do 18 de xuño de 1991 (As. Dona Alfonso, C-295/89), o TXCE afirmou que lles está prohibido aos Estados membros aplicar disposicións internas que prevexan a exclusión determinadas ofertas como anormalmente baixas, segundo un criterio puramente matemático, no canto de obrigar ao poder adxudicador a aplicar o procedemento de verificación contraditoria da normalidade das ofertas previsto nas Directivas.

⁴⁴ Cfr., RUIZ OJEDA e GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, “Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de Desarrollo Parcial”, Civitas, Madrid, 1996, pág. 494.

4. O concurso

Segundo o art. 74.3^a LCAP, “No concurso a adxudicación recairá no licitador que, no seu conxunto, faga a proposición máis vantaxosa, tendo en conta os criterios que se estableceran nos pregos, sen atender exclusivamente ao prezo da mesma e sen prexuízo do dereito da Administración a declará-lo deserto”.

Se recolle e amplía a definición ofrecida polo art. 28 LCE, ao se aludir á necesidade de que nos pregos se recollan os criterios cos que o órgano de contratación debe xustificar a adxudicación, prevista no art. 36 LCE. Estes criterios deben recoller-se por orde decrecente de importancia⁴⁵ e pola ponderación que se lles atribua⁴⁶.

Ainda en relación cos criterios de adxudicación do concurso, o art. 87.1^a LCAP realiza unha enumeración aberta⁴⁷ que, sen embargo, ten un límite claro: os criterios deben ser obxectivos - no duplo sentido de se referiren ao obxecto do contrato e non introduciren discriminacións indebidas entre os licitadores⁴⁸ - e de carácter económico, debendo ser rexeitados os doutra natureza (sociais ou territoriais).

Neste sentido, un recente dictame da XCCA do 24 de outubro de 1995, ofrece algúns guieiros para a interpretación do art. 87.1^a LCAP:

- Con carácter xeral, o prezo debe figurar como un dos criterios fixados no prego para a adxudicación dos contratos.

- Co mesmo carácter, os criterios de adxudicación deben ser varios, e caso de se empregar un só - como o da rendabilidade - esta circunstancia debe xustificar-se no expediente.

- Dadas as diferencias entre o concurso e a subhasta, a esixencia que o art. 87 LCAP pon de que os criterios se indiquen por orde decrecente de importancia e pola ponderación que se lles atribua, non obriga á predeterminación do método de valoración⁴⁹.

- O carácter obxectivo dos criterios debe interpretar-se, aos efectos do art. 87 LCAP, como referido ao contido das ofertas⁵⁰. Xa que logo, como regra xeral, as características de empresa deben valorar-se no momento de apreciación da solvencia económica, financeira, técnica e profesional destas, e non no de adxudicación do contrato.

⁴⁵ Cfr., art. 87.2^a LCAP, que transforma en obriga o que no art. 115 RXCE era mera posibilidade deixada ao arbitrio do órgano de contratación.

⁴⁶ *Ibidem*. Neste sentido, os puntos primeiro e segundo do supra mencionado Acordo do Consello da Xunta do 8 de marzo de 1996.

⁴⁷ Ben que máis ampla que a anteriormente recollida no art. 36 LCE.

⁴⁸ Vid. entre outras as Ss.TS do 20 de febreiro de 1992 (Ar. 2779), na que se anula un concurso no que se establecera como requisito de participación que os arquitectos fosen naturais do municipio ou ben ter sido designado por algún dos grupos municipais; a do 3 de abril de 1995 (Ar. 4164), na que se considera “claramente ilegal” unha condición na que se valoraba igual a titulación universitária que o feito de ser natural e viciño dunha localidade; a do 3 de xuño de 1996 (Ar. 5136), no que se anula a condición de que a empresa adxudicatária dispuxese dunha planta de fabricación de aglomerado a unha distancia non superior de 75 qm. do punto máis lonxado da obra.

⁴⁹ Que pode consistir na valoración da cualidade da prestación a meio da toma en consideración dos correspondentes certificados de empresa.

⁵⁰ No mesmo sentido o informe da XCCA do 16 de decembro de 1994, citado pola IXAE no seu, citado *supra*, do 22 de setembro de 1995.

IV. A TRAMITACIÓN DA ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS

1. Regras comúns

Como regras comúns á tramitación de todo procedemento de adxudicación, dispoñen os art. 77 e 78 LPAC que os prazos fixados por días se entenderán referidos a días naturais⁵¹ e que as referencias á contía ou ao importe dos contratos entenderán-se feitas, salvo indicación en contrario, co IVA incluído.

2. Iniciación. O anuncio de licitación

Como regra xeral, o procedemento de adxudicación iníciase coa publicación do anuncio de licitación ou de solicitude de candidaturas (no caso dos procedementos restrinxidos e dos negociados).

Este anuncio, realizado conforme a modelos normalizados⁵², debe conter necesariamente unha serie de informacións referidas tanto ao obxecto e contido obrigatorio do contrato como ao propio procedemento licitatorio. En realidade, o anuncio non é senón unha versión extractada dos pregos contratuais e, en consecuencia, ten de mencionar o lugar ou o modo en que estes poden ser consultados polos licitadores.

Unha vez iniciado o procedemento, a Administración queda vinculada ás condicións do mesmo. Sen embargo, a mera convocatoria non crea dereito algún a prol dos interesados⁵³ e a Administración pode, portanto, suspender ou desistir unha licitación xa iniciada. Para estes casos, o art. 100.6^a LCAP obriga ao órgano de contratación a comunicar a todo licitador que o solicitar os motivos do acordo de desistimento, así como comunicar dito acordo á OPOCE no caso de que o contrato fose publicado no DOCE⁵⁴.

Pola súa parte, o art. 79 LCAP obriga, con carácter xeral, a que os anuncios de licitación se publiquen no BOE, agás que non se teñan de publicar no DOCE⁵⁵, suposto no cal abonda coa publicación que se realice noutros xornais oficiais de ámbito infra-estatal (alínea 1^a)⁵⁶.

⁵¹ Derrogación da regra de días hábeis contida na LPAC xustificada pola transposición das regras de cómputo fixadas na normativa comunitaria.

⁵² Recollidos nos anexos VI - para os que se vaian publicar no BOE - e VII - para os que o vaian ser no DOCE - do RD 390/1996, do 1 de marzo.

⁵³ Sen embargo, este desistimento ou anulación pode xenerar unha obriga a cargo da Administración de indemnizar aos licitadores polos gastos efectivamente realizados de cara á súa participación no procedemento (de constitución ou mantimento da garantía, de redacción dos documentos

⁵⁴ Cfr., art. 8.2^a da Dir. 93/37/CEE (obras), 12.2^a da Dir. 92/50/CEE (servizos) e 7.2^a da Dir. 93/36/CEE (subministracións).

O máis axeitado sería publicar o acordo de desistimento, dando-lle a mesma difusión que a concedida ao anuncio de licitación e, en todo caso, notificar-lle-llo a todos os interesados identificados.

⁵⁵ Deben ser obxecto de publicación no DOCE os contratos que sobarden as soleiras económicas fixadas no Livro II da Lei. As cantidades fixadas nas Directivas - 5.000.000 ECUs para os contratos de obras e 200.000 para os de subministracións e servizos - deben actualizar-se conforme ao contravalor fixado para o período 1996-1997 na Orde do 11 de abril de 1996 (BOE do 23 de abril): 159,964 pta. por ECU.

⁵⁶ Lembrar que o Decreto da Xunta da Galiza do 8 de febreiro de 1996 (DOG do 26 de marzo), relativo á adxudicación de obras e subministracións polo procedemento negociado con publicidade, dispón no seu art. 3.3^a que a publicidade no DOG será obrigatoria "mesmo nos supostos en que, conforme coa Lei 13/1995, do 18 de maio, de Contratos das Administracións Públicas, deba proceder-se á publicación no DOCE".

Para os contratos submetidos - necesaria ou voluntariamente⁵⁷ - a publicidade comunitaria, o art. 79.3^a contén algunhas cautelas:

- Identidade absoluta entre a publicación no DOCE e a realizada nos xornais oficiais internos, como meio de garantir unha concorrência real entre os licitadores españois e os nacionais doutros Estados comunitarios.

- Coa mesma finalidade, e xa que os prazos de antecedencia fixados nas Directivas toman como *dies a quo* o do envío do anuncio á OPOCE, dispón o referido preceito que tal envío debe preceder a calquera outra publicidade e que, amais, a publicidade realizada nos boletíns internos debe indicar a data do devandito envío.

O art. 79.2^a, pola súa parte, establece os prazos mínimos para a presentación de ofertas ou solicitudes de participación, todos a contar da data da publicación e conforme co sistema xeral de cómputo por días naturais fixado no art. 77:

- 26 días nos procedimentos abertos.

- 14 para a presentación de solicitudes nos procedimentos restrinxidos e negociados.

- 26 días para a presentación de solicitudes no procedemento negociado, a contar, neste caso, da data de envío da invitación escrita.

Para o caso de rectificacións ou emendas do anuncio de licitación, cando a relevancia das mesmas así o impuxer, deberá-se considerar iniciado un novo prazo a contar da publicación da emenda ou rectificación, tanto para a presentación de proposicións ou solicitudes de participación como, no seu caso, para a interposicións de recursos administrativos ou contenciosos⁵⁸.

Que consecuencias proxecta a falta de ou a deficiente publicidade sobre a validez do contrato? Para responder a esta cuestión deben analizar-se separadamente os casos de falta de publicidade e os de publicidade irregular:

- Canto aos primeiros, a falta de publicidade provoca a invalidez do procedemento e, no seu caso, do contrato adjudicado tras do mesmo, por aplicación do art. 62.1^a.e) LPAC⁵⁹, ao que se remite o art. 63 da LCAP⁶⁰.

- Polo que se refire ás deficiencias nos anuncios publicados, a xurisprudencia tende a situar a cuestión ben nos termos das irregularidades formais causantes de anulabilidade, ben no das irregularidades non invalidantes⁶¹, segundo a gravidade do caso⁶²,

⁵⁷ Cfr., art. 79.3^a *in fine* LCAP.

⁵⁸ Vid. entre outras as Ss.TS do 30 de marzo de 1982 (Ar. 8135) e, interpretada a contrario, a do 20 de marzo de 1987 (Ar. 2668).

⁵⁹ Por constituir unha ausencia total e absoluta do procedemento legalmente establecido.

⁶⁰ Así nas Ss.TS do 19 de outubro de 1992 (Ar. 7833) e do 19 de outubro de 1993 (Ar. 7908), ambas relativas ao procedemento de contratación directa - non anunciado oficialmente - de certos traballos relacionados coa elaboración do PXOU da localidade de Alcorcón.

⁶¹ Art. 63.2^a LPAC e, durante a vixencia da derogada LPA, art. 48.2^a e, en especial, 49 (actuacións realizadas fóra do prazo establecido).

⁶² O TS, quizais situando indebidamente a deficiente publicidade como un mero atentado aos intereses dos particulares interesados e non igualmente como asunto que tamén afecta aos intereses públicos (canto máis concorrência se suscite máis posibilidades de acerto terá a decisión administrativa), mantén unha liña excesivamente xenerosa. Raramente se sanciona coa invalidez a publicación irregular ou o non respecto aos prazos mínimos que deben meiar entre a publicación e a abertura de proposicións. Serva como exemplo a S.TS do 4 de abril de 1991 (Ar. 3280), na que o Tribunal considera que máis se ter incumprido o prazo legal mínimo de vinte días que debe meiar entre a publicación do anuncio no BOE e a abertura das plicas dun concurso para a construción do mercado de abastos convocado polo Concello de Barcelona, considera que "... o fin do anuncio cumpriu-se, xa que as empresas do ramo están moi pendentes dese boletín [o BOE], por ser o meio habitual de coñecemento das ofertas que lles poden interesar (...) coñecemento que desbota a

dependendo a anulación de que o interesado a fíxese valer no “momento procedimental oportuno”, ben impugnando o anuncio, ben o acto de abertura de plicas realizado prematuramente⁶³.

Tratamento á parte merecen as obrigas recollidas no parágrafo 2º da alínea 2ª do art. 79 LCAP verbo da publicidade comunitaria: nestes casos, calquera irregularidade debe provocar a invalidez do procedemento, en atención ao maior rigor que o TXCE emprega no axuizamento destas cuestións⁶⁴.

3. A formulación das proposicións

Os art. 80 e 81 LCAP recollen - elevando a rango legal algunhas das previsións do RXCE - esixencias ordenadas á garantía dunha concorrência leal, tais como a do carácter segredo das proposicións⁶⁵ ou a prohibición de proposicións simultáneas⁶⁶. O carácter inalterábel das ofertas pode deducir-se do xogo conxunto dos dous anteriores⁶⁷.

Asimesmo, o art. 80.1ª establece que as proposicións deben suxeitar-se ao modelo establecido no PCAP⁶⁸ e presume que a súa presentación supón a “aceitación incondicionada polo empresario do contido da totalidade das ditas cláusulas [do PCAP] sen excepción algunha”.

Desta presunción legal a xurisprudencia tira a consecuencia de que a falta de impugnación autónoma do PCAP no momento da súa publicación impede ao interesado pretender a anulación da adxudicación definitiva do contrato, se a impugnación deste acto se funda na ilegalidade dalgunha das cláusulas do citado prego⁶⁹. Esta conclusión,

idea de indefensión porque o principal é a o anuncio do concurso e o accesório é o prazo no que se celebre a abertura de plicas ...”. No mesmo sentido, a do 3 de xullo de 1991 (Ar. 6548), aplicando o art. 49 LPA, e a do 11 de outubro de 1956 (Ar. 3522).

Muito máis rigor emprega o TXCE: por exemplo, na súa sentenza do 26 de abril de 1994 (As. Comisión c. Italia, C-272/91), declara o incumprimento por parte da República italiana das obrigas de publicidade (daquela as previstas na Dir. 77/62/CEE), ao non ter esta publicado nen o anuncio indicativo nen o de licitación no DOCE.

⁶³ Vid. o que se dirá *infra* acerca da impugnación das actuacións da Mesa de contratación.

⁶⁴ Cfr. nota 58. No mesmo sentido SÁNCHEZ MORÓN e GARCÍA TORRES - *cfr. op. cit.*, páx. 377, nota 43 - para quen “a diferenza de publicacións entre a publicación nacional e a europea poderá alcanzar transcendencia invalidatoria da adxudicación se afectar a un elemento relevante para a formulación da oferta”.

⁶⁵ Cfr., art. 80.1ª LCAP e art. 99, 100 e, como garantía dos dous anteriores, o parágrafo último do 103, todos do RXCE. Vid. a S.TS do 12 de novembro de 1982 (Ar. 6983), que da presentación extemporánea dunha oferta e a contradición entre as datas recollidas no expediente tira a presunción de que aquela formulou unha vez coñecidos os prezos e as condicións ofertadas polo recorrente.

⁶⁶ Cfr., art. 81 LCAP. Vid. a S.TS do 5 de outubro de 1990 (Ar. 7487) acerca da anulación de dúas ofertas presentadas pola mesma persoa, unha persoalmente e outra como representante dunha sociedade.

⁶⁷ Neste sentido, a S.TS do 5 de outubro de 1990 (Ar. 4587), que declara derogado o art. 31.7ª RCCL - “entregada e admitida a plica non poderá o licitador retirá-la, mas si presentar outra dentro do prazo e conforme ás previsións expresadas, sen incluír o resguardo da garantía provisoria” - por causa da súa palmária contradición con regulacions posteriores da contratación local e coa prohibición das proposicións simultáneas contida no art. 99 RXCE.

⁶⁸ Se ben cómpre matizar o rigor desta previsión co establecido no art. 105 RXCE: “o cambio ou omisión dalgunhas palabras do modelo, con tal que o un ou a outra non alteraren o seu sentido, non será causa bastante para non admitir a proposición”.

⁶⁹ Entre outras, a mui recente do 27 de febreiro de 1996 (Ar. 1651): “Como é ben coñecido - art. 14 da Lei de Contratos do Estado e 34 do seu Regulamento - conforme a reiterada doutrina xurisprudencial desta Sala, o prego de cláusulas ou condicións particulares dos contratos administrativos constitúe *lex inter partes*, con forza vinculante para elas, tendo sido aceptado, neste suposto, pola Agrupación Temporal participante no concurso aquí contemplado o citado prego, ao ter concursado sen formular alegación ou obxeción algunha fronte ao mesmo”.

fundada no art. 40.a) LXCA, debe sen embargo revisar-se á lus dalgunhas recentes sentenzas do TC, dictadas en materia de acceso á función pública, que consideran que a inadmisión do recurso contra da resolución do procedemento selectivo, interposto por quen non impugnou autonomamente as bases da convocatória, é inconstitucional por contraria ao art. 24.1ª CE⁷⁰.

En consecuencia, e non existindo ao meu ver razóns que impidan a extensión aos procedementos de adxudicación dos contratos desta doutrina do TC elaborada en relación cos de selección de persoal para o sector público, a presunción de aceptación do art. 80.1ª LCAP obrigaria unicamente ao necesario axuste entre as condicións fixadas nos pregos e as recollidas nas ofertas, ao punto de se configurar mesmo como un deber, decorrente do principio de concorrencia, o rexeitamento das proposicións que non se acomoden ás ditas estipulacións⁷¹.

Canto aos documentos que, en sobre separado, deben acompañar á proposición, o art. 80.2ª LCAP amplía a relación contida no art 97 RXCE⁷². Xunto con estes documentos - aos que denominarei “legais” -, os outros distintos que o PCAP pode esixir - aos que denominarei “contratuais” - deben mencionarse no anuncio de licitación (art. 80.3ª LCAP). A respecto dos documentos contratuais, sen embargo, os dous últimos parágrafos do art. 97 RXCE establecen un réxime especial:

- O adxudicatario poderá presentá-los en calquera momento anterior á formalización do contrato, quitado que no anuncio se dispoña o contrario,

- e caso de non se achegaren os mesmos nese tempo, “acordará-se deixar sen efecto a adxudicación provisoria e a perda da fianza, procedendo o órgano de contratación a adxudicar o contrato ao mellor posterior”⁷³.

⁷⁰ Así por exemplo, as Ss.TC 193/1987, 203/1991, 93/1995, nas que se cualifica ás ordes de nomeamento ou resolución de concursos de traslado de funcionarios de “actos de aplicación” das bases contidas nas respectivas convocatorias. De forma moi clara, a última das citadas reconece a natureza normativa das bases ao se referir a elas como “disposicións xerais”, ao obxecto de lembrar cal é o obxecto do recurso de amparo, indicando que é preciso notar “... o carácter esencialmente subxectivo de dito recurso como vía de protección de dereitos e liberdades, procedendo o exame das disposicións xerais neste tipo de recurso só en canto *prius* necesario para determinar se se violaron dereitos fundamentais protexidos por esta vía (...). O exame por tanto da convocatória e bases para cobertura en propiedade de 159 prazas de auxiliares administrativos, aprobadas polo Concello de València o 10 de xullo de 1986, é o *prius* necesario para a resolución do presente recurso de amparo”.

Esta cualificación xurídica das bases ou pregos como normas supón que, conforme co previsto no art. 39.4ª LXCA, a súa falta de impugnación directa non impida a indirecta através da resolución que pon fin ao procedemento selectivo.

⁷¹ Neste sentido, a S.TXCE do 22 de xuño de 1993 (As. Comisión c. Dinamarca, C-243/89). Dentro da xurisprudencia española, vid. a S.TS do 12 de novembro de 1982 (Ar. 6983), para a cal, tendo-se admitido ao concurso unha oferta extemporánea “... resulta infrinxido un principio básico de selección de contratistas, o da concorrencia en igualdade de condicións, que esixe que os concorrentes presenten as ofertas dentro do prazo sinalado de presentación” e do 18 de novembro de 1992 (Ar. 9340), na que se declara que a omisión de determinados documentos que obrigatoriamente deben acompañar ás ofertas - no caso desa sentenza, o acreditativo da clasificación do contratista - “provoca o rexeitamento da proposición, conforme co art. 103.2ª do mesmo [RXCE]”, co fin de evitar a adxudicación dun contrato nulo de pleno dereito por carecer o adxudicatario do requisitos de capacidade esixidos pola Lei.

⁷² Ao incluír tamén a necesidade de achegar documentos que acrediten que o oferente se atopa ao corrente do cumprimento das súas obrigas tributarias e en materia de Seguridade Social [letra e)] e, para os concorrentes estranxeiros, a renuncia ao seu foro nacional e o submetimento á xurisdición española para todas as incidencias que directa ou indirecta podan decorrer do contrato.

⁷³ Deben notar-se, sen embargo, certas dúbidas acerca da vixencia deste art. 97 RXCE: principalmente que a mencionada distinción entre documentos legais e contratuais apuntada no texto, recollíase no art. 29 LCF e se a LCAP, podendo-a reiterar non o fixo, semella que tal manifesta unha vontade lo legislador de 1995 contraria á mencionada distinción.

Canto á proposición en sí, a súa necesaria acomodación ao prego supón, para as subhastas, que se reduza a unha oferta económica inferior ao tipo de licitación e, para os concursos, que se refira aos criterios de adxudicación fixados no prego e xa examinados. Nesta forma de contratación, as variantes que sobre o proxecto da Administración formularen os licitadores deberán ser admitidas, salvo que o propio PCAP e o anuncio de licitación excluan expresamente tal posibilidade⁷⁴. Na contratación negociada, a maior liberdade na formulación das proposicións debe, en calquer caso, limitar-se en atención ao previsto no parágrafo último do vixente art. 118 RXCE: “a adxudicación non poderá ter lugar, en caso nengún, por importe superior ao orzamento previamente aprobado conforme ao proxecto de obra”.

4. A Mesa de Contratación

O art. 82 LCAP⁷⁵ establece a participación obrigada en todo procedemento de contratación⁷⁶ da Mesa de Contratación, órgano colexiado con funcións asesoras que debe elevar ao órgano de contratación unha proposta motivada de adxudicación do contrato.

A actuación da Mesa comeza coa cualificación dos documentos apresentados en tempo e forma⁷⁷, que son os que en sobre separado deben acompañar á proposición.

En principio, de se apreciaren insuficiencias ou irregularidades nesta documentación, a Mesa deberá inadmitir a proposición, deixando sen abrir o sobre en que esta se conteña. Porén, esta afirmación debe matizar-se:

- Como consecuencia, en primeiro lugar, da diferenza xa apuntada entre os documentos legais e os contratuais⁷⁸.

- En segundo lugar, pola previsión de subsandación dos defeitos materiais advertidos nestes documentos recollida no art. 101 RXCE, que a xurisprudencia tende a interpretar máis en termos de obriga que de mera facultade, máis a dicción literal do preceito⁷⁹.

Unha vez cualificada esta documentación, a Mesa procederá en acto público á abertura das proposicións admitidas⁸⁰, procedendo de seguido á formulación dunha proposta de adxudicación⁸¹, solicitando, se o estimar oportuno, “cantos informes técnicos considerar precisos e que se relacionaren co obxecto do contrato”⁸².

⁷⁴ Cfr., art. 88 LCAP.

⁷⁵ Desenvolvido no art. 22 do RD 390/1996.

⁷⁶ Fóra do caso dos contratos menores e de emerxencia e dos adxudicados por órganos de contratación nos que existan Xuntas de Contratación constituídas (art. 12.4^o LCAP).

⁷⁷ Cfr., art. 83.1^o e 89.1^o, para as subhastas e os concursos, respectivamente, previsións analoxicamente aplicábeis tamén ao procedemento negociado, por canto nelas intervéñen a Mesa de Contratación e se esixen os documentos expresados na alínea 2^o do art. 80 LCAP.

⁷⁸ Dito sexa a salvo do xuízo que mereza a vixencia do art. 97 RXCE.

⁷⁹ Vid. por todas a S.TS do 14 de novembro de 1989 (Ar. 8108), na que mesmo se fala dun “dereito á subsandación dos defeitos formais”, fundamentado no antiformalismo inspirador do procedemento administrativo e en varios preceitos - art. 54 e 71 - LPA.

⁸⁰ Cfr., art. 83.1^o e 89.1^o LCAP.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Causa distinta destes informes técnicos son as aclaracións solicitadas aos licitadores. Esta práctica - máis ter sido admitida nalgũa ocasión polo TS, así na S. do 21 de xuño de 1991 (Ar. 6983) - considero-a contraria á igualdade entre os licitadores e, á máis, pode aínda argumentar-se na súa contra que o único suposto no que a Lei prevé estas aclaracións dos licitadores - o dexergado no art. 84 en relación coas baixas temerarias ou desproporcionadas - faculta ao órgano de contratación e non á Mesa.

Con maior motivo aínda debe negar-se a posibilidade de “interpretar” as proposicións dos licitadores. Vid. a este respecto a S.TS do 7 de abril de 1983 (Ar. 2073) e as Ss.TXCE do 25 de abril de 1996 e a anterior do 10 de xullo de 1985, en relación cos contratos con terceiros Estados financiados através do Fondo Europeo de Desenvolvemento (FED).

Para a adxudicación provisória das subhastas, ante o silencio da LCAP, semella que se debe manter a unidade de acto establecida no RXCE. Pola contra, para os concursos, a maior complexidade na avaliación das ofertas obriga a que a abertura das ofertas e a adxudicación provisória se realicen en actos distintos. En todo caso, o prazo máximo de vinte días⁸³ ou de tres meses⁸⁴ respectivamente fixados para a adxudicación definitiva de subhastas e concursos ten como *dies a quo* non o da adxudicación provisória senón o da abertura das plicas. Este é o prazo durante o que os licitadores deben manter as súas ofertas⁸⁵ se ben, unha vez esgotado, os licitadores poden manté-las voluntariamente.

Un extremo que merece especial consideración, pola incidencia que ten na impugnabilidade da adxudicación definitiva, é o dos recursos e reclamacións que caben contra dos acordos e actuacións da Mesa de Contratación. Segundo o art. 108 RXCE, os licitadores ou os seus representantes poderán formular reclamacións escritas contra do actuado pola Mesa, que serán resolvidas polo órgano de contratación.

Dependendo de cal for o seu obxecto, estas reclamacións poden considerar-se ben como verdadeiros recursos, ben como meras cuestións incidentais no sentido do art. 77 LPAC⁸⁶. No primeiro caso, a resolución do órgano de contratación poderá ser autonomamente impugnada en vía contenciosa; no segundo, o obxecto reclamado só se poderá impugnar conxuntamente co acto que resolve definitivamente o procedemento. O criterio para diferenciar os uns das outras - xa que por hipótese versarán todos sobre actos de trámite - será o recollido no art. 107.1ª LPAC: que estes causen indefensión ou impidan a continuación do procedemento.

Así por exemplo, a inadmisión dunha oferta ou a denegación da súa subsandación constituirá un acto de trámite cualificado impugnábel con independencia da adxudicación definitiva.

Debe salientarse, aos efectos do control da actuación da Mesa, a importancia da esixencia contida no art. 108 RXCE relativa á acta e aos documentos que a deben acompañar, na que se recolla “sucinta, mas fielmente, todo o sucedido”⁸⁷.

⁸³ Ex art. 84.1ª LCAP.

⁸⁴ Ex art. 90 LCAP. Os PCAP poden validamente establecer que o decurso deste prazo equivalla á confirmación tácita da proposta formulada pola Mesa. Neste sentido, a S.TS do 22 de abril de 1996 (Ar. 5472), na que se o PCAP litixioso incluía unha cláusula 20ª segundo a cal o decurso con exceso do prazo de 60 días nela establecido supoñía a confirmación implícita da adxudicación provisória realizada pola Mesa.

⁸⁵ É dicir, que se desiste da mesma perderá a garantía provisória que teña constituído. Vid. entre outras a S.TS do 13 de decembro de 1995 (Ar. 8999), na que admite - sen máis consecuencias que a perda da fianza provisória - o desistimento de quen foi declarado adxudicatario, realizado antes da adxudicación pero recibido polo órgano de contratación no mesmo día da adxudicación, unha vez verificada esta.

⁸⁶ É esta mesma lei a que posibilita a solución apuntada no texto, ao establecer no seu art. 110.2ª que “o erro na cualificación do recurso por parte do recorrente non será obstáculo para a súa tramitación sempre que se deduza o seu verdadeiro carácter”. Acerca dos límites na cualificación administrativa do recurso ou reclamación presentada polo particular vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “Límites a la recalificación por la Administración de los escritos de los interesados” (en Actualidad Administrativa nº 44/1996) e os ditames do Consello de Estado nel citados.

⁸⁷ A relevancia dun expediente ordenado e completo ten sido ultimamente posta de relevo por T.R. FERNÁNDEZ (cfr., “Arbitrariedad y discrecionalidad”, Civitas, Madrid, 1994), ao reproducir a S.TS do 26 de xaneiro de 1987 na que se indica que “o expediente administrativo debe presentar os fundamentos da decisión de forma asequíbel á revisión contencioso-administrativa”. A importancia do expediente para a efectividade do dereito fundamental recollido no art. 24.1ª CE non require maiores argumentacións, en especial se, como demonstra aínda xurisprudencia moi recente, o TS segue a admitir a chamada “motivación contextual” (vid, entre outras, a S.TS do 22 de marzo de 1993, Ar. 1905).

5. A adxudicación definitiva

Como declara o art. 83.2ª LCAP, a adxudicación provisoria non crea dereito nengun a prol do licitador proposto, que só os adquirirá fronte á Administración cando o contrato lle sexa definitivamente adxudicado por acordo do órgano de contratación. Esta é consecuencia lóxica de considerar perfeccionado o contrato no momento da súa adxudicación definitiva (art. 54 LCAP), por máis que o contrato xa existente fiquen aínda submetidos á condición resolutoria da súa formalización (art. 55 LCAP).

A actuación do órgano de contratación na adxudicación do contrato non se limita á confirmar a proposta formulada pola Mesa. Seguindo a regra xeral establecida no art. 54.1ª.c) LPAC, o art. 82.3ª LCAP dispón que “cando o órgano de contratación non adxudique o contrato segundo a proposta formulada pola Mesa de contratación, deberá motivar a súa decisión”⁸⁸.

Para o caso das subastas, o art. 84.2ª LCAP determina algúns supostos taxados nos que o órgano de contratación se pode separar da proposta da Mesa:

- O xa examinado *supra*⁸⁹ das baixas desproporcionadas ou temerarias.
- Cando a Mesa de contratación efetuara a proposta con infracción do ordenamento xurídico [letra b)]. Dentro deste suposto xeral, diferéncia a Lei⁹⁰ entre unha regra xeral - deixar sen efecto a convocatoria⁹¹ - e unha excepción - para o caso de a infracción afectar en exclusiva ao licitador proposto pola Mesa, a adxudicación realizará-se a prol do seguinte mellor postor non incurrido en infracción. Nos dous supostos esíxese informe preceptivo do servizo xurídico do órgano de contratación.

Na forma de concurso, o órgano de contratación conta cunha marxe de actuación máis ampla, tal e como se reflicte no art. 89.2ª LCAP: pode, alternativamente, adxudicar o contrato á oferta máis vantaxosa no seu conxunto ou declarar deserto o concurso. En calquer caso, deberá motivar a súa decisión en referencia aos criterios de adxudicación recollidos no prego⁹². A evolución xurisprudencial neste punto vai na liña de considerar a resolución dos concursos como a integración dun concepto xurídico indeterminado e non como un suposto de exercicio dunha potestade discrecional - aumentando deste xeito as posibilidades de revisión xurisdiccional do acto de adxudicación⁹³, e a de esixir unha cumprida motivación da citada resolución⁹⁴.

⁸⁸ Non é que nos demais casos non deba motivar, senón que neles a motivación virá constituída xa pola proposta razonada da Mesa, admitida polo órgano competente.

⁸⁹ Vid. o epígrafe referido á subasta.

⁹⁰ Seguindo o disposto neste punto no art. 32 LCE e paralelos do RXCE.

⁹¹ O que esixirá realizar as comunicacións previstas no art. 100.6ª LCAP (vid *supra* o epígrafe adicado ao anuncio de licitación).

⁹² Se a resolución do concurso confirmar a proposta da Mesa, cabe que a motivación veña constituída por esta.

⁹³ Vid., entre outras moitas, a S.TS do 11 de xuño de 1991 (Ar. 4874) que considera á “oferta máis vantaxosa” como un concepto xurídico indeterminado que, en canto tal, exclúe a viabilidade de varias solucións diferentes e, considerando que nos autos existe base suficiente, substitúe a resolución dun concurso de construción de dous centros sociais, adxudicado inicialmente pola Administración á oferta que presentaba unha baixa menos importante.

⁹⁴ Nomeadamente cando o contrato se adxudica á oferta que, do mero punto de vista económico, non for a máis vantaxosa (vid. as Ss.TS citadas na nota 14 e tamén a da AN do 13 de decembro de 1995 - Act. Adm. 478/96 - na que, tras de se lembrar que “a motivación se configura como un dos máis poderosos medios para poder verificar a adecuación ao Dereito, na súa máis ampla expresión, do acto administrativo discricionario”, indícase que as adxudicacións dos concursos deben vir suficientemente motivadas “como para coñecer exactamente as razóns polas que se considera a oferta seleccionada a máis vantaxosa fronte a outras tamén presentadas. Deste xeito impédese encobrir baixo a forma de concurso unha contratación directa, fan-se efectivos os principios inspiradores da actuación administrativa, garánten-se os dereitos de todos os concursantes e se lle dota de contido ao control xudicial sobre a Administración”.

Con relación á posibilidade de declarar deserto o concurso, a xurisprudencia tende a limitá-la aos supostos de incumprimento do prego, superando a súa tradicional cualificación de facultade puramente discrecionaria do órgano de contratación, revisábel só nos seus elementos formais, en especial o da motivación⁹⁵.

Na contratación negociada, o carácter informal da licitación que ten lugar neste procedemento fai que o único control posíbel sexa o de legalidade externa⁹⁶ ou o que permita a motivación.

Con independencia do procedemento e forma utilizados para a adjudicación do contrato, o art. 94 LCAP, en plena coherencia co previsto na normativa comunitaria, obriga a notificar esta aos licitadores, así como a comunicar o contrato, unha vez formalizado ao Rexistro Público de Contratos previsto no art. 118 LCAP (alínea 1^a).

A adjudicación de importe superior a 5.000.000 pta⁹⁷. deberá asimesmo publicarse nos xornais oficiais correspondentes no prazo máximo de 48 días a contar da

⁹⁵ Como proba, as Ss.TS do 19 de abril de 1991 (Ar. 3511), anula a declaración de un concurso como deserto, motivada porque "as condicións económicas non eran vantaxosas", considerando o tribunal que ao se atender todas as presentadas ao prego o órgano de contratación utilizou as súas potestades discrecionarias para fins distintos dos inicialmente contemplados no Prego; ou a do 20 de febreiro de 1996 (Ar. 1381), máis claramente, considera que "a facultade da Administración de deixar un concurso deserto ten de se limitar aos supostos de idoneidade dos licitadores, ou desaxuste da oferta co prego de bases do concurso ou que os prezos non teñan relación co ofertado". Unha tamén recente sentenza do TSX da Ríoxa, do 30 de abril de 1996, afortala a anteriormente indicada doutrina xurisprudencial ao anular un acordo do Concello de Logroño de declaración como deserto dun concurso de venda de parcelas de propiedade municipal para a construción de vivendas de protección pública, por considerar que tal acordo se dictara en fraude de lei co fin de acudir á venda directa, val dicer, constituiría "o uso dunha facultade discrecionaria para obviar a finalidade primeiramente querida pola Lei". Lembra finalmente o alto tribunal rioxano que "o art. 40 RCCL condiona sempre a declaración de deserto dun concurso ao feito de que ningún dos dos concorrentes cumprir as condicións do Prego", circunstancia que se non pode apreciar no caso de autos debido ao carácter inmotivado da decisión municipal.

Unha recente S.TS (do 20 de febreiro de 1996, Ar. 1381) semella vir desmentir as afirmacións realizadas no parágrafo anterior, ao verquer consideracións acerca da potestade administrativa de declaración dun concurso como deserto do estilo de que "... a opción atribuída á Administración polo art. 36 da LCE para adjudicar o contrato á proposición máis favorábel ou para o declarar deserto, non crea nengunha expectativa específica de contratación ao concursante que con idoneidade para tal axustara a súa oferta ás bases do concurso, criadora dun dereito subxectivo a tal adjudicación, pois aínda coa existencia de tais condicionamentos e requisitos, pode a Administración exercer a súa facultade de o declarar deserto, se existisen motivos ou causas fácticas ou xurídicas, lóxicas e razoábeis e expresas, en referencia á finalidade contractual procurada en defensa do interese público prevalente ...".

Porén, debe reparar-se nas peculiaridades do caso analizado na sentenza: no PCAP non se fixaba prezo nen orzamento máximo ningún do contrato, apenas subordinando a efectividade da adjudicación á existencia de crédito orzamental suficiente (cláusula 2^a do prego). Diante destas peculiaridades, entende o TS que máis se axustar a oferta do recorrente ao citado prego e ser - segundo a proba pericial practicada - razoábel o prezo en relación coas características da oferta, a Administración podía validamente, en aras do interese xeral que existe "unha prudente administración dos fondos públicos", considerar que o prezo ofertado sobardaba a mantenza as súas previsións económicas e, en consecuencia, e mesmo non figurando nas bases do concurso alusión algunha ao prezo, declarar xusticadamente o concurso deserto.

Do meu punto de vista, estas peculiaridades non lexitiman a excepción da plausíbel doutrina xurisprudencial acerca da declaración dos concursos como desertos: o que se fai nesta sentenza é permitir-lle á Administración volver sobre os seus propios actos en infracción da regra - plenamente aplicábel á contratación administrativa - contida no art. 1288 Cc: "a interpretación das cláusulas escuras dun contrato non deberá favorecer á parte que ocasionara a escuridade".

⁹⁶ Vid., por exemplo, as Ss.TS do 26 de xullo de 1994 (Ar. 6050), na que se anula a adjudicación directa realizada a prol dunha empresa non clasificada; do 28 de outubro de 1992 (Ar. 8369), *idem*. por falta do informe preceptivo de impacto ambiental e a do 27 de xuño de 1992 (Ar. 5385), por falta de consignación orzamental.

⁹⁷ A adjudicación dos contratos de xestión de servizos públicos deberá publicarse obrigatoriamente cando o seu prazo de duración exceder de 5 anos ou os gastos de primeiro establecemento fosen superiores a 5.000.000 pta. (alínea 3^a).

publicación. Os anuncios correspondentes aos contratos submetidos a publicidade comunitaria deben enviar-se no mesmo prazo ao DOCE e deberán, en todo caso, ser igualmente publicados no BOE (alínea 2^a).

Só polas causas taxadas previstas na alínea 4^a deste preceito que andamos a comentar poderá omitir-se a publicación do anuncio de adxudicación⁹⁸.

Para alén da notificación da adxudicación, os licitadores poden tamén solicitar que o órgano de contratación lles comunique, no prazo de 15 días a contar da recepción da solicitude, “os motivos do rexeitamento da súa candidatura ou da súa oferta e as características da proposición do adxudicatario determinantes da adxudicación ao seu favor”, coas mesmas excepcións que as sinaladas para a publicidade no parágrafo anterior (alínea 5^a).

Como instrumento de facilitación do control exercido pola Comisión da Comunidade Europea, as Directivas vixentes obrigan aos Estados membros a levantar acta de todos os contratos adxudicados polos seus poderes adxudicadores⁹⁹.

V. A FORMALIZACIÓN DOS CONTRATOS

Os contratos das Administracións Públicas deben celebrar-se por escrito (art. 55 LCAP). Este principio tradicional do sistema español de contratación pública só admite a excepción dos contratos tramitados polo procedemento de emerxencia regulado no art. 73 da Lei¹⁰⁰.

A formalización deberá realizar-se no prazo de 30 días, contados desde o seguinte ao da notificación da adxudicación definitiva. Recollerá-se o contrato en documento administrativo sin prexuízo de que o contratista o eleve, ás súas custas, a escritura pública (art. 55.1^a LCAP).

Trata-se dunha formalización declarativa dun contrato xa existente desde a súa adxudicación definitiva que, en calquer caso, actúa como requisito de eficacia do contrato¹⁰¹ e como condición resolutoria do mesmo. Como presuposto necesario da formalización, o adxudicatario deberá prestar a garantía definitiva que corresponder¹⁰².

⁹⁸ Referidos aos contratos “declarados segredos ou reservados, ou cando a execución dos cais deba ir acompañada de medidas especiais de seguridade segundo a lexislación vixente ou cando o esixa a protección dos intereses esenciais da seguridade do Estado”, e adxudicados por procedemento negociado sen publicidade, segundo o disposto nos art. 141.f), 160.2^a.c), 183.h) e 211.g), todos da LCAP.

⁹⁹ Cfr., art. 7.3^a da Dir.93/36/CEE (subministracións), 8.3^a da Dir. 93/37/CEE (obras) e 12.3^a da Dir. 92/50/CEE (servizos). Esta acta conterá as informacións seguintes:

- Nome e enderezo da entidade adxudicadora, obxecto e contía do contrato.
- nomes dos candidatos ou licitadores seleccionados e motivos que xustifican a súa selección.
- nome do adxudicatario e motivos de escolla da súa oferta, así como a parte do contrato que este teña intención de subcontratar con terceiros.
- No seu caso, xustificación das circunstancias que motivaran o recurso ao procedemento negociado.

Esta acta deberá ser comunicada á Comisión cando esta o solicitar.

¹⁰⁰ Cfr., art. 55 LCAP.

¹⁰¹ Cfr., art. 55.4^a LCAP, fóra dos casos de contratos tramitados polos procedementos de urxencia ou emerxencia dos art. 72 e 73 LCAP.

¹⁰² Cfr., art. 55.2^a LCAP. A garantía definitiva regula-se con carácter xeral no art. 37, que se debe completar coas excepcións previstas nos art. 38 a 41, todos da LCAP (vid. tamén os art. 15 a 20 do RD 390/1996, do 1 de marzo, que desenvolve as previsións da LCAP).

Para o caso de non se chegar a formalizar o contrato, o art. 55.3ª LPAC establece consecuencias distintas dependendo de a cal das partes lle sexa imputábel esta falta:

- Se for por causa imputábel ao contratista, a Administración poderá acordar a súa resolución, con incautación da garantía provisoria e indemnización de danos e prexuízos¹⁰³.

Esta resolución será obrigatoria cando a causa da falta de formalización sexa a non constitución da garantía definitiva¹⁰⁴.

O procedemento para declará-la prevé-se no art. 55.3ª LCAP, reiterando o disposto con carácter xeral no art. 60 da mesma Lei: a saber, audiencia ao contratista e, caso de este formular oposición, dictame do Consello de Estado ou órgano autonómico equivalente.

- Cando for imputábel á Administración, o contratista deberá ser indemnizado pola Administración polos danos e prexuízos que para el se sigan da demora, con independencia de poder este solicitar a resolución do contrato ao abeiro do art. 112.d) LCAP.

A xurisprudencia tende a minusvalorar a relevancia do documento de formalización do contrato indicando, en caso de contradición entre eles, a prevalencia do PCAP sobre o contrato¹⁰⁵. Sen embargo debe notar-se que o documento contractual non se limita a un mero refrendo do PCAP, senón que o que formaliza é a concorrência dunha oferta - a proposición do adxudicatario - cunha aceptación - a adxudicación definitiva - e, deste punto de vista, os requisitos esenciais dos contratos aos que fai referencia o art. 11 LCAP, deben referir-se non ao PCAP senón ao documento contractual. O que se afirma é especialmente comprobábel no caso da contratación negociada, na que o contido do PCAP se limita, nos máis dos casos, a unha expresión xenérica das necesidades que a Administración procura satisfacer e á regulación do procedemento selectivo¹⁰⁶.

En consecuencia - e de cualificarmos o PCAP como disposición xeral, como aconsellan as Ss.TC *supra* referidas¹⁰⁷ - a prevalencia dos pregos contratuais é consecuencia directa do principio de legalidade da actuación administrativa (art. 9.2ª, 103.1ª e 106.1ª CE), e non de que a formalización o sexa só *ad probationem* no sentido do art. 1278 Cc¹⁰⁸.

¹⁰³ *Cfr.* o disposto no art. 114.4ª LCAP. Normalmente, estes danos e prexuízos consistirán nos maiores gastos que para a Administración supoña o retraso na execución do contrato, así como a súa nova licitación e mesmo, no seu caso, as condicións máis gravosas do novo contrato.

Vid. supra o sinalado acerca do art. 85.1ª LCAP.

¹⁰⁴ *Cfr.*, art. 113.2ª LCAP.

¹⁰⁵ Así, entre outras moitas, as Ss.TS do 3 de febreiro de 1992 (Ar. 1479), 20 de abril de 1992 (Ar. 3927), 21 de xaneiro de 1994 (Ar. 144). Debe salientar-se a S.TS do 26 de marzo de 1996 (Ar. 2217), na que se semella dar un valor propio ao contrato fronte o PCAP en canto que criador das "relacións e dereitos entre as partes".

¹⁰⁶ Neste sentido a S.TS do 26 de marzo de 1990 (Ar. 2112), relativo á contratación directa de subministracións para RTVE, na que se afirma que o órgano de contratación obrou correctamente porque respectou o "... prego de condicións que serviu de base á contratación porque tivo en conta (...) a oferta máis conveniente, seguindo ao efecto o informe emitido polos servizos técnicos e os antecedentes do propio recorrente en relación ao incumprimento coa propia RTVE de contratos anteriores".

¹⁰⁷ *Vid.* o epígrafe dedicado ao anuncio de licitación.

¹⁰⁸ Contra este entendimento, *vid.* a S.TS do 8 de marzo de 1989 (Ar. 1776).

VI. O CONTROL DO PROCEDIMENTO DE ADXUDICACIÓN. A DIR. 89/665/CEE (de coordinación das disposicións legais, regulamentárias e administrativas dos Estados membros referentes á aplicación dos procedimentos de recurso en materia de adxudicación dos contratos públicos de obras, subministracións e servizos)

Consciente a Comisión de que unha parte importante do fracaso na aplicación das Directivas de contratación nos anos '70 e '80 se debeu á inexistencia de vías eficaces de recurso fronte ás infraccións cometidas polas entidades adxudicadoras, compria o establecemento dun sistema de recursos harmonizado a nivel comunitario que supuxese unha garantía efectiva do cumprimento da normativa material contida nas outras Directivas.

As liñas mestras desta Directiva 89/665/CEE son as seguintes:

- Recoñecemento dunha ampla lexitimación para recorrer (“calquera persoa que teña ou tivese interese en obter un determinado contrato público ... e que se vise ou se poida ver prexudicada por unha presunta infracción”).

- Recursos ante instancias internas: os Estados membros se obrigan a establecer un sistema interno de recursos, quen de revisar rápida (“en tempo real”, para evitar os feitos consumados) e eficazmente as decisións das autoridades contratantes que infrinxan as normas sobre contratación. A Directiva outorga ás instancias internas - administrativas e/ou xudiciarias - competentes amplas potestades: adoptar medidas provisórias para corrixir a presunta violación, mesmo até a suspensión da adxudicación ou execución de calquera decisión do poder adxudicador; anulación das decisións ilegais e recoñecemento dunha indemnización ou compensación afectadas pola infracción.

- Recursos no ámbito comunitario: posibilidade de denunciar ante a Comisión europea, antes da adxudicación do contrato, calquera violación clara e manifesta da normativa europea na materia.

En que medida transpón a LCAP o contido desta Directiva? Pois, fronte ao que acontece noutros ordenamentos xurídicos - caso do francés -, o lexislador español considera que os obxectivos que procura esta Directiva xa se poden acadar satisfactoriamente através da normativa existente en materia de recursos administrativos e xurisdicionais (LPAC e LXCA)¹⁰⁹. Mas esta é unha afirmación negada pola práctica administrativa e xudiciaria.

Con relación a esta segunda, mália os evidentes progresos experimentados pola revisión xurisdicional da actuación administrativa contratual, aínda existen límites que este control non da superado.

- Como progresos, os Tribunais contencioso-administrativos revisan a selección realizada polos órganos de contratación, condeando á Administración a indemnizar ao contratista indebidamente postergado¹¹⁰. Mesmo se chega a substituír á Administración, indicando o tribunal quen debeu ser o adxudicatario do concurso, ao existir no proceso - ao indicaren os pregos contratuais motivos de preferéncia - base probatoria suficiente.

Canto á lexitimación, debido á eficacia directa do art. 24.1 CE, o ordenamento español semella concordar co esixido pola Directiva 89/665/CEE.

¹⁰⁹ Vid. o parágrafo último da alínea 1.2ª da E. de M. da LCAP.

¹¹⁰ Entre outras, vid. a S.TS do 26 de abril de 1994 (Ar. 3009), que anula as decisións do órgano de contratación por se afastaren inustificadamente do criterio sostido polos servizos especializados e a Mesa de Contratación.

b. Mas, como consecuencia da doutrina aínda mantida pola xurisprudéncia de que a participación nun concurso supón a aceptación das súas cláusulas, as facultades xudiciarias de control resultan practicamente impedidas cando a infracción deriva directamente dunha cláusula recollida nos pregos contratuais¹¹¹.

Tampouco a técnica da suspensión cautelar da eficacia dos actos administrativos - fundamental en materia de adxudicación de contratos públicos - se ten mostrado, na aplicación que dela fan os Tribunais contencioso-administrativos, como satisfactoria: a suspensión dunha licitación ou da execución dun contrato xa adxudicado dana normalmente ao interese público, de xeito que normalmente se denega a suspensión, sobretudo se reparamos en que as Salas consideran que os prexuízos derivados son sempre reparábeis através da técnica da indemnización de danos e prexuízos¹¹². A vixente LXCA non responde á necesidade - imperada polo Dereito comunitario - dun proceso cautelar sumario, quen de chegar rapidamente a unha decisión sobre o fondo do asunto.

O camiño a seguir neste punto ven indicado polo TXCE en dous recentes autos, dictados previo recurso da Comisión.

No primeiro¹¹³ o Tribunal de Luxemburgo suspendeu a adxudicación e execución dun contrato de automatización do xogo, realizada por un ente público italiano con base no carácter manifesto da infracción das normas comunitarias, por canto xa se dictara en 1989 unha sentenza sobre un asunto practicamente idéntico.

Noutro posterior¹¹⁴, desestimando a petición de medidas cautelares realizada pola Comisión, o TXCE non suspendeu a eficacia dun contrato público de subministración de autobuses celebrado por unha entidade belga, considerando, dunha banda, que a Comisión non actuou dilixentemente ao non lle comunicar en tempo ao Estado belga a súa intención de solicitar a suspensión e, doutra, que tal suspensión paralisaría a renovación dunha flota de autobuses a vestustez dos cais xa provocara algún accidente.

Xa que logo, o que fai o TXCE nesta via cautelar e sumaria é valorar o interese da Comisión no cumprimento do Dereito Comunitario, co interese público implicado na execución do contrato, inclinándose normalmente polo primeiro sempre que exista aparencia de bon dereito e comprobar a concorréncia do requisito de urxéncia¹¹⁵.

¹¹¹ Vid. supra o epígrafe dedicado ás proposicións.

¹¹² Así por exemplo, a S.TS do 7 de febreiro de 1996 (Ar. 2518), na que se denega a casación presentado contra do auto no que o TSX.Cat. denegara a suspensión do acto de adxudicación dun contrato de uso e explotación dun restaurante. Razona o TS no fundamento cuarto desta sentenza que *"para resolver sobre a suspensión dos actos impugnados, e máis se poder deducir outra cousa da pura letra do preceito [art. 122.2º LXCA], non só hai que atender aos danos e prexuízos que a execución puider causar aos recorrentes, senón que tamén hai que sopesar o interese público que está en xogo e, por suposto, tamén o posíbel interese de terceiras persoas, cuxas utilidades non teñen porque ser minusvaloradas. Pois ben, no presente caso, sen descoñecer os prexuízos inmediatos que a execución do acto puider orixinar aos actores, existe un interese público en que a nova adxudicación (por principio máis vantaxosa que a anterior, salvo que outra cousa se demostrar) surta os seus efectos, e existe tamén en tal un interese particular, o do novo adxudicatario ..."*.

¹¹³ Auto do Presidente do TXCE do 31 de xaneiro de 1992.

¹¹⁴ Do 22 de abril de 1994.

¹¹⁵ Cfr., art. 83 do Regulamento de Procedimento do TXCE.