

22 OPINIÓN

La aplicación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público a las asociaciones de entidades locales

I. INTRODUCCIÓN.

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que ha entrado en vigor el pasado 1 de mayo, adopta un enfoque que, separándose de sus antecedentes, aborda la regulación de la actividad contractual pública desde una definición amplia de su ámbito de aplicación y buscando una identificación funcional precisa del área normativa vinculada a las directivas europeas sobre contratos públicos, teniendo en cuenta que se trata de una Ley que ha de operar en un contexto jurídico fuertemente mediatizado por normas supranacionales y en relación con una variada tipología de sujetos.

En lo relativo al ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley, la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios. En la lista de los entes que integran el sector público contenida en el artículo 3 se distinguen tres categorías de sujetos que presentan un diferente nivel de sometimiento a sus prescripciones: por un lado, las Administraciones Públicas; por otro, los entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18; y, por último, los entes del sector público que no son Administraciones Públicas ni están sometidos a esta Directiva. Es de destacar que, con la nueva regulación, el sector público no está ya integrado exclusivamente por entidades de derecho público, sino que se incluyen también entidades de derecho privado como, por ejemplo, las asociaciones de entidades locales constituidas al amparo de lo previsto en la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Efectivamente, las asociaciones de entidades locales aparecen incluidas tanto en la letra h) como en la letra i) del apartado 1 del artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público, asociaciones que tienen además la consideración de poderes adjudicadores según el apartado 3 de este mismo artículo.

Como hemos dicho antes, el nivel de aplicación de las normas contenidas en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante) a una determinada entidad integrante del sector público depende de la categoría (de las tres que contempla la Ley) en la que dicha entidad quede encuadrada. Pues bien, descartada la categoría de Administración pública en la que, conforme al artículo 3.2 de esta Ley, en ningún caso pueden encuadrarse las asociaciones de entidades locales, éstas estarán sujetas con mayor o menor intensidad a las normas contenidas en esta Ley dependiendo de que su actuación como poderes adjudicadores se desarrolle en el ámbito de los contratos sometidos a regulación armonizada o en el de los contratos no sometidos a esa regulación.

No obstante, tanto si están sujetos a regulación armonizada como si no, todos los contratos que celebren las asociaciones de entidades locales tendrán la consideración de contratos privados –art. 20.1 LCSP- (salvo los que celebren con Administraciones públicas, que pueden tener carácter administrativo), por lo que se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las normas de derecho privado y, en cuanto a sus efectos y extinción, por el derecho privado –art. 20.2 LCSP-.

En resumen, de las normas de la Ley de Contratos del Sector Público que son de aplicación a las asociaciones de entidades locales podemos distinguir: uno, las que les son de aplicación cuando se trata de la adjudicación de contratos no sometidos a regulación armonizada y, dos, las que les son de aplicación cuando adjudican contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que lo primero que tendremos que hacer es delimitar o identificar qué contratos se encuentran sujetos a esa regulación.

II. CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA.

Es el artículo 13 de la LCSP el que se ocupa de esta cuestión, incluyendo en esta categoría de contratos sometidos a regulación armonizada los siguientes:

a) Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, sea cual sea su valor -arts. 13.1 y 11 LCSP-.

b) Los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior 5.278.000 euros -arts. 13.1 y 14 LCSP-.

c) Los contratos de concesión de obras públicas cuyo valor estimado sea igual o superior 5.278.000 euros -arts. 13.1 y 14 LCSP-.

d) Los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a -arts. 13.1 y 15 LCSP-:

- 137.000 euros, cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

- 211.000 euros, en los restantes casos.

e) Los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II de la LCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades -arts. 13.1 y 16 LCSP-:

- 137.000 euros, cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

- 211.000 euros, cuando se trate de contratos adjudicados por entes, organismos o entidades del sector público distintos de los anteriores.

- 211.000 euros, sea quien sea el poder adjudicador, cuando se trate de contratos de la categoría 5 consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de la categoría 8, según se definen estas categorías en el Anexo II.

f) Los contratos de obras y de servicios subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las

categorías siguientes -arts. 13.1 y 17 LCSP-:

- Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.278.000 euros.

- Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 211.000 euros.

III. NORMAS APLICABLES EN LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA

Normas de carácter general.

En este grupo de normas podemos destacar las siguientes:

a) La prohibición de celebrar contratos que no sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales -art. 22 LCSP-.

b) La prohibición de contratar verbalmente, salvo caso de emergencia -art. 28 LCSP-.

c) El deber de determinar con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación -art. 22 LCSP-.

d) La posibilidad de acudir al arbitraje para la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos -art. 39 LCSP-.

e) La posibilidad de exigir una garantía a los licitadores, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del contrato, o al adjudicatario, para

asegurar la correcta ejecución de la prestación -art. 92 LCSP-.

f) El sometimiento al orden jurisdiccional civil para la resolución de cualquier controversia que surja entre las partes, tanto si están relacionadas con la preparación, y adjudicación del contrato, como si se refiere a sus efectos, cumplimiento o extinción -art. 21.2 LCSP-.

Contenido de los contratos.

Sobre el contenido de los contratos se predica la libertad de pactos, con la única limitación de que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración -art. 25 LCSP-. Aunque también se prohíbe incluir en los contratos estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos-art. 26.2 LCSP-.

En cuanto al contenido mínimo de los contratos, éstos deben incluir al menos las siguientes menciones (salvo que se recojan en los pliegos) -art. 26.1 LCSP-:

- Identificación de las partes y acreditación de la capacidad de los firmantes.
- Definición del objeto del contrato y referencia a la legislación aplicable.
- Enumeración de los documentos que integran el contrato.
- Precio cierto, o el modo de determinarlo, las condiciones de pago y el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará.
- Duración del contrato y de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas, así como los supuestos en que procede la resolución.
- Condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones.
- Extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al contratista.

Requisitos que debe cumplir el contratista.

Sólo podrán contratar con las asociaciones de municipios las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que -art. 43 LCSP-:

- tengan plena capacidad de obrar,

- no estén incurso en una prohibición de contratar,
- acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional y
- cuenten con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate -art. 61 LCSP-.

Las circunstancias que determinan la incursión en una prohibición de contratar con el sector público se detallan en el art. 49.1 LCSP y la prueba de no estar incurso en ninguna de ellas podrá realizarse por los empresarios mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos, y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado -art. 62 LCSP-.

La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación, pudiendo las asociaciones de entidades locales admitir cualquier medio de prueba -art. 63 LCSP-.

El perfil de contratante.

Mención especial merece la obligación de difundir, a través de Internet, el perfil de contratante -art. 42 LCSP-.

Esta figura tiene como finalidad la de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a la actividad contractual de la entidad del sector público de que se trate, y no le exime de la utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por esta Ley.

En el perfil de contratante deberá publicarse, en todo caso, la adjudicación provisional de los contratos, así como las instrucciones que regulen los procedimientos de contratación y los acuerdos marco que celebre, a que se refieren los artículos 175, 176 y 181 LCSP y a los que nos referiremos más adelante.

También podrá incluir cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación, tales como:

- los anuncios de información previa contemplados en el artículo 125,
- las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas,
- las contrataciones programadas, los contratos adjudicados y los procedimientos anulados,
- los puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación y
- cualquier otra información útil de tipo general.

El sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo.

La forma de acceso al perfil de contratante deberá especificarse en las páginas Web institucionales que mantenga la asociación de entidades locales de que se trate.

Adjudicación de los contratos.

Las asociaciones de entidades locales deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación -art. 176.1 LCSP-.

Estas asociaciones deben aprobar instrucciones internas en materia de contratación en las que se dispondrá lo necesario para asegurar la efectividad de los principios citados en el párrafo anterior y que la adjudicación de los contratos se efectúe siempre a la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en

participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas y publicarse en el perfil de contratante de la entidad -art. 176.3 LCSP-.

También estas normas son el instrumento para establecer sistemas de racionalización de la contratación a los que nos referiremos más adelante.

Además, para la adjudicación de contratos de cuantía superior a 50.000 euros, deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario. Estos pliegos serán parte integrante del contrato -art. 121.2 LCSP-.

Los pliegos, para el caso de contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, deberán contener la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, salvo que esta se facilite a los licitadores como información complementaria -art. 104 LCSP-.

Por último, el apartado 2 de este artículo 176 impone a las asociaciones de entidades locales la obligación de adjudicar los contratos a la oferta económicamente más ventajosa.

Salvo en los casos en los que el único criterio de adjudicación a considerar sea el precio, en cuyo caso la oferta económicamente más ventajosa será la del precio más bajo -art. 135 LCSP-, la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se realizará conforme a los criterios previamente establecidos por el órgano de contratación y que deben figurar tanto en el anuncio de licitación como en los pliegos -art. 134 LCSP-.

Tales criterios deberán estar directamente vinculados al objeto del contrato, pudiéndose utilizar, entre otros, la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del

servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes –art. 134 LCSP-.

IV. NORMAS APLICABLES EN LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA.

Además de las normas citadas en el apartado anterior, cuando las asociaciones de entidades locales adjudiquen contratos sujetos a regulación armonizada, estarán sujetas también a las que citamos a continuación.

Normas de carácter general.

En este grupo de normas podemos destacar las siguientes:

a) La perfección del contrato se produce con la adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella -art. 27 LCSP-.

b) La invalidez del contrato se produce tanto por la ilegalidad de su clausulado como por la invalidez de alguno de sus actos preparatorios o los de adjudicación provisional o definitiva -arts. 31 y ss LCSP-.

c) La resolución de las controversias que surjan entre las partes en relación los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos corresponderá al orden jurisdiccional civil -art. 21.2 LCSP-. Sin embargo, será la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para resolver las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos -art. 21.1 LCSP-.

Pliegos de prescripciones técnicas.

Tanto en la adjudicación de los contratos sometidos a regulación armonizada como en la de los contratos de suministro comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP de cuantía igual o superior a 211.000 euros, para la definición y establecimiento de las prescripciones

técnicas, las asociaciones de entidades locales deberán observar las siguientes reglas -arts. 121 y 101 LCSP:

a) Se tendrán en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, salvo que se justifique la imposibilidad de ello.

b) Siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, se tendrán en cuenta criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4 de la Ley 16/2002, de 1 de julio.

c) Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia, y podrán definirse de alguna de las siguientes formas:

- Haciendo referencia a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención «o equivalente».

- En términos de rendimiento o de exigencias funcionales. En este caso, los parámetros empleados deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación.

d) Las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento

concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. No obstante, podrá hacerse tal mención o referencia cuando lo justifique el objeto del contrato o, excepcionalmente, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato, aunque deberá ir acompañada de la mención "o equivalente".

Adjudicación de los contratos.

Las asociaciones de entidades locales, en la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada, deberán sujetarse a las mismas normas que las Administraciones públicas, es decir, las contenidas en el Capítulo I del Título I del Libro III de la LCSP (dedicado a regular los procedimientos de contratación -abierto, restringido, negociado y diálogo competitivo-, su publicidad, la forma y plazos de presentación de las ofertas, los criterios de valoración de las ofertas, las obligaciones de información sobre el resultado del procedimiento y la adjudicación y formalización de los contratos) aunque con las adaptaciones que referimos a continuación – art. 174. LCSP-.

Estas adaptaciones consisten en la exclusión de aplicación preceptiva de las normas de la LCSP siguientes:

- a) El artículo 134.2, relativo a la constitución de un comité de expertos para realizar la evaluación de las ofertas, cuando la cuantificación de los criterios utilizados para ello dependa de un juicio de valor.
- b) El artículo 136.1 y 2, en lo referente a los criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas.
- c) El artículo 140, sobre formalización de los contratos. Es decir, no será necesario que los contratos se formalicen en documento administrativo o escritura pública, como tampoco la falta de formalización será condición para que pueda iniciarse la ejecución del contrato ni tampoco causa de resolución del mismo.
- d) El artículo 144, sobre procedimiento a seguir para el examen de proposiciones y propuesta de adjudicación (calificación previa de la

documentación, apertura en acto público de las ofertas económicas...)

Las adaptaciones también afectan a la publicidad de la convocatoria de las licitaciones y adjudicaciones de los contratos. Así, se entenderá satisfecho el principio de publicidad con la publicación efectuada en el Diario Oficial de la Unión Europea y la inserción de la correspondiente información en la plataforma electrónica que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del sector público, sin perjuicio de que voluntariamente puedan utilizarse medios adicionales de publicidad. Por tanto, no será necesario insertar anuncios en los Boletines Oficiales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Provincias, exigidos para las Administraciones públicas en los artículos 126.1 y 138.2 LCSP.

Sistemas para la racionalización de la contratación.

Las asociaciones de municipios, como entidades integrantes del sector público sin el carácter de Administración pública, pueden establecer sistemas para la racionalización de la contratación que, en el caso de que sean para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, deberán ajustarse a las disposiciones del Título II del Libro III de la Ley que venimos comentando -art. 179 LCSP-.

Estos sistemas, que han de establecerse en las instrucciones de contratación, son los siguientes –arts. 180 a 185 LCSP-:

- a) Los acuerdos marco, a suscribir con uno o varios empresarios (mínimo tres) para fijar las condiciones a las que se ajustarán los contratos que pretenda adjudicar durante un periodo determinado. Para la celebración de estos acuerdos se seguirán las normas de procedimiento para la preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas, contenidas en el Libro II y en el Capítulo I, Título I del Libro III de la LCSP.
- b) Los sistemas dinámicos de contratación, para obras, servicios y suministros de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan

las necesidades del órgano de contratación. El sistema se desarrollará de acuerdo con las normas del procedimiento abierto y, tanto su desarrollo como la adjudicación de los contratos, se llevará a cabo exclusivamente, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

La duración tanto de los acuerdos marco como de los sistemas dinámicos no podrán exceder de cuatro años, salvo casos excepcionales debidamente justificados, y en ningún caso puede acudir a estos instrumentos de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada –arts. 180 y 183-.

Para cerrar este apartado, conviene advertir que la LCSP prevé un tercer sistema de racionalización de la contratación: las centrales de contratación, que pueden actuar adquiriendo suministros y servicios para otros órganos de contratación, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos. Sin embargo, sólo el Estado, las Comunidades Autónomas y las Diputaciones Provinciales están autorizadas para crear centrales de contratación, aunque las asociaciones de entidades locales, como entidades integrantes del sector público, podrán adherirse a los sistemas de contratación centralizada establecidos por dichas Administraciones Públicas –arts. 187 a 189 LCSP-.

Gonzalo Brun Brun