

# LA ACTIVIDAD CONVENCIONAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (II).

## TEMA 2.2: LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (II)

**I.- Sujetos del contrato administrativo. II.- Clases de expediente. III.- Procedimientos de adjudicación:** A) Consideraciones generales. B) Análisis sumario de los procedimientos de adjudicación en sentido amplio: 1. Procedimiento abierto. 2. Procedimiento restringido. 3. Procedimientos con negociación. 4. Proceso de diálogo competitivo. 5. La “asociación para la innovación”. 6. Los concursos de proyectos. 7. Los Acuerdos Marco. 8. Sistemas dinámicos de adquisición. 9. Contratación a través de “centrales de contratación”. 10. Subasta electrónica. **IV.- Sistemas de valoración de las ofertas:** A) Consideraciones generales. B) El sistema de criterio único basado en los costes. C) El sistema de una pluralidad de criterios. D) El sistema de adjudicación directa, sin criterios, previsto para los contratos menores. **V.- Prerrogativas de la Administración:** A) Consideraciones generales. B) La prerrogativa general de que todas las decisiones administrativas están cubiertas por la denominada autotutela declarativa (o autotutela de ejecución) y por la autotutela ejecutiva (o autotutela de ejecución de los actos administrativos por la propia administración). C) Las prerrogativas específicas del artículo 190 de la Ley 9/2017 (salvo la modificación unilateral del contrato que veremos en otro apartado). D) La asunción de la explotación en los supuestos en que se produzca el secuestro o intervención temporal de la concesión. E) Establecer las tarifas máximas a percibir por el contratista en los contratos de concesión de obras y de servicios. F) La dirección facultativa de las obras en el contrato de obra. G) El ejercicio de las funciones de policía. H) La imposición de penalidades por incumplimientos del contratista. I) El ius variandi o poder de modificación unilateral del objeto del contrato por la administración. **VI. Garantías del contratista:** A) Compensación por el ejercicio del ius variandi (modificación unilateral del contrato). B) Indemnización por fuerza mayor. C) La revisión de precios por las alteraciones ordinarias de los mismos. D) Compensaciones y otras previsiones por otras incidencias distintas del ius variandi, de la fuerza mayor y de las fluctuaciones ordinarias de precios sujetas a revisión.

### **I.- SUJETOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

#### **A) La Administración contratante y el órgano de contratación.**

La Administración contratante ha de ser una de las entidades que tenga la consideración de Administración pública a los efectos de la legislación contractual (art. 3.2 de la Ley, como ya hemos expuesto atrás).

Los órganos de contratación en la AGE son los Ministros y Secretarios de Estado. En la Administración Institucional instrumental de la AGE, son los Presidentes o Directores de la misma, según sus normas estatutarias. Y, en la Seguridad Social, los Directores Generales de sus entidades gestoras y servicios comunes (art. 323). Ahora bien, se exige autorización del Consejo de Ministros, cuando se llegue a determinadas cuantías o supuestos fijados en la Ley (art. 324).

En la Administración Local, son competentes el Alcalde o Presidente de la corporación (DA 2ª, punto 1), hasta determinado límite (actualmente, el importe del contrato no supere el 10% del presupuesto de la entidad ni 6 millones de euros, IVA incluido, y que, en los contratos plurianuales, no excedan de cuatro años o no se supere acumulativamente aquellas cuantías) y, por encima de ese límite, el Pleno (DA 2ª, punto 2). En los municipios de las grandes poblaciones, el órgano de contratación es, en cualquier caso, la Junta de Gobierno Local (DA 2ª, punto 4).

Y, en la Administración de las Comunicaciones Autónomas, habrá que estar a sus Ordenamientos respectivos, pero la regla general es que sea el Consejero correspondiente, con exigencia de autorización del Consejo de Gobierno, cuando se alcancen determinados límites fijados en su legislación.

Ahora bien, si se ha centralizado la contratación, como es posible en los contratos de obras, servicios y suministros, para racionalizar la contratación y economizar los costes, el órgano de contratación será el órgano de contratación centralizada existente en las Administraciones citadas (llamado ordinariamente Junta de Contratación, arts. 323, puntos 1y 4, y DA 2ª, punto 5).

#### **B) El contratista.**

Puede ser una persona física o jurídica, nacional o extranjera (en este caso con los límites que veremos); siempre que tenga plena capacidad de obrar; no esté incurso en prohibiciones de contratar o incompatibilidades contempladas en la ley; acredite tanto su solvencia económica y financiera como su solvencia técnica o profesional; y esté debidamente clasificada e inscrita en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, cuando así se exija (art. 65.1).

Deberá contar, asimismo, con la **habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible** para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato (art. 65.2).

Y, cuando, por así determinarlo la normativa aplicable, se le requieran **determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros** para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, el contratista deberá acreditarlos al concurrir en el mismo (art. 65.1, segundo párrafo).

Se admite la posibilidad de que el contratista sea una **Unión Temporal de Empresas (UTE)**, siempre y cuando con ello no se genere colusión entre empresas (art. 69.1). Los empresarios unidos quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa (art. 69.3). Si bien cada uno de los empresarios que la integren deben cumplir individualmente los requisitos generales para contratar, por el contrario, en los relativos a la clasificación, su satisfacción se exige de forma conjunta (o sea, que, para valorarla, se atenderá a las características acumuladas de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones –art. 69.5).

En el caso de **contratistas extranjeros**, si pertenecen a un **Estado de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo**, no existen más limitaciones que las derivadas de la legislación de su Estado en cuanto a los requisitos de la capacidad de obrar y de la acreditación del cumplimiento de los mismos (art. 67.2).

Por el contrario, **si procede de un Estado distinto de los anteriores** (art. 68), se exige que ello esté contemplado en los correspondientes acuerdos internacionales o exista reciprocidad en dicho Estado en la admisión de empresas españolas, que deberá ser debidamente acreditada. Lo anterior no será necesario, no obstante, si se trata de contratos sujetos a regulación armonizada (que alcancen las cuantías determinantes de ello y no estén excluidos de ello y los contratos subvencionados a los que se refieren las Directivas europeas) y se trata de un Estado signatario del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio. En el caso específico de los contratos de obra, se podrá exigir por el pliego de cláusulas, adicionalmente, que la empresa extranjera esté inscrita en el Registro mercantil español y cuente una sucursal abierta en España, con sus respectivos apoderados (art. 68.2).

En cuanto a la **capacidad de obrar**, se exige tanto la requerida en el Código Civil, para las **personas físicas**, como la prevista por el Derecho Mercantil para los empresarios. Y estos últimos deberán estar inscritos en el Registro Mercantil.

Si se trata de **personas jurídicas**, se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acta 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 (art. 84.1).

En el caso de los **empresarios extranjeros nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo** se acreditará por su inscripción en el registro procedente de acuerdo con la legislación del Estado donde están establecidos, o mediante la presentación de una declaración jurada o un certificado, en los términos que se establezcan reglamentariamente (art. 84.2)

Los demás empresarios extranjeros deberán acreditar su capacidad de obrar con informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa (art.84.3).

Por cuanto se refiere a las **prohibiciones para contratar**, hay que estar a lo dispuesto en el art. 71 de la Ley. Distingue entre:

- unas generales (las del punto 1: no hallarse al corriente de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social; haber sido sancionadas con infracción grave en materia de disciplina de mercado; haber sido objeto de sanción administrativa firme en materia de subvenciones o en materia tributaria que conlleven la prohibición de contratar con la Administración, etc.) y
- otras más específicas (las del punto 2: haberse resuelto anteriormente un contrato con tal contratista, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables; haber retirado indebidamente su oferta; haber dejado de formalizar el contrato que se le ha adjudicado, etc.).

Las **condiciones especiales de compatibilidad** están reguladas en el art. 70 de la Ley (que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia; que el adjudicatario de un contrato para el control de la ejecución de otros no recaiga en el adjudicatario del contrato controlado).

**La solvencia económica y financiera** se acredita mediante los documentos justificativos de que la correspondiente empresa puede atender a las necesidades económicas y financieras de la ejecución del contrato. Y **la solvencia técnica o profesional** se demuestra mediante los documentos relativos a los

medios materiales y humanos con que cuenta dicho empresario para poder ejecutar el contrato.

Dispone la Ley que **deberán constar, en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en el pliego del contrato**, los requisitos mínimos de solvencia exigida y la documentación requerida para acreditarla, **con obligación de estar vinculados al objeto contractual y ser proporcionales** al mismo (arts. 74.2 y 92). Si no se concretaren en los pliegos, serán de aplicación los establecidos en los arts. 87 a 90, que actuarán igualmente con carácter supletorio respecto de los recogidos en los pliegos (art. 92). Y reglamentariamente podrá eximirse la exigencia de acreditación de las citadas solvencias para los contratos cuyo importe no supere un determinado umbral (art. 92, último párrafo).

En todo caso, **la clasificación** del empresario en un determinado grupo o subgrupo se tendrá por **prueba bastante de su solvencia** para los contratos de dicho grupo o subgrupo (arts. 74.1 y 92, párrafo 2º).

**La clasificación** sólo se exige para determinados contratos de obras indicados en la misma (art. 77.1.a). No se exige para el resto de contratos (art. 77.1, letras b y c). Pero se podrá utilizar voluntariamente en los contratos de servicios para acreditar la solvencia (art. 77.1.b, segundo párrafo).

Consiste en un **reconocimiento previo por un órgano administrativo especializado en ello** (la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o los correspondientes órganos de clasificación de las Comunidades Autónomas, en este último caso, para la contratación en el ámbito de éstas –art. 80, puntos 1 y 2-) **de que los respectivos empresarios que la han solicitado poseen ya una solvencia económica y técnica suficiente para ejecutar** los citados contratos, según grupos, subgrupos (que atiende a la naturaleza de éstos) y categorías (que atiende a la cuantía) de los mismos (art. 79.1). Y, como se prohíbe la obtención de clasificaciones simultáneas distintas del Estado y de las distintas Comunidades Autónomas, cuando se solicite una se tienen que aportar las clasificaciones que tienen vigentes hasta la fecha (art. 80.2, segundo párrafo).

Además, los empresarios clasificados y sus prohibiciones de contratar estarán **inscritos en el Registro oficial de licitadores y empresas clasificadas del sector público**, dependiente de la citada Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, o en el registro paralelo creado en el ámbito de las distintas Comunidades Autónomas, en cuyo caso, serán comunicadas estas últimas inscripciones al Registro estatal citado (art. 81).

Tal clasificación e inscripción registral no se exige a los empresarios extranjeros miembros de Estados pertenecientes a Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, pues para éstos bastará acreditar la respectiva solvencia económica y técnica (art. 78.1).

## **II.- CLASES DE EXPEDIENTE**

### **A) Expediente ordinario (art. 116 y ss.).**

#### **B) Expediente de tramitación urgente (art. 119).**

1. Supuestos: que se trate de contratos que
  - su celebración responda a una **necesidad inaplazable**
  - o cuya adjudicación sea preciso acelerar por **razones de interés público**.
2. Deberá contener el expediente la **declaración de urgencia** hecha por el órgano de contratación, debidamente **motivada**.
3. Se establecen las especialidades procedimentales sobre las del expediente ordinario siguientes:
  - a) Los plazos para la licitación, adjudicación y formalización del contrato se reducirán a la mitad, salvo el plazo de 15 días hábiles establecido como período de espera antes de la formalización del contrato.  
No obstante, se establecen matizaciones respecto de algunos plazos, cuando se trate de procedimientos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada.
  - b) Gozarán de preferencia, para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación, estos expedientes, disponiendo tales órganos de un plazo de 5 días para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes; aunque podrá ser ampliado a 10, en los supuestos indicados por la Ley.
  - c) El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a 1 mes, contados desde la formalización.

#### **C) Expediente de tramitación de emergencia (art. 120).**

1. Supuestos: cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de
  - acontecimientos **catastróficos**,
  - situaciones que supongan **grave peligro**
  - o de necesidades que afecten a la **defensa nacional**.

2. No hay obligación de tramitar expediente administrativo y de sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente, para
- ordenar la ejecución de lo necesario con el fin de remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida,
  - o contratar libremente su objeto, en todo o en parte.
- En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente**, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la LGP.
3. El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a 1 mes, contado desde la adopción del acuerdo que ordena la ejecución o la contratación. Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.
4. Si el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado a justificar, transcurrido 1 mes desde los acuerdos, se rendirá la cuenta justificativa del libramiento que, en su caso, se hubiese efectuado, con reintegro de los fondos no invertidos.
5. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria.
6. Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado o su Administración Institucional, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de 30 días.

#### **IV.- PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN**

##### **A) CONSIDERACIONES GENERALES.**

La legislación contractual pública ha venido hablando de procedimientos de adjudicación, por un lado y de criterios de valoración de las ofertas (o criterios de adjudicación, en terminología de la presente Ley), por otro. Y, aunque como veremos, aparecen entrelazados en su regulación, los procedimientos aluden a tipos de *series ordenadas de trámites* establecidos para la adjudicación de un contrato o a *trámites especiales* introducidos en dichas series, mientras que los criterios se refieren a los *elementos tomados como base para la decisión* de adjudicación.

Los **procedimientos de adjudicación** calificados como tales son los siguientes: procedimiento abierto (art. 156 y ss.); procedimiento restringido (art. 160 y ss.); procedimientos con negociación (art. 166 y ss.); procedimiento de diálogo competitivo (art. 172 y ss.); “asociación para la innovación” (art. 177 y ss.); y concurso de proyectos (art. 183 y ss.).

Pero cabe añadir a los anteriores lo que la Ley denomina “sistemas de racionalización de la contratación”, que incluyen los acuerdos marco (art. 219 y ss.); los sistemas dinámicos de adquisición (art. 223 y ss.); y las centrales de contratación (art. 227 y ss.).

Como también cabe considerarse aquí el trámite especial regulado dentro de las normas generales de los procedimientos de adjudicación denominado “subasta electrónica” (art. 143).

Y, por lo que se refiere a los **criterios de adjudicación**, prevé la Ley: 1) la adjudicación según un único criterio basado en un precio (antigua subasta, art. 146.1); 2) la adjudicación conforme a varios criterios (antiguo concurso, art. 146.2); y 3) la adjudicación directa completamente, en el caso de los denominados contratos menores (art. 131.3).

##### **B) ANÁLISIS SUMARIO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN SENTIDO AMPLIO.**

###### **1. Procedimiento abierto.**

a) Es aquel en el que **cualquier empresario puede presentar solicitud y oferta**, quedando **prohibidas las negociaciones** de la Administración contratante con los licitadores (art. 156.1)

b) Después puede adjudicarse según el **sistema de criterio único** (con referencia al criterio del precio o el criterio del menor coste del ciclo de vida, arts. 158.1 y 158.2) **o conforme a varios criterios** (art. 158.2).

c) Se ha incorporado la **variedad “procedimiento abierto simplificado”** (art. 159), que, según la Exposición de Motivos de la Ley (Epígrafe IV, párrafo 36), “nace con la vocación de convertirse en un **procedimiento muy ágil** que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera **adjudicado en el plazo de 1 mes desde que se convocó la licitación**” y sus **trámites se simplifican** al máximo, de tal modo que, por ejemplo, se presentará la documentación en un solo sobre. Pero sólo opera para contratos

-con **cuantías bajas** marcadas en la Ley (igual o inferior 2 millones de euros en contrato de obra y 100.000 € en contrato de servicios)

-y que entre los **criterios de adjudicación previstos en el pliego no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no supere determinado porcentaje** (o sea con escasa discrecionalidad en la adjudicación, como destaca S. MUÑOZ MACHADO –p. 138-).

## **2. Procedimiento restringido.**

a) Es aquel en el cual **sólo van a poder presentar ofertas los empresarios previamente seleccionados** por la Administración **según CRITERIOS DE SELECCIÓN PREVIOS para esa fase inicial**. También está **prohibida la negociación** de la Administración contratante con los licitadores. Incluye dos fases:

### **α) Fase de selección previa.**

-En el pliego de cláusulas se introducen **CRITERIOS DE SOLVENCIA TÉCNICA Y ECONÓMICA**, con indicación del número mínimo y máximo de empresas a seleccionar en la 1ª fase.

-En el Anuncio de licitación (o Convocatoria) se indicará la aplicación de este procedimiento y los criterios de selección

-Se presentarán solicitudes de participación por los interesados con la correspondiente documentación administrativa, incluida la acreditativa de la solvencia técnica y económica.

-Se seleccionarán, conforme a los mencionados criterios, las empresas que podrán presentar ofertas en la 2ª fase.

### **β) Segunda Fase.**

-Presentación de ofertas sólo por las empresas seleccionadas en la 1ª fase.

b) **La adjudicación** se llevará a cabo del mismo modo que en el procedimiento abierto (art. 165); por tanto: según el **sistema de criterio único** (con referencia al criterio del precio o el criterio del menor coste del ciclo de vida) **o conforme a varios criterios**.

c) **Es especialmente adecuado** cuando se trata de **servicios intelectuales de especial complejidad**, como es el caso de algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería (indica el art. 160.4).

## **3. Procedimientos con negociación.**

a) Es aquel en el que se permite negociar (art. 169.5, párrafo 2º) sobre **los aspectos económicos y técnicos in genere determinados en el pliego** de cláusulas administrativas para ello (art. 166.2) y sobre **las ofertas iniciales y todas las posteriores presentadas sobre ellos, pero no sobre las definitivas** (art. 169.5, párrafo 1º), ni sobre los **criterios de adjudicación previos** (art. 169.5, párrafo 2º) que han de constar en el pliego de cláusulas administrativas (art. 166.2) para valor la propuesta de adjudicación (art. 169.8).

b) **Tan sólo es aplicable en los casos tasados de los arts. 167** (p.ej., que ya haya habido licitación anterior con otros procedimientos en los que sólo se hubiesen presentado ofertas irregulares o inaceptables o cuando la prestación requiera un proyecto o soluciones innovadoras) **y 168 de la Ley**.

c) **Las fases del procedimiento son** las siguientes:

1. Determinación de los aspectos técnicos y económicos, que se establecerán en el pliego de cláusulas, con los criterios de adjudicación y los aspectos negociables.

2. Presentación de ofertas. Admite las siguientes variantes:

-**Negociado con publicidad previa**. Contempla utilizar la **SELECCIÓN PREVIA PROPIA DEL PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO** (art. 169.2, primer inciso).

-**Negociado sin publicidad previa**. La Administración **INVITARÁ A AQUELLOS EMPRESARIOS QUE PUEDEN PRESENTAR OFERTAS, CON UN MÍNIMO DE TRES, SI ES POSIBLE** (art. 169.2, segundo inciso). Sólo cabe en supuestos del art. 168 (p. ej. cuando no exista competencia por razones técnicas o cuando el contrato haya sido declarado secreto reservado).

-**Posibilidad de reducción progresiva de ofertas a negociar**, por aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el Pliego de Cláusulas o en el Anuncio de licitación y haya indicado que va a hacer uso de tal posibilidad (art. 169.3).

3. **Negociación con los que han presentado ofertas, en los aspectos económicos y técnicos previstos en el pliego**, salvo sobre las ofertas definitivas presentadas tras la conclusión de las negociaciones.

#### 4. Adjudicación a una oferta

##### a) con expresión de (art. 169.6)

-la CONSTANCIA de las invitaciones cursadas y las ofertas presentadas.

-las RAZONES de la aceptación o rechazo.

-las VENTAJAS OBTENIDAS en la negociación.

##### b) **concretará y fijará los términos definitivos** del contrato (art. 150.3).

#### 4. Proceso de diálogo competitivo.

A) Es aquel procedimiento **restringido** (por ello incluye selección previa), en el que **cabe negociación sobre los medios adecuados existentes en el mercado para satisfacer las necesidades de la Administración contratante**, pero con adjudicación basada en ofertas finales formuladas sobre dicha negociación y fundamentada en varios criterios fijados de antemano. Se diferencia del

-procedimiento abierto, porque es restringido

-procedimiento restringido en sentido estricto, porque es negociado

-procedimiento negociado, porque la negociación versa no tanto sobre **aspectos económicos y técnicos in genere determinados en el pliego** de cláusulas administrativas, como en éste, sino sobre algo más concreto de esos aspectos: **los medios adecuados para satisfacer las necesidades de la Administración contratante**.

-procedimiento de asociación para la innovación, porque los medios adecuados para satisfacer las necesidades de la Administración contratante **existen en el mercado y en este último no**.

#### B) Podemos destacar 3 fases:

##### a) Selección previa.

-Previsión de criterios de selección previa, sobre solvencia técnica y económica, en el anuncio de licitación o en un documento descriptivo.

-Selección previa, conforme a los criterios indicados, de los que **presenten solicitudes** e invitación a los seleccionados para entablar el diálogo competitivo.

b) **Negociación (diálogo) con los seleccionados previamente sobre los medios adecuados para satisfacer las necesidades** de la Administración contratante existentes en el mercado.

-En dicha negociación **podrán debatirse todos los aspectos del contrato** (art. 175.1), salvo los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo (art. 176.2) orientados a la obtención de la **mejor solución técnica** o la **reducción del plazo** de ejecución (art. 145.3.b al que se remite el citado art. 176.2).

-Se contempla la **posibilidad de reducción progresiva de soluciones** a examinar en la fase final, siempre y cuando el número de soluciones sea lo suficientemente amplio para garantizar la competencia efectiva (art. 175.3).

-Se prevé un momento de **declaración de cierre del diálogo**, con información a todos los participantes de ello e **invitación sólo a los que hayan presentado las mejores soluciones para la presentación de las ofertas finales**, basadas en su solución o soluciones viables especificadas durante la fase de diálogo, con indicación de una fecha límite para ello (art. 175.5).

##### c) Adjudicación.

-Presentarán sus **ofertas finales** los contratistas invitados antes de la fecha límite anunciada. Y se prevé la **posibilidad de solicitud de precisiones o aclaraciones** sobre las ofertas presentadas **e incluso ajustes** en las mismas, por el órgano de contratación a los licitadores.

-Se **seleccionará** por la mesa de contratación **a la oferta que presente la mejor relación calidad-precio**, con arreglo a los criterios de adjudicación (art. 176.2) citados.

-Todavía se contempla una **última negociación con la oferta seleccionada** con el fin de **confirmar compromisos financieros u otras condiciones contenidas en tal oferta**, sin modificar los elementos sustanciales de la misma **y ultimar así las condiciones del contrato** (art. 176.3).

-Elevada la propuesta por la mesa de la oferta seleccionada, **con la citada ultimación** de las condiciones del contrato, el órgano de contratación efectuará la **adjudicación** (art. 176.4)

C) Los supuestos para los que se prevé este procedimiento son **los del art. 167** de la Ley (así lo indica el art. 172.3), es decir los **mismos del procedimiento negociado con publicidad** (así, como ya hemos dicho, cuando la prestación requiera un proyecto o soluciones innovadoras, pero también cuando ya haya habido licitación anterior con otros procedimientos en los que sólo se hubiesen presentado ofertas irregulares o inaceptables). J.M. GIMENO FELIÚ ha puesto como ejemplo la contratación de **redes informáticas de gran tamaño**, en los cuales el sujeto contratante sabe cuáles son sus necesidades, pero, a menudo, no conoce realmente cuál es la mejor solución técnica para satisfacerlas.

D) Se contempla la posible introducción de **primas o compensaciones** para todos o algunos de los que participen en el diálogo (art. 173.1), con el fin de fomentar la participación en el procedimiento licitatorio.

#### 5. La “asociación para la innovación” (art. 177 y ss.).

A) Es aquel procedimiento **restringido** (por ello incluye selección previa), en el que **cabe negociación sobre los medios adecuados para satisfacer las necesidades de la Administración contratante** que **no existen en el mercado** (en este se diferencia del diálogo competitivo) y por eso **exige la investigación y desarrollo de los mismos**, antes de que puedan ser adquiridos, **con la eventualidad de que finalmente no se adquieran** por la Administración contratante, porque

- no se hayan alcanzado los **niveles de rendimiento** establecidos
- o **se superen los costes máximos** previstos.

Por eso dice la Ley (art. 177.1) que es un **procedimiento que tiene como finalidad**

- a) **(la investigación y) el desarrollo (por el contratista) de productos**, servicios u obras **innovadores** (a la investigación previa al desarrollo se refiere el art. 177.3.a) y
- b) **la compra ulterior** (al contratista) **de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan**
  - a los **niveles de rendimiento** y
  - a los **costes máximos**

**acordados** entre los poderes adjudicadores y los participantes.

#### B) Incluye dos macro-fases:

a) La primera macro-fase **culmina con la adjudicación a la mejor o mejores ofertas de proyectos de investigación y desarrollo para el hallazgo de los medios** no existentes en el mercado encaminados a satisfacer las necesidades de la Administración contratante.

b) La segunda macro-fase **comienza con la ejecución de los proyectos** de investigación y desarrollo de las ofertas que lograron la adjudicación en la primera gran macro-fase **y puede culminar**

- con la adquisición** por la Administración contratante **del nuevo medio** buscado para la satisfacción de sus necesidades
- o **no**, en el caso de que
  - no se hayan alcanzado los **niveles de rendimiento** establecidos
  - o **se superen los costes máximos** previstos.

#### C) Etapas de la primera macro-fase (encaminada a la adjudicación a la mejor o mejores ofertas de proyectos de investigación y desarrollo):

##### a) Primera etapa: Selección previa

- Cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación, proporcionando la información solicitada por el poder adjudicador para la selección cualitativa (art. 178.1).
- Se seleccionará una parte de ellos con criterios relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como de la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras (art. 178.3, párrafo 1º), pudiendo limitarse el número de los seleccionados en esta fase, con un número mínimo de tres (art. 178.3, párrafo 3º).

##### b) Segunda etapa: Negociación

- Solo podrán participar en el procedimiento los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación de la información facilitada (art. 178.3, párrafo 2º).
- Los licitadores invitados presentarán sus **ofertas consistentes en proyectos de investigación e innovación** destinados a responder a las necesidades señaladas por el poder adjudicador que no puedan satisfacerse con las soluciones existentes (art. 179.1)
- El poder adjudicador **negociará con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores** presentadas por éstos, **excepto la oferta definitiva**, con el fin de mejorar su contenido (art. 179.3, que dice que, salvo que se disponga otra cosa).
- No se podrán negociar los criterios de adjudicación ni los requisitos mínimos** (art. 179.3, párrafo 2º).
- Cabe la **posibilidad de reducción progresiva del número de ofertas** a evaluar en la etapa final, siempre y cuando esté expresamente previsto en el pliego de cláusulas y en el anuncio de licitación y se realizará con arreglo a los criterios establecidos allí para ello (art. 179.4).

##### c) Tercera etapa: Adjudicación a las ofertas de proyectos de I+D.

- Se presentarán las ofertas definitivas (así se colige del art. 179.3, párrafo 1º), consistente en proyectos de investigación e innovación citados (art. art- 179.1).

-Los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al **criterio de la mejor relación calidad-precio**, según lo dispuesto en el art. 145.2 (art. 179.2, que se remite a este último), **donde se menciona la pluralidad de criterios** (que incluyen aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate, como los que allí se describen: valor técnico; características estéticas y funcionales; servicio postventa, asistencia técnica y proceso de entrega; plazo de entrega o plazo de ejecución, entre otros).

-**Se podrá realizar a uno o varios licitadores y sus correspondientes proyectos de I+D** la adjudicación (así se deriva del art. 177.2 de la Ley y del art. 31.1, tercer párrafo, de la Directiva 2014/24).

**D) Etapas de la segunda macro-fase** (la que comienza con la ejecución de los proyectos de investigación y desarrollo y puede culminar con la adquisición o no por la Administración contratante del nuevo medio buscado). Puede incluir tres etapas, según se alcancen los objetivos intermedios y finales o no, con posibilidad de que la segunda etapa se subdivida en dos (como explico en mi trabajo publicado en la REDA 181 de 2016, ps. 280-282):

a) **Etapas de investigación** encaminada a la búsqueda y hallazgo de la solución innovadora, en despliegue del proyecto o proyectos de I+D cuya oferta o cuyas ofertas han sido adjudicada.

b) **Etapas de desarrollo**, consistente en la configuración del prototipo y la puesta a punto de éste en forma de serie experimental. Esta etapa es susceptible de ser subdivida en dos, separando la configuración del prototipo, por un lado, y la puesta a punto del mismo, en forma de serie experimental, por otro.

c) **Etapas de adquisición del producto innovador o no**, una vez configurado el prototipo, testado y puesto a punto, en forma de serie experimental.

-A estas etapas alude implícitamente la Ley (art. 180.1) cuando dice que se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras.

-Para ello se *fijarán unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los adjudicatarios*, con posibilidad de que el órgano de contratación *pueda decidir, al final de cada fase, sobre la base de esos objetivos, resolver la asociación para la innovación* (es decir, poner fin a la segunda macro fase) o, en el caso de varios adjudicatarios, reducir el número de los mismos, mediante la resolución de los contratos individuales, *siempre que* el órgano de contratación haya *indicado en los pliegos*

-que puede hacer uso de estas posibilidades

-y las condiciones en que puede hacerlo.

-*Se proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados* (art. 180.1, párrafo 1º), como contraprestación que corresponda por los trabajos realizados, en las condiciones establecidas en el pliego (art. 180.1, párrafo 3º), **pero no al pago de indemnización por la citada resolución o reducción del número de adjudicatarios** de proyectos de I+D (art. 180.1, párrafo 3º).

**E) Se prescribe como régimen jurídico de fondo** (art. 177.3):

a) En la fase de investigación y desarrollo, por

-las *normas que se establezcan reglamentariamente*,

-las prescripciones contenidas en los correspondientes *pliegos*,

-y supletoriamente por las normas del *contrato de servicios*.

b) En la fase de adquisición y correspondiente ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento, por las *normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate*.

c) La precisión sobre los *derechos de propiedad intelectual e industrial* resultantes debe figurar en los pliegos (art. 177.1, párrafo dos).

## 6. Los concursos de proyectos.

a) Son procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado (art. 183.1).

b) Se indica que este procedimiento operará tanto (art. 183.2):

-en los contratos de servicios que tengan por objeto la realización de tales planos o proyectos, que, a su vez, podrán incluir

-la correspondiente dirección facultativa de las obras respectivas, si se indica en el anuncio de licitación



-eventualmente, premios o pagos (a los no adjudicatarios –parece colegirse de su contraposición con el apartado siguiente-)

-en los supuestos en los que no medie un contrato de servicios, sino sólo una convocatoria de presentación de planos y proyectos con **obtención por los participantes de premios y pagos** (lo cual entra dentro de las manifestaciones de la actividad administrativa de fomento y de las ayudas públicas en sentido amplio –parece colegirse de su contraposición con el apartado anterior-).

c) El jurado, compuesto por personas físicas independientes de los participantes en el concurso (art. 187.2), deberá emitir un informe sobre la clasificación de los proyectos teniendo en cuenta los méritos de los mismos (art. 187.5).

No hace referencia expresa a la exigencia de unos criterios fijados previamente (salvo si hay una fase de selección previa, para limitar el número de participantes –art. 185.2-), sino sólo a que la valoración de las propuestas se referirá a la calidad de las mismas y a sus valores técnicos, funcionales, arquitectónicos, culturales y medioambientales (art. 184.3)

d) Pero sí prevé que los proyectos se presentarán de forma anónima (art. 187.4) y dicho anonimato se respetará hasta que el jurado emita su dictamen (art. 187.6).

e) Y dice la Ley que el órgano de contratación procederá a la adjudicación del concurso de proyectos al participante indicado por el Jurado (art. 187.8). Como en el RDLrg. 3/2011 decía que su dictamen no era vinculante para el órgano de contratación y que éste podía no asumirla, motivándolo, ahora claramente es vinculante.

f) Prevé la posibilidad de que, si hay selección previa típica del procedimiento restringido, para limitar el número de participantes, se contemplen **dos sub-fases o etapas**: una primera para la **presentación de ideas concisas** y una segunda para la **presentación de propuestas de proyectos de desarrollo de la idea inicial** (art. 185.3).

## 7. Los Acuerdos Marco (arts. 219 a 222).

a) Se trata de la celebración de **acuerdos** por uno o varios órganos de contratación con uno o varios empresarios con el fin de **fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, no superior a 4 años**, salvo en caso excepcionales, debidamente justificados, en que cabría una duración mayor (art. 219, puntos 1 y 2), **especialmente las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas**, siempre que no se efectúe de forma abusiva o de modo que **la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada** (art. 219.1).

Y, tras él, **sólo podrán celebrarse contratos basados en un Acuerdo Marco con las empresas que hayan sido originariamente partes** en dicho acuerdo (art. 221.1), **sin que puedan introducirse modificaciones sustanciales** respecto de los términos establecidos en tal acuerdo (art. 222.1, segundo inciso).

J.M. GIMENO FELIÚ destaca que tales Acuerdos son **precontratos**.

b) Hay que distinguir entre los **procedimientos de adjudicación y licitación del Acuerdo Marco** y los procedimientos de adjudicación y licitación **de los contratos posteriores** basados en el Acuerdo Marco.

Respecto de los de los contratos posteriores, son los que hemos estudiado. Y respecto del Acuerdo Marco, dice la Ley (art. 220.1) que serán los de los arts. 115 a 182 (procedimiento abierto, procedimiento restringido, etc. y los tipo de expediente previstos en dichos preceptos); o sea, **los mismos, pero aplicados previamente al citado Acuerdo Marco**.

En el Documento de la Comisión Europea CC/2005/03, que lleva por título "Ficha explicativa - acuerdos marco- directiva clásica", fechado el 14/7/2005, alude expresamente a tales procedimientos (punto 2.1 del citado documento), a lo que añade la anotación de que no existe disposición de la Directiva que prohíba utilizar **el diálogo competitivo, pero que es difícil imaginar su utilización en estos casos** (nota al pie 12).

c) En cuanto a **los criterios de adjudicación del Acuerdo Marco** (criterios de valoración de las ofertas), también **son los mismos previstos para los contratos posteriores**, que estudiamos más adelante y que están regulados en los arts. 145 a 150 de la Ley (un solo criterio basado en los costes o un conjunto de criterios, etc.), a los que se remite el art. 220. Pero se precisa que los **contratos posteriores se adjudiquen a la mejor oferta de acuerdo con los criterios fijados en el Acuerdo Marco** (art. 221.6.e).

d) Por otro lado, distingue la Ley (art. 221.4) entre Acuerdos Marco *que fijan todos sus términos* y los que *no fijan todos ellos*.

Como también contempla la Ley la distinción de que el Acuerdo Marco puede *celebrarse con 1 o con varias empresas* (arts. 219.1 y 221, puntos 3 y 4).

e) La adjudicación de los contratos posteriores, basados en el Acuerdo Marco, se realizará del siguiente modo:

α) cuando el *Acuerdo Marco* se hubiese concluido *con un único empresario*, se adjudicarán a ese empresario con arreglo a los términos establecidos en dicho Acuerdo Marco. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta (art. 221.3).

β) si el *Acuerdo Marco* se hubiese celebrado *con varios empresarios*, entonces caben varias posibilidades (art. 221.4):

-que *no estén establecidas todas las condiciones aplicables*: se convocará nueva licitación

-que *estén establecidas todas las condiciones aplicables*:

-o bien no se convocará nueva licitación.

-o bien se convocará nueva licitación.

Tal precisión de si se convocará o no dicha nueva licitación debe figurar en los pliegos de contratación del Acuerdo Marco.

f) Cuando no se convoque una nueva licitación, existiendo varios empresarios y estando establecidas todas las condiciones aplicables, será necesario que el pliego del acuerdo marco prevea las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser adjudicatario del posterior contrato (art. 221.4.a).

g) Cuando procediera una nueva licitación,

α) ésta se basará (art. art. 221.5),

-bien en los *mismos términos aplicados a la adjudicación del Acuerdo marco*,

-bien *en otros términos, siempre y cuando* dichos términos *hayan sido previstos en los pliegos de contratación del Acuerdo marco* y se concreten con carácter previo a la licitación para la adjudicación del contrato basado.

β) se invitará a la licitación (art. 221.6.a)

-si se alcanzan las **cuantías de la regulación armonizada**: a todas las empresas parte del acuerdo marco que estuvieran en condiciones de realizar el objeto del contrato basado.

-si **no se alcanzan las cuantías de la regulación armonizada**: el órgano de contratación podrá decidir, justificándolo debidamente en el expediente, no invitar a la licitación a la totalidad de las empresas, siempre que, como mínimo, solicite ofertas a tres.

γ) se adjudicará el contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, valorada según los criterios fijados en el Acuerdo marco. (art. 221.6.e).

## 8. Sistemas dinámicos de adquisición (arts. 223 a 226).

a) Es en realidad una **variedad de procedimiento restringido** en el que, en la primera fase (la de selección previa), no se presenta **solicitud para participar en la adjudicación de un contrato concreto, sino de un grupo de contratos** de obras, servicios y suministros (art. 223.1). Y, en este punto, **es posible establecer distintas categorías** de obras, servicios o suministros objetivamente definidas (arts. 223.3), de modo que la selección previa se establecería para cada una de estas categorías (226.2), con establecimiento de criterios de selección para cada una de las mismas (art. 224.3).

Pero, **en la segunda fase, la invitación a las empresas seleccionadas** en la fase primera **se hará ya para contratos concretos** incluidos dentro del grupo de contratos citado (art. 226.1) o incluidos dentro de las categorías de contratos más específicas establecidas dentro de dicho grupo (art. 226.2, párrafo 2º).

b) **Se contempla para contratos** de obras, servicios y suministros **de uso corriente**, cuyas características generalmente están disponibles en el mercado (art. 223.1).

c) **La adjudicación se hará a la mejor oferta de acuerdo con los criterios de adjudicación** detallados en el anuncio de licitación, aunque se admite la posibilidad de que, cuando proceda, podrán precisarse más dichos criterios en la invitación a los candidatos (art. 226.4).

d) El proceso será **totalmente electrónico y con una duración limitada** (art. 223.2).

## 9. Contratación a través de “centrales de contratación” (arts. 227 a 230).

a) Se caracteriza porque

- el órgano de contratación (especialmente en la adjudicación) no va a ser el ordinario**, sino un órgano de contratación unificado para todo un ente del sector público o incluso para varios entes del sector público y, por ello,
- también resulta unificado el contratista** de los correspondientes contratos, con respecto a esos diversos órganos de contratación ordinarios de un ente del sector público o de varios entes del sector público
- en relación con contratos** de obras, servicios y suministros (art. 229.1)
  - que **se contraten de forma general** y
  - que **posean características esencialmente homogéneas**.
- lo que conlleva especialidades en el procedimiento de contratación** y sus fases de preparación y adjudicación.

b) **Los entes del sector público que contratan indirectamente** a través de dicho procedimiento y órgano centralizado de una de ellos **son entes del sector público que tienen un vínculo con el ente del sector público** (en principio, una Administración territorial) **al que pertenece el órgano centralizado** (así se deriva de los entes mencionados en el art. 229.2). Y, a estos efectos, se prevé la utilización de este sistema y procedimiento por la Administración General del Estado para sus órganos y entidades vinculadas (art. 229.2); por la Administración de las Comunidades para su ámbito, en el modo que dispongan las leyes de desarrollo de dichas Comunidades (art. 228.1); y por las Entidades Locales, que podrán crearlas por acuerdo de su Pleno (art. 228.2).

**Pero también se contempla la adhesión** de otro tipo de entes del sector público a un procedimiento o sistema de contratación centralizada, aunque no tengan un vínculo especial con el ente del sector público al que pertenece el órgano centralizado, a través de un acuerdo de adhesión (arts. 228.3, 229.4 y DA3ª, punto 10, de la Ley). Lo único que se prohíbe es la adhesión, para la provisión de la misma prestación, a varios sistemas de contratación centralizada (art. 228.3).

c) Se prevé que pueda **imponerse con carácter obligatorio** a determinados órganos y entes del sector público, por la Administración territorial a la que pertenecen o están vinculadas (art. 229.2), como su carácter voluntario, para aquéllos casos en los que no hay imposición obligatoria y derive de la mera adhesión al sistema.

d) Se establece que **ha de ser especializado** el órgano de contratación centralizado (art. 227.1), es decir que esté compuesto por especialistas en el objeto de la contratación. En el caso de la Administración del Estado, es la denominada “Junta de contratación centralizada” (art. 229.6).

e) Y se contempla este sistema o procedimiento tanto **para contratos aislados, como para contratos vinculados a un Acuerdo marco o a un Sistema dinámico de adquisición** (art. 229.7).

Precisa la Ley que **en el caso de los Acuerdos marco y de los Sistemas dinámicos de contratación, la recepción y el pago** de los bienes y servicios se efectuará por los órganos de contratación de las Administraciones sometidas a este procedimiento de contratación centralizada o que se han adherido al mismo (art. 229. 9) y, si hay que realizar una nueva licitación posterior al Acuerdo Marco o al del Sistema dinámico de contratación, **las actuaciones relativas a la licitación**, previas a la adjudicación, **corresponden al órgano correspondiente del ente del sector público** destinatario de la prestación (art. 229.7).

De ello se infiere que, en el procedimiento y sistema de contratación centralizada, **quien adjudica es** el órgano encargado de la contratación centralizada **y la recepción y el pago** de los bienes y servicios se efectuará por los órganos de contratación de las Administraciones sometidas a este procedimiento de contratación centralizada o que se han adherido al mismo.

## 10. Subasta electrónica (art. 143).

a) **Opera en** aquellos casos en los que, **tras una primera evaluación completa de las ofertas** de conformidad con los criterios de adjudicación, se contemple, en el anuncio y el pliego de cláusulas administrativas particulares, **la posibilidad de invitar** simultáneamente **por medios electrónicos**, informáticos o telemáticos a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles, **para que presenten (art. 143.3):**

- nuevos precios**, cuando el contrato se adjudique atendiendo exclusivamente al precio
- o bien en los precios y **en nuevos valores** de los elementos objetivos de la oferta **cuantificables** y susceptibles de ser expresados en cifras o porcentajes que mejoren la oferta, cuando el contrato se adjudique basándose en varios criterios de adjudicación.

Dicho proceso estará basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automatizados (art. 143.1).

b) Se contempla expresamente su utilización en los procedimientos abiertos, en los restringidos y en las licitaciones con negociación, siempre que (art. 143.2)

-las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa en los pliegos que rigen la licitación

-y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual, como los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura.

Se prohíbe para los contratos cuyo objeto tenga relación con la calidad alimentaria (art. 143.11).

c) La invitación incluirá:

-el resultado de la evaluación previa de la oferta del licitador de que se trate (art. 143.6) y la información que les permita conocer su respectiva clasificación en cada momento (art. 143.8, párrafo 2º). Se podrán facilitar otros datos relativos a los precios o valores presentados por los restantes licitadores, siempre que ello esté contemplado en el pliego y anunciarse el número de los que están participando en la correspondiente fase de la subasta, sin que en ningún caso pueda divulgarse su identidad (art. 143.8, párrafo 3º)

-toda información pertinente para la conexión individual al dispositivo electrónico utilizado, con fecha y hora de comienzo de la subasta electrónica.

-la fórmula matemática para la reclasificación automática de las ofertas, en función de los nuevos precios, revisados a la baja (si la adjudicación se basa sólo en el precio) o con ponderación de todos los criterios fijados para determinar la oferta económicamente más ventajosa (si la adjudicación se basa en un conjunto de criterios).

-el sistema de cierre de la subasta (art. 143.9).

d) Se realizará la adjudicación en función de los resultados de la misma (art. 143.10).

Y puede emplearse tanto en adjudicaciones con sistemas de valoración de ofertas basados en un solo criterio, como en las basadas en un conjunto de. Así se deriva del art. 143.6.

#### **IV.- SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS**

##### **A) CONSIDERACIONES GENERALES**

a) La triada básica establecida en la Ley es la de utilización

-de un único criterio, basado en los costes (art. 146.1), que responde al calificado antiguamente como sistema de “subasta”. Todavía se usa este término en el art. 137 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones públicas, para la enajenación por éstas de bienes inmuebles.

-de una pluralidad (art. 131.2, 145.1 y 146.2) o conjunto de criterios (art. 146.3), que responde al calificado antiguamente como sistema de “concurso”. Se mantiene todavía este término en el art. 137 de la Ley 33/2003, citada, para la enajenación por éstas de bienes inmuebles.

-de la adjudicación directa, sin necesidad de criterios previos, exclusivamente para los contratos menores (art. 131.3).

b) Deberán figurar los criterios, en los pliegos o documentos descriptivos y en el anuncio de licitación (art. 145.5).

c) Los criterios para el desempate (en subastas y concursos) se contemplan en la ley.

α) Podrán establecerse en los pliegos dice la ley (art. 147.1) y, en ese caso, deberán

-estar vinculados al objeto del contrato y

-referirse a alguno de los elementos enumerados en el art. 147.1 (p. ej., oferta de empresas que tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior a la exigida por la normativa vigente).

β) En defecto de los prescritos en los pliegos, la ley establece sus propios criterios de desempate en el art. 147.2, con su propio orden, que comienza con el mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas y continúa con otros.

d) La posible descalificación de un contratista por presentar ofertas anormalmente bajas (en subastas y concursos) también está prevista en la ley (art. 149).

1. Los parámetros para ello deben constar en el pliego (art. 149.2)

-si está basado en el precio únicamente, deberá fijarse el umbral de anormalidad del precio

-si se basa en un conjunto de criterios, simplemente se dice que tales parámetros deben ser objetivos que permitan identificar los casos de anormalidad de la oferta.

2. Si se han presentado ofertas por empresas pertenecientes a un “grupo de empresas”, se tendrá en cuenta a estos efectos la oferta más baja de ellas.

3. Es necesario requerir a la empresa para que justifique y desglose de modo razonado

-el bajo nivel de precios o de costes

-o de cualquier otro parámetro incurso en anormalidad.

4. Se exige la solicitud de asesoramiento técnico por el órgano de contratación.

5. Se requiere motivación de la aceptación o rechazo de la oferta sobre la que ha recaído la consideración de anormalmente baja (art. 149.6).

6. Los motivos de descalificación de la oferta anormalmente baja se enumeran en el art. 149 y pueden ser:

-la vulneración de la normativa sobre subcontratación (art. 149.4)

-que no cumpla las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral (art. 149.4)

-que haya sido favorecida por ayudas de Estado que contravengan la normativa europea (art. 149.5)

-que la justificación presentada sea incompleta o se funde en hipótesis o prácticas inadecuadas desde la perspectiva técnica, económica o jurídica (arts. 149.4 y 149.6)

7. La exclusión de clasificación da lugar a la adjudicación al siguiente contratista en el orden de clasificación.

h) Si finalmente no se excluye de la clasificación a la empresa adjudicataria incurso en expediente de oferta normal, se realizará un seguimiento pormenorizado de la ejecución del contrato (art. 149.7).

e) **La clasificación de las ofertas** (en subastas y concursos).

1. **Se realizará por** (art. 150.1, párrafo 1)

-la mesa de contratación, en cuyo caso realizará propuesta de adjudicación

-o, en su defecto, por el propio órgano de contratación, sin propuesta.

2. **Se hará en orden decreciente** (art. 150.1, párrafo 1), **según los criterios de adjudicación** (art. 150.1, párrafo 2).

3. **Pueden solicitarse cuántos informes técnicos** sean necesarios para ello (art. 150.1, párrafo 2).

4. **Si hay indicios fundados de prácticas colusorias**, se trasladará, con efectos suspensivos, con carácter previo a la adjudicación a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, para que se pronuncie sobre ello (art. 150.1, párrafo 3).

5. **Si la oferta es anormalmente baja**, se estará a lo indicado atrás.

6. **Si hay empate de dos o más ofertas**, se aplicarán los criterios de desempate atrás referidos.

f) **La adjudicación** (en subastas y concursos).

1. Una vez clasificadas las ofertas y aceptada la propuesta, **se emplazará al licitador de la mejor oferta para que presente los documentos justificativos del cumplimiento de los requisitos previos** del art. 140.1 (declaración responsable de que la sociedad está válidamente constituida, de la clasificación que ostenta, etc.), si no los hubiese presentado ya antes o no estuviesen ya en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea (arts. 150.2 y 140.3).

2. **Si no cumplimenta adecuadamente el adjudicatario lo anterior**, en plazo, se entenderá que ha retirado su oferta y

-se procederá a imponerle la penalidad de pagar el 3% del presupuesto base de licitación (IVA excluido), que se hará efectivo contra la garantía provisional y

-se procederá a exigir la documentación del siguiente licitador (150.2, párrafo 3).

3. **Presentada adecuadamente la documentación** por el adjudicatario que corresponda, procederá la adjudicación por el órgano de contratación, en los 5 días hábiles siguientes (art. 150.3).

4. **Concretará y fijará los términos definitivos del contrato la adjudicación, en determinados procedimientos de adjudicación** (art. 150.3, párrafo 1): **en los procedimientos negociados, de diálogo competitivo y de asociación para la innovación.**

5. **No se podrá declarar desierta una licitación** cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego (art. 150.3, párrafo 2).

6. **Pero puede no adjudicarse el contrato, antes de la formalización, por razones de interés público** justificadas en el expediente, caso en el que no podrá promoverse nueva licitación de ofertas, mientras subsistan tales razones (art. 152.3).

7. **Y se puede desistir del procedimiento, antes de la formalización del contrato, por la entidad del sector público contratante** (art. 152.4)

- sólo por infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarlo en el expediente y
- ello no impedirá la iniciación de un nuevo procedimiento.

8. **Se compensará por los gastos en que hubiese incurrido el contratista** (art. 152.2), en los dos casos anteriores (por no adjudicación por motivos de interés público y por desistimiento del procedimiento),

- en la forma prevista en el pliego o en el anuncio de licitación o
- en su defecto, según los criterios de valoración para el cálculo de la responsabilidad patrimonial.

9. **Si como consecuencia de la estimación de un recurso especial de contratación del art. 44, fuera precisa otra adjudicación**, se emplazará al nuevo adjudicatario, por el plazo de 10 días, para que presente la documentación (art. 150.4).

10. **Será motivada la resolución de adjudicación** (art. 151.1).

11. Se **notificará** a los licitadores y candidatos y será **publicada** en el perfil del contratante (art. 151.1).

Deberán **contener la información necesaria para permitir la interposición de recurso** la notificación y publicidad, con inclusión, en todo caso, de lo indicado en el art. 151.2 (el adjudicatario, con las características y ventajas de su oferta determinantes de que haya sido seleccionada, etc.).

Se realizará **por medios electrónicos** la notificación (art. 151.3, que se remite a la Disposición Adicional 15ª).

**El plazo para la formalización del contrato** será indicado en la notificación de la resolución de adjudicación (art. 151.2, último párrafo).

## B) EL SISTEMA DE CRITERIO ÚNICO BASADO EN LOS COSTES.

1. **Puede consistir:**

- solo en el precio (art. 146. 3) y entonces habrá de estarse al precio más bajo (art. 150. 1, párrafo 2º, inciso 2º)
- o en el criterio basado en el coste-eficacia (145.1, párrafo 2º), también calificado como de criterio basado en la rentabilidad (art. 146.1), en relación con el cual se señala, como ejemplo, el que valora el coste del ciclo de vida calculado conforme al art. 148 (art. 146.1).

2. **Se establece la preferencia** del criterio de evaluación del coste del ciclo de vida (art. 146.4) sobre el criterio únicamente basado en el precio (así se colige de la proclamada preferencia, en el art. 146.4).

3. **A los efectos del cálculo del ciclo de vida**

a) **se detallan:**

- las fases del ciclo de vida** (desde la investigación y desarrollo, pasando por la adquisición de las materias primas necesarias para la fabricación, etc.)
- los costes del ciclo de vida**, distinguiendo entre
  - los sufragados por el órgano de contratación y por los usuarios** (como los de adquisición y los de mantenimiento, etc.)
  - los imputados a externalidades medioambientales** (como el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero, etc.)

b) **deberán indicarse en el pliego del contrato:**

- los datos para el cálculo** del coste del ciclo de vida
- el método utilizado**, que tendrá que basarse en criterios objetivos y no ser discriminatorio.

4. **Sólo operará el único criterio basado en los costes, para contratos de**

- obras en los que no incidan las circunstancias del art. 145.3 (o sea que el contratista no haya de aportar el proyecto, que no pueda presentar mejoras, etc.).
- suministros y servicios, en los
  - que el producto o las prestaciones, respectivamente, estén perfectamente definidos y
  - que no sea posible
    - introducir modificaciones
    - o variación del plazo de entrega.

## C) EL SISTEMA DE UNA PLURALIDAD DE CRITERIOS.

1. Supone la adjudicación a la **mejor relación calidad-precio** (arts. 131.2, 145.1 y 146.2) y tendrá en cuenta **criterios económicos y cualitativos** (art. 145.2).

2. **los criterios económicos** son los basados en el precio o en la rentabilidad (tal como, en este último caso, la valoración del coste del ciclo de vida calculado conforme al art. 148, que ya hemos visto).

**3. los criterios cualitativos** contemplados son (art. 146.2):

a) el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características sociales medioambientales e innovadoras, etc.

-son características medioambientales las medidas de ahorro y eficiencia energéticas, etc.

-son características sociales la integración social de personas discapacitadas o desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables, etc.

b) la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato y

c) el servicio postventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega.

**4. Deben ser tales los criterios que:**

-estén formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad y **no confierán** al órgano de contratación **una libertad de decisión ilimitada** (art. 145.5.b).

-estén vinculados al objeto del contrato (art. 145.5.a).

-permitan obtener prestaciones de gran calidad (art. 145.4),

-respondan a sus necesidades lo mejor posible y, en especial en los de contratos de servicios de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura (art. 145.4).

**5. Se establece cierta prioridad de criterios y ciertos porcentajes vinculantes en la Ley:**

a) **Se dará prioridad, siempre que sea posible, a los criterios valorables a través de cifras o porcentajes obtenidos con fórmulas establecidas en los pliegos** (art. 146.2, párrafo 1). Para ello, la elección de las fórmulas se tendrá que justificar en el expediente (art. 146.2, párrafo 4).

Pero se contempla la posibilidad de que, en determinados casos, **los juicios de valor tengan una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática**, en cuyo supuesto,

-con referencia a los procedimientos de adjudicación abiertos o restringidos, se exige que sean evaluados (art. 146.2.a).

-o bien por un **comité formado por expertos, con cualificación apropiada**, que cuente con un mínimo de 3 miembros que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero, en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato al que corresponde realizar la evaluación de las ofertas,

-o bien por un **órgano técnico especializado** debidamente identificado en los pliegos.

-y, en relación con los restantes procedimientos de adjudicación distinto del abierto y del restringido, tan sólo se contempla la evaluación por la mesa de contratación o por servicios dependientes del órgano de contratación y que estos puedan solicitar los **informes técnicos que consideren precisos**.

En cualquier caso, se prevé que, primero, se valorarán los criterios no cuantificables, dejando constancia documental de ello (art. 146.2, párrafo 6) y haciendo pública su valoración (art. 146.2, párrafo 7). Después, se valorarán los criterios cuantificables con fórmulas, en el momento de abrirse los sobres que contengan los elementos de la oferta (art. 146.2, párrafo 6).

b) **La rebaja de aportaciones públicas o cualquier tipo de garantías u otro tipo de ayudas a la empresa**, en los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios, figurará, en todo caso, como un **criterio de adjudicación evaluable de forma automática**. (art. 146.2, párrafo 8).

c) **En los contratos de servicios el Anexo IV de la Ley (educativos, sanitarios y culturales, pero también los de hostelería y restaurante, etc.) y también en los de carácter intelectual (como los servicios de ingeniería y arquitectura), los criterios cualitativos han de representar al menos el 51% de la puntuación** de las ofertas (art. 145.4, párrafo 2).

d) **Si existe un criterio basado en la introducción de mejoras** debe estar suficientemente especificado y **no suponer más del 2,5% del total** (art. 145. 7).

**6. Se prescribe la ponderación** entre los criterios **u orden decreciente** entre ellos y **se contempla la posibilidad de fases de adjudicación con las consiguientes fases de puntuación**.

a) **Deberá precisarse en el pliego la ponderación del conjunto de criterios**, que podrá hacerse con una banda de valores con una amplitud máxima adecuada (art. 146.3, párrafo 1). **Y, si no es posible la ponderación, por razones objetivas** debidamente justificadas, **se establecerán en orden decreciente** de importancia (art. 146.3, párrafo 3). Por lo tanto, salvo por razones objetivas debidamente justificadas, es obligatoria la ponderación -apostillo yo-

**b) Si la adjudicación se articula en fases, deberán especificarse los criterios de cada fase y el umbral de puntuación de cada fase, que como mínimo será del 50% de la puntuación en el conjunto de los criterios cuantitativos (art. 146.3, párrafo 2).**

**7. Los contratos para los que se exige la adjudicación conforme a una pluralidad de criterios son numerosos y están enumerados en el art. 145.3** (operando el criterio único, por tanto, en los demás, que son menos):

- a) aquellos en que el proyecto o el presupuesto ha de ser presentado por el contratista
- b) los que incluyen prestaciones susceptibles de mejora en las ofertas.
- c) aquellos en los que la entidad contratista facilita materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exige garantías especiales.
- d) los de tecnología especialmente avanzada o ejecución particularmente compleja
- e) los de impacto significativo en el medio ambiente
- f) los de concesiones de obras y concesiones de servicios y
- g) los de suministros y servicios, salvo que
  - que el producto o las prestaciones, respectivamente, estén perfectamente definidos y
  - que no sea posible
    - introducir modificaciones
    - o variación del plazo de entrega

## **D) EL SISTEMA DE ADJUDICACIÓN DIRECTA, SIN CRITERIOS, PREVISTO PARA LOS CONTRATOS MENORES.**

**1. Prevista en el art. 131.3**, que dice que los *contratos menores* podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario

- con *capacidad de obrar*
- y que *cuente con la habilitación profesional necesaria* para realizar la prestación.
- cumpliendo con los *requisitos del art. 118*.

**2. Se consideran contratos menores** los contratos de valor estimado *inferior a*

- 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a
- 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros,

**sin perjuicio de lo dispuesto** en la Ley (art. 229), **en relación con** las obras, servicios y suministros **centralizados** en el ámbito estatal, pues, si se declaran de contratación centralizada tales contratos cuando se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas, ello implicará que deberá efectuarse, con carácter obligatorio, a través de dicho sistema o procedimiento, adjudicado por el órgano centralizado estatal previsto para ello.

**3. Se exige el cumplimiento de las normas establecidas en el art. 118**, es decir, la necesidad de:

- a) **informe** del órgano de contratación **motivando la necesidad del contrato**
- b) **la justificación de que no se está alterando** el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen las cifras límite arriba señaladas. Se exceptúa esta justificación en el caso de aquellas obras, suministros y servicios que sólo puedan ser encomendados a un empresario determinado (art. 168.a.2º: por no existir competencia por razones técnicas, etc.).
- c) **la aprobación del gasto**
- d) **la factura** correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.
- e) **la publicación prevista** en el art. 63.4 (al menos trimestralmente, con su objeto, duración, el importe de adjudicación y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario).
- f) **en el contrato menor de obras**, deberá añadirse, además,
  - el *presupuesto* de las obras,
  - sin perjuicio de que deba existir el *correspondiente proyecto* cuando normas específicas así lo requieran.
  - y *el informe de supervisión* a que se refiere el art. 235, cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

## **V.- PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE**

### **A) CONSIDERACIONES GENERALES.**



Son una serie de poderes exorbitantes del Derecho Común (que no tienen parangón en el Derecho Civil) con los que cuentan las Administraciones públicas en los contratos administrativos. No rigen, pues, en principio en los contratos privados de los entes del sector público.

Su razón de ser radica en la mejor garantía del interés general que sirven las Administraciones Públicas, según el art. 103.1 CE, que determina, por ejemplo, que no se pueda suspender unilateralmente su ejecución por el contratista, por discrepancias de éste en cuanto a la interpretación del contrato o la necesidad de que el contratista tenga que asumir determinadas modificaciones contractuales derivadas de dicho interés general, sin tener derecho a resolver por ello el contrato.

Su contrapartida viene dada por una serie de garantías establecidas -la mayor parte de las mismas- a favor del contratista, con la finalidad de garantizar el equilibrio financiero del contrato (aunque en algún caso, como es el riesgo imprevisible, también puedan actuar en favor de la Administración).

## **B) LA PRERROGATIVA GENERAL DE QUE TODAS LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS ESTÁN CUBIERTAS POR LA DENOMINADA AUTOTUTELA DECLARATIVA (O AUTOTUTELA DE EJECUCIÓN) Y POR LA AUTOTUTELA EJECUTIVA (O AUTOTUTELA DE EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN).**

La hemos estudiado con carácter general para todos los actos administrativos y sabemos que nuestra legislación habla de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, con fundamento en la presunción de validez de los mismos.

En este ámbito contractual, viene recogida actualmente por el **art. 191.4** de la Ley 9/2017, que dice que **"los acuerdos que adopte el órgano de contratación** pondrán fin a la vía administrativa y **serán inmediatamente ejecutivos"**. Y también se reitera, en el **art. 194.2**, respecto de las penalidades que la Administración puede imponer al contratista.

En los contratos entre particulares del Derecho Privado, ninguna de las partes puede imponer por sí misma sus decisiones, sino que tiene que acudir a los órganos judiciales para

- su reconocimiento previo, a través de la correspondiente sentencia declarativa, y
- su ejecución forzosa posterior a través de los procedimientos ejecutivos judiciales y a través de agentes judiciales.

Sin embargo, la prerrogativa general citada implica que los actos administrativos dictados en ejercicio de las demás prerrogativas de este ámbito que exponemos en epígrafes sucesivos

- tienen que ser cumplidos obligatoriamente por los contratistas, aunque discrepen de su legalidad y sin perjuicio de la interposición del correspondiente recurso
- y, si no los cumplen voluntariamente, son susceptibles de ejecución forzosa por sí mismos y dicha ejecución forzosa puede imponerse a través de procedimientos ejecutivos administrativos y no judiciales y a través de agentes administrativos y no judiciales.

## **C) LAS PRERROGATIVAS ESPECÍFICAS DEL ARTÍCULO 190 DE LA LEY 9/2017 (SALVO LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO QUE VEREMOS EN OTRO APARTADO).**

1. Se incluyen aquí las prerrogativas de

- la interpretación por la Administración** de los contratos administrativos y resolución de las dudas que ofrezca su cumplimiento, aunque discrepe el contratista;
- la declaración de la responsabilidad imputable al contratista** a raíz de la ejecución del contrato;
- la suspensión de la ejecución** del contrato;
- la decisión de resolución unilateral del contrato;** y
- la decisión de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas** durante la ejecución del contrato, con los límites establecidos en la ley para cada tipo de ellos.

2. Se exige que la Administración **cumpla con los trámites procedimentales** del art. 191, para el ejercicio de todas estas prerrogativas, que son:

- a) dar audiencia al contratista
- b) evacuar dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva
  - siempre y cuando haya oposición del contratista y afecte a la interpretación, nulidad y resolución de los contratos

- y en relación con reclamaciones del contratista frente a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que pudiera haber incurrido en los casos en los que las indemnizaciones sean iguales o superiores a 50.000 €, sin perjuicio de que esta cuantía pueda reducirse en la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma.
- c) emisión de informe previo del Servicio Jurídico correspondiente cuando se trate de la Administración General del Estado y demás Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal.

3. En relación la prerrogativa de **inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas**, **-se precisa que, en ningún caso, podrá implicar un derecho general** del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, **salvo que *tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato***; en cuyo caso, el órgano de contratación deberá justificarlo de forma expresa y detallada en el expediente administrativo (art. 190, párrafo 2).

**-y se reitera, más adelante, al referirse**

**-al contrato de suministro**, diciendo que “La Administración tiene la facultad de inspeccionar y de ser informada del ***proceso de fabricación o elaboración del producto*** que haya de ser entregado como consecuencia del contrato, ***pudiendo ordenar o realizar por sí misma análisis, ensayos y pruebas de los materiales*** que se vayan a emplear, ***establecer sistemas de control de calidad*** y dictar cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido (art. 303).

**-al contrato de concesión de obras**, indicando que la Administración podrá ***“inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales, así como la documentación, relacionados con el objeto de la concesión”*** (art. 261.1.f).

#### **D) LA ASUNCIÓN DE LA EXPLOTACIÓN EN LOS SUPUESTOS EN QUE SE PRODUZCA EL SECUESTRO O INTERVENCIÓN TEMPORAL DE LA CONCESIÓN.**

1. Se prevé respecto de la ***explotación de las obras***, en relación con el contrato de concesión de obras (art. 261.1.g), como para la ***explotación de servicios públicos***, en relación con el contrato de concesión de servicios (art. 293.1).

2. Los supuestos de hecho son:

a) en relación con el contrato de concesión de obras, ***que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra***

-por causas ajenas al mismo

-o porque incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación (art. 263.1); y

b) en relación con el contrato de concesión de servicios, que concurra ***perturbación grave en el servicio no reparable por otros medios***,

-por causas ajenas al concesionario

-o bien del incumplimiento por parte de este (art. 293.1).

3. **Tendrán carácter temporal** y su duración será la que determine el órgano de contratación sin que pueda exceder, incluidas las posibles prórrogas, de tres años.

a) ***Se acordará su cese (finalización)*** cuando

-resultara acreditada la desaparición de las causas que lo hubieran motivado

-y el concesionario justificase estar en condiciones de proseguir la normal explotación de la obra.

b) **Pero, si transcurre el plazo fijado sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones**, el órgano de contratación **resolverá el contrato** de concesión.

Esto está establecido en el art. 263.3 para la concesión de obras, pero es aplicable supletoriamente a la concesión de servicios.

4. **El procedimiento y garantías del contratista** viene establecido en el citado art. 263, puntos 1 y 2, para la concesión de obras, pero es aplicable supletoriamente a la concesión de servicios.

a) **Como garantías** para el contratista se contemplan que

-se le debe dar audiencia antes de acordarse

-se le debe otorgar plazo para corrección de deficiencias, si éste es el supuesto.

b) **Como medidas a adoptar**, se prevé que el órgano de contratación

-asuma la explotación directa de la obra pública por cuenta y riesgo del concesionario.

-perciba la contraprestación establecida,

- pueda utilizar el mismo personal y material del concesionario
- designe uno o varios interventores que sustituirán plena o parcialmente al personal directivo de la empresa concesionaria.

Y, cuando se produzca la finalización del secuestro o intervención, la Administración devolverá la explotación, con el saldo que resulte después de

- satisfacer todos los gastos, incluidos los honorarios de los interventores,
- y deducir, en su caso la cuantía de las penalidades impuestas.

## E) ESTABLECER LAS TARIFAS MÁXIMAS A PERCIBIR POR EL CONTRATISTA EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS Y DE SERVICIOS.

1. Como prerrogativa la califica la Ley para el contrato de concesión de obras (art. 261.1, letra e), y es aplicable supletoriamente a las concesiones de servicios (art. 297). Después matiza la Ley que los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente (art. 267.2).

2. Estarán contempladas inicialmente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas (art. 285.1.b) y sobre ellas deberán pronunciarse ofertas de los licitadores (art. 250.1.d.4). **Serán fijadas** por el órgano de contratación **en el acuerdo de adjudicación** (art. 267.2) **y revisadas** (art. 267.3) **conforme a las normas sobre revisión de precios** de la Ley (establecidas en art. 103 y ss.).

3. Tienen la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario. Así lo establece el art. 289.1, para las **concesiones de servicios**. La DF9ª de la Ley lo extiende a las **concesiones de obras**, incorporándolo para ambas concesiones a la Ley 8/1989, de tasas y precios públicos, como art. 2.c de la misma. Y la Exposición de Motivos de la Ley (Epígrafe VI, párrafo 2) lo predica, igualmente, de las tarifas que abonan los usuarios por la utilización de las obras o la recepción de los servicios en los casos de **gestión directa de éstos, a través de la propia Administración**.

## F) LA DIRECCIÓN FACULTATIVA DE LAS OBRAS EN EL CONTRATO DE OBRA.

1. Dispone el art. 238 de la Ley que las obras se ejecutarán con estricta sujeción a lo establecido en el pliego y conforme **las instrucciones en interpretación técnica que la dirección facultativa de las obras diere al contratista**.

2. Tal dirección se ejerce

- por empleados públicos con la titulación y capacitación correspondiente
- o por terceros con la titulación y capacitación correspondiente, previa contratación por la Administración con ellos, a través del contrato de servicios, al que alude el art. 183.2.a de la Ley.

## G) EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE POLICÍA

1. Así está previsto, en el **contrato de concesión de servicios** (art. 287.2), con referencia expresa a que la actividad esté **calificada como servicio público**, como en el **contrato de servicios**, cuando éste **conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía** (art. 312, letra e), que apunta igualmente a los servicios públicos. **La finalidad** indicada, en ambos casos, es **“asegurar la buena marcha del mismo”** (dicen tales preceptos).

2. En relación con el contrato de **concesión de obra pública**, reconoce a la Administración tal prerrogativa, **en relación con el uso y explotación de las obras** en los términos que se establezcan en la legislación sectorial específica (art. 261.1, letra i).

## H) LA IMPOSICIÓN DE PENALIDADES POR INCUMPLIMIENTOS DEL CONTRATISTA.

1. Está contemplada, con carácter general, para todo tipo de contratos administrativos, en los arts. 192 y 193 de la Ley 9/2017 y se distingue entre los siguientes supuestos:

**a) incumplimiento del plazo total** del contrato por el contratista: se prevé la posibilidad de optar por la imposición de penalidades por el órgano contratación, en lugar de decidirse por la resolución del contrato.

**-Consisten** las penalidades

-en el pago de **0,60 euros por cada 1.000 euros** del precio del contrato (IVA excluido), **diariamente**

-pero caben **penalidades distintas**, cuando así se incluya en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en atención a las especiales características del contrato, con justificación en el expediente.

**-Y, cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5%** del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a

-la resolución del mismo

-o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades

**b) incumplimiento de plazos parciales:** ostenta el órgano de contratación de la misma facultad en el caso de incumplimiento del plazo total,

-cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares

-o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

**c) incumplimiento parcial de las prestaciones** definidas en el contrato por causas imputables al contratista: la Administración podrá optar, indistintamente,

-por su resolución

-o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

**d) cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución** del contrato que se hubiesen establecido: las penalidades a imponer deberán ser

**-proporcionales a la gravedad** del incumplimiento

**-y su cuantía no podrá ser superior al 10%** del precio del contrato (IVA excluido)

**-ni el total de las mismas superar el 50%** del precio del contrato.

2. Ello con previsión de la exigencia al contratista de responsabilidad de indemnización de daños y perjuicios, pero sólo en los supuestos de (art. 194)

-incumplimiento parcial o

-cumplimiento defectuoso o

-de demora en la ejecución

**-en que no esté prevista penalidad**

**-o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados** a la Administración.

Por lo tanto, se está confiriendo a las penalidades **una naturaleza primordialmente resarcitoria de los daños y perjuicios generados, actuando con carácter sancionador sólo cuando las cuantías previstas rebasen** el importe de tales daños y perjuicios.

**3. En relación con el contrato de concesión de obras**, se establece una regulación especial (art. 264), que considera objeto de las penalidades

-el incumplimiento total o parcial por el concesionario de las prohibiciones establecidas en la Ley 9/2017;

-la omisión de actuaciones que fueran obligatorias conforme a ella y, en particular, el incumplimiento de los plazos para la ejecución de las obras;

-la negligencia en el cumplimiento de sus deberes de uso, policía y conservación de la obra pública;

-la interrupción injustificada total o parcial de su utilización; y

-el cobro al usuario de cantidades superiores a las legalmente establecidas

## **I) EL IUS VARIANDI O PODER DE MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL OBJETO DEL CONTRATO POR LA ADMINISTRACIÓN.**

**1. Sólo podrán ser modificados** los contratos administrativos

**-por razones de interés público** (art. 203.1),

**-en los casos** previstos en la Ley (art. 203.2, que se desarrolla en los arts. 204 y 205),

**-y en la forma y procedimiento** regulados en la Ley (art. 203.1, que se remite a los arts. 191 y 207).

Al haber constituido uno de los mecanismos de **elusión de la normativa** comunitaria y de la nacional de transposición **y de corrupción**, como ha destacado la doctrina científica,

-se ha regulado de forma cada vez más detallada,

-y se hace hincapié en su cumplimiento riguroso y su control especial, si se considera que debió ser determinante de nueva adjudicación,

-en vía administrativa, a través del recurso especial en materia de contratación (art. 44.2.d)

-en vía contencioso-administrativa, en la que se impone, para dicho caso, la jurisdicción contencioso-administrativa para los contratos privados de las Administraciones del art. 25.1 (financieros, de espectáculos, etc. —así lo recoge el art. 27.1.b, párrafo 2-) y los

contratos privados de los Poderes Adjudicadores que no sean Administración pública (art. 27.1.c).

**2. Serán obligatorias para los contratistas, con las premisas mencionadas, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación.**

a) **si se cumplen las condiciones** establecidas en los arts. 204 (para las incluidas en el pliego) y 205 (para las excepcionales, no incluidas en el pliego).

b) **y, en ambos casos, que no superen el 20% el precio inicial del contrato**, IVA excluido (en las no incluidas en el pliego, como algo adicional a sus propios requisitos –art. 206.1- y, en las incluidas en el pliego, como algo ínsito a la mismas –art. 205.1-).

**Se contempla la resolución del contrato** para el caso en el que, cumpliéndose las condiciones legales, estemos **ante las excepcionales no incluidas en el pliego y superen el citado porcentaje del 20%**, al no ser obligatorio para el contratista, **pero también se prevé la continuación del mismo, si el contratista la asume voluntariamente**, otorgando su conformidad por escrito (art. 206.2).

**3. Las que se haya previsto expresamente en los pliegos** (casos del art. 204) engloban el primer grupo de supuestos, con las siguientes condiciones:

a) no puede superar el 20% del precio inicial dicha modificación;

b) deberá estar formulada la cláusula de forma clara, precisa e inequívoca, con indicación del alcance y procedimiento,

c) sin que pueda afectar a los precios unitarios;

d) no puede alterar la naturaleza global del contrato,

-con adquisición de **prestaciones distintas a las propias** del contrato

-o **sustituyendo el tipo de éste por otro** distinto,

-aunque sí se admite la mera sustitución de alguna puntual unidad de obra, suministro o servicio.

**4. Las excepcionales no previstas en los pliegos** (casos del art. 205) engloban el segundo grupo de supuestos, con la condición de que sean **estrictamente indispensables** tales modificaciones **y, además,**

a) su necesidad **derive de circunstancias sobrevenidas**, con las precisiones establecidas en la Ley:

-que fuesen **imprevisibles**, en el momento de la licitación del contrato

-que su **cuantía no exceda del 50%** del precio inicial del contrato IVA excluido, por sí misma o en conjunción con otras realizadas

-que con la variación **no se altere la naturaleza global** del contrato

b) que sea **necesario añadir** obras, suministros o servicios **adicionales** a los inicialmente contratados, con las precisiones establecidas en la Ley:

-**sin que la cuantía exceda del 50%** del precio inicial del contrato IVA excluido, por sí misma o en conjunción con otras realizadas

-**sin ser posible un cambio de contratista**

-ya sea por razones de tipo económico, como que se produzca un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación o

-ya sea por razones de tipo técnico, por obligar, por ejemplo, a la adquisición de productos o actividades de características técnicas diferentes a las inicialmente contratadas

c) cuando **las modificaciones no sean sustanciales y pueda justificarse la necesidad** de las mismas, con las precisiones establecidas en la Ley, que matiza que **se entienden sustanciales** cuando:

-**alteren el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista** en modo no previsto en el contrato inicial, como con la **introducción de unidades de obra nuevas cuyo importe exceda del 50%** del presupuesto inicial del contrato

-**amplíen de forma importante el ámbito del contrato**

-**con un valor de la modificación que exceda** aislada o conjuntamente del

-15% del precio inicial del contrato (IVA excluido), si se trata del contrato de obras o de un

-10% (IVA excluido) en los demás contratos o bien que

-supere el umbral de los contratos SARA

-**o que las prestaciones del contrato se hallen dentro del ámbito de otro contrato** actual o futuro

-**introduzcan condiciones que, de haber figurado, hubiesen permitido**

-la selección de candidatos distintos o

-la aceptación de ofertas distintas o

-la atracción de más participantes en el procedimiento de contratación

-una clasificación del contratista diferente.

**5. En cuanto al procedimiento**, es semejante al que hemos analizado atrás para el ejercicio de las demás prerrogativas (audiencia del contratista; dictamen del órgano jurídico consultivo, a partir de determinadas cuantías; informe del Servicio Jurídico) con alguna especialidad recogida en el art. 207.

**6. Deberán publicarse** las modificaciones del contrato conforme al art. 207, que distingue:

- si alcanza las cuantías SARA, en el DOUE (salvo los del Anexo IV de la Ley)
- si no las alcanza, en el perfil del contratante.

**7. Deberán formalizarse** conforme a lo dispuesto en la Ley (art. 203.3 que se remite al art. 153): documento administrativo o escritura pública (sólo si lo solicita el contratista y a su costa).

**8. En relación con las concesiones de servicios**, se destaca (art. 290.1), como modalidad especial de modificación unilateral del objeto del contrato, la modificación, siempre que concurren las condiciones generales analizadas:

- del servicio contratado y
- de las tarifas

## **VI.- TÉCNICAS DE GARANTÍA PARA MANTENER EL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO (GARANTÍAS PARA LOS CONTRATISTAS)**

### **A) COMPENSACIÓN POR EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI (MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO).**

**1. En relación con el contrato de obras**, se contempla (art. 242.2) la **compensación por**

- la **introducción de unidades de obra no previstas** en el proyecto
- o por la **modificación de las características de las unidades de obra previstas** en el mismo,

que, en realidad, no tiene carácter indemnizatorio de perjuicios, sino retributivo de la prestación.

a) Lo que ocurre es que aquí **los precios aplicables a estas modificaciones serán fijados por la propia Administración**, previa audiencia del contratista (por un plazo mínimo de 3 días hábiles) y si éste no acepta tales precios, se contempla la posibilidad de que el órgano de contratación pueda

- contratar con otro empresario, por los mismos precios que hubiese fijado,
- o bien ejecutarla directamente
- o incluso optar por la resolución del contrato.

b) Y el dato que muestra que **no se contempla la indemnización por lucro cesante** como consecuencia de la modificación unilateral del contrato es que se dispone expresamente que **la supresión o reducción de unidades de obra** no generará derecho a reclamar indemnización alguna.

**2. Con respecto al contrato de concesión de obras, se proclama expresamente el derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico del contrato** en la forma y con la extensión prevista en el art. 270 de la Ley. Y, en dicho precepto, se precisa que se debe restablecer el equilibrio económico del contrato cuando la Administración haya realizado una modificación unilateral del objeto del contrato, **en cuyo caso, las medidas a adoptar serán**

**-las que en cada caso procedan,**

**-pero** podrán consistir en:

- la modificación de las tarifas establecidas;
- la modificación en la retribución a abonar por la Administración concederte;
- la reducción del plazo concesional y
- en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato;
- como también se contempla la prórroga del plazo de concesión por un periodo que no exceda del 15% de su duración inicial, para el caso de que la retribución del concesionario provenga en más de un 50% de las tarifas abonadas por los usuarios.

**3. Y, con relación al contrato de concesión de servicios**, se proclama lo mismo que para la concesión de obras, en el art. 290, puntos 2 y 5, sin la condición de que la retribución del concesionario provenga en más de un 50% de las tarifas abonadas por los usuarios.

**4. Sólo se contempla expresamente indemnización por lucro cesante, en el ámbito local**, en los arts. 126.2.b y 127.2.2ª, letra del RSCL, **para las concesiones de servicios públicos**, cuya vigencia puede plantearse en relación con las concesiones de servicios que tengan por objeto servicios públicos en el ámbito local. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ la sigue dando por vigente.

Y sostiene también dicho autor que, en el ámbito estatal, debe considerarse comprendido el lucro cesante y no sólo el daño emergente, dentro la fórmula del art. 290 de la Ley que consigna que “deberá

restablecer el equilibrio del contrato”, prevista para la concesión de servicios, que recoge igualmente el art. 270, para la concesión de obras.

**5. En cuanto a la naturaleza de la compensación por el ius variandi**, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ han invocado por su parte su carácter expropiatorio y la procedencia de la correspondiente indemnización expropiatoria.

## **B) INDEMNIZACIÓN POR FUERZA MAYOR.**

**1. Frente a la regla general** del Código Civil, para todo contrato de resultado, *res perit domino* (las cosas perecen para su dueño), en el *contrato administrativo de obras* (art. 239.1), *se indemniza al contratista* por los daños y perjuicios producidos por fuerza mayor; lo que constituye una ventaja frente a lo contemplado en el Derecho Civil.

**2. La justificación estriba** en evitar el encarecimiento innecesario de la contratación, por la repercusión en el precio contractual de las primas de los seguros que, en otros casos, concertaría el contratista para contrarrestar los correspondientes riesgos. Con esta compensación, la Administración aporta un auto-seguro (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ).

**3. Por eso**, la indemnización *alcanza los instrumenta operis* del contratista (utensilios, maquinaria) y no sólo el objeto del contrato (SSTS de 5/2/1986 y 14/7/1986).

**4. Los supuestos** de fuerza mayor se encuentran enumerados en el art. **239**:

- a) Los **incendios causados por la electricidad atmosférica**.
- b) Los **fenómenos naturales de efectos catastróficos**, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los **destrozos ocasionados violentamente**
  - en tiempo de guerra,
  - robos tumultuosos
  - o alteraciones graves del orden público.

Se afirma por la jurisprudencia que los supuestos están tasados, pero que la propia Ley incluye expresamente el caso de **fenómenos naturales catastróficos semejantes** a los enumerados, que exige examinar si en casos semejantes se cumplen los requisitos recogidos en el Código Civil y su jurisprudencia; **requisitos que hay que examinar incluso en los casos enumerados explícitamente en la Ley contractual pública**.

Recordemos que el art. 1105 del CC exige no sólo imprevisibilidad, sino también inevitabilidad y que se han venido requiriendo, en su jurisprudencia, que el acaecimiento “*se origine fuera de la empresa o círculo del deudor*”.

**5. Se exige, por tanto, en los contratos administrativos**

- el **carácter exterior del evento a la Administración, como deslinde del caso fortuito** (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ y SSTS que hablan de tener su origen en “*elementos ajenos al círculo de actuación del obligado*”).
- y que, **aun cuando hubieren sido previsibles, habrían sido inevitables** (SSTS varias).
- así como, que **no** exista la **actuación imprudente del contratista**, que requiere expresamente el art. 239.1 de la Ley 9/2017.

**6.** Y también opera en las *concesiones de obra* (art. 270.2) y en las *concesiones de servicios* (art. 290.4), aunque se distingue entre si impediría por completo la realización de las obras o no (art. 254, previsto para la concesión de obras y aplicable con carácter supletorio a la concesión de servicios).

**a) Si no lo impidiere** y sólo implicase mayores costes para el concesionario *se procederá a ajustar el plan económico-financiero* (en el que se recogen los costes de explotación y el sistema de tarifas, entre otros apartados –art. 250.1.d.4º-), con un tratamiento, pues, de modificación del proyecto (art. 255).

**b) Si impidiere por completo la realización de las obras**, se procederá a

- resolver el contrato y a
- abonar al concesionario
  - el importe total de las ejecutadas
  - y los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros.

## **C) LA REVISIÓN DE PRECIOS POR LAS ALTERACIONES ORDINARIAS DE LOS MISMOS.**

**1. Supone la modificación de los precios contractuales inicialmente fijados,**

- a) para adaptarse a las fluctuaciones ordinarias de los costes de producción (mano de obra; materiales generales -como cemento, madera, energía, etc.-; y materiales específicos -como materiales textiles o materiales para fabricación de calzado, etc.-) en el mercado,
- b) mediante fórmulas matemáticas incluidas de antemano en el contrato,
- c) siempre que se cumplan determinados requisitos, establecidos en los arts. 103 y ss. de la Ley 9/2017.

**2. A dichos efectos se prevé que el Consejo de Ministros pueda aprobar fórmulas-tipo de revisión periódica y predeterminada.**

Y el INE elaborará los índices mensuales de los precios de los componentes básicos de costes incluidos en las fórmulas-tipo, los cuales serán aprobados por Orden del Ministro de Hacienda y publicados en el BOE.

**3. En los contratos SARA (sujetos a regulación armonizada) sólo cabrá revisión de los precios de los contratos del SP si es**

- periódica (o sea, a aplicar en cada determinado período de tiempo) y
- predeterminada (o sea, que esté prevista de antemano).

No cabrá, pues, la revisión *no periódica* o *periódica no predeterminada*, salvo en los contratos NO SARA (art. 103.1)

**4. Y ello afecta tanto a las contraprestaciones económicas del contrato abonadas**

- por la Administración (en forma de precio),
- como por los usuarios (en forma de tarifas).

**5. Goza de bilateralidad (art. 105), pues teóricamente puede beneficiar a**

- al contratista (si suben los precios)
- a la Administración contratante (si bajan).

**6. Los contratos a los que será aplicable,**

- previa justificación en el expediente
- y de conformidad al Reglamento al que se remite la Ley 2/2015 de desindexación de la economía española, son:
  - los contratos de obra,
  - los contratos de suministro de fabricación de armamento
  - los contratos de suministro de equipamiento de las Administraciones Públicas
  - los contratos de suministro de energía y
  - aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a 5 años.

**7. Por el órgano de contratación se establecerá**

- el *derecho a revisión* periódica y predeterminada de precios y
- la *fórmula de revisión* que deba aplicarse, que será invariable durante la vigencia del contrato; atendiendo
  - a la naturaleza de cada contrato
  - y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo.

Y el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento contractual deberán **DETALLAR**, en tales casos, **LA FÓRMULA** de revisión aplicable.

**8. Se exige**

- que se hubiese ejecutado, al menos, en el 20% de su importe
- y hubiesen transcurrido 2 años desde su formalización,

**a) SALVO en los contratos de suministro de energía.**

En consecuencia, el primer 20% ejecutado y los 2 primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

b) No obstante, **EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS**, la revisión de precios podrá tener lugar transcurridos 2 años desde la formalización del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20% de la prestación.

**D) COMPENSACIONES Y OTRAS PREVISIONES POR OTRAS INCIDENCIAS DISTINTAS DEL IUS VARIANDI, DE LA FUERZA MAYOR Y DE LAS FLUCTUACIONES ORDINARIAS DE PRECIOS SUJETAS A REVISIÓN.**

1) Medidas de la Administración Pública contratante distinta del ius variandi (de la modificación unilateral del objeto del contrato) que, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.



a) Se prevé el mismo tipo de compensación para restablecimiento del equilibrio económico del contrato que para el *ius variandi*, tanto para la concesión de obra pública como para la concesión de servicios (arts. 270.3 y 290.5 de la Ley 9/2017).

b) Ha venido siendo considerada tal situación por la doctrina científica como la más característica del denominado FACTUM PRINCIPIS.

2) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la contratante con posterioridad a la formalización del contrato, que hacen que el contrato resulte extraordinariamente oneroso para el contratista.

a) **No se prevé expresamente indemnización** al concesionario **y lo único que se contempla es el derecho a desistir** del contrato, si el cumplimiento del mismo deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario (art. 270.4 y art. 290.6), sin derecho a indemnización ante tal desistimiento (art. 270.4, último párrafo, y art. 290.6, último párrafo).

b) Ha venido siendo considerada por la doctrina científica o bien como manifestación del denominado FACTUM PRINCIPIS (por un sector doctrinal) o como manifestación del denominado RIESGO IMPREVISIBLE (por otro sector doctrinal).

Y, **bajo el ámbito de aplicación de legislación española anterior, sí que se reconoció indemnización al contratista** ante el **impacto negativo del aumento del precio del combustible por vía normativa reglamentaria general (no directamente por el mercado)** en la prestación del servicio público de ambulancias, con invocación de la alteración del equilibrio económico o financiero del contrato, con independencia de que el contrato contuviese o no cláusula de revisión de precios (STS 2/12/1985, RJ 1985, 6511). Y se evocó en tal Sentencia, asimismo, el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Consejo de Estado en su dictamen de 3/11/1948, luego reiterados en Informes de la Junta Consultiva de Contratación posteriores:

-tratarse de una **medida general de índole económica, con eficacia para imponerse en la ejecución del contrato;**

-tener un **cierto grado de imprevisión** -al menos en la reiteración y cuantía en que se produjo-; y

-causar un **daño evaluable.**

3) Que el contratista deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, avances técnicos disponibles con posterioridad a la formalización del contrato, que mejoren notoriamente su prestación, pero que hacen que el contrato resulte extraordinariamente oneroso para el contratista.

**No se prevé expresamente indemnización** al concesionario **y lo único que se contempla es el derecho a desistir** del contrato, si el cumplimiento del mismo deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario (art. 270.4 y art. 290.6), sin derecho a indemnización ante tal desistimiento (art. 270.4, último párrafo, en relación con el art. 270.4.b, y art. 290.6, último párrafo, en relación con el art. 290.6.b).

4) Graves alteraciones de precios no ordinarias, debidas a acontecimientos

-ajenos a medidas de los poderes públicos del Estado y ajenos a supuestos propios de la fuerza mayor y

-**externos a la ejecución del contrato.**

Se incluyen aquí los supuestos de alza de los precios de productos energéticos por guerras o por fuertes crisis económicas (como el del carbón por la Guerra de 1914 o el alza desmesurada de los precios del petróleo o de los ligantes asfálticos por graves crisis del comercio de dicho producto).

a) **En la Ley 9/2017, no se contempla indemnización alguna expresa por tales supuestos y hemos visto que, en un supuesto que presenta analogía con él** (aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la contratante con posterioridad a la formalización del contrato, que hacen que el contrato resulte extraordinariamente oneroso para el contratista), **no se prevé expresamente indemnización** al concesionario **y lo único que se contempla es el derecho a desistir** del contrato, si el cumplimiento del mismo deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario, **sin derecho a indemnización ante tal desistimiento.**

b) **En el RSCL de 1955** (arts. 126.2. b), 127.2. b), 128.3.2º y 152.3), vigente actualmente, aunque con rango meramente reglamentario y previsto, en principio, exclusivamente para los entes locales, sin embargo, sí que se prevé compensación por este tipo de supuestos, con los siguientes requisitos y consecuencias (destacados por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ):

- 1) que concurren circunstancias **sobrevenidas e imprevisibles** (art. 127.2.b RSCL),
- 2) **distintas de las de modificación del servicio** (art. 127.2.b RSCL),
- 3) que determinen la **ruptura de la economía de la concesión** (art. 127.2.b RSCL)
- 4) **ajenas a la buena gestión del concesionario** (art. 152.3 RSCL), en la que interviene la conducta del contratista
- 5) **que pueden jugar a favor del contratista o de la Administración**, porque el art. 127.2.b dice que las circunstancias pueden ser de las que alteren ***en cualquier sentido*** la ruptura de la economía de la concesión.
- 6) **y las consecuencias son** que se debe:
  - seguir prestando el servicio (art. 128.1.1ª)
  - aplicar
    - la revisión de las tarifas
    - el pago de subvenciones (art. 127.2.b RSCL)
    - o (cualquier otra) compensación económica (art. 128.3.2º RSCL).

c) La jurisprudencia **Tribunal Supremo**, ante la falta de reconocimiento legal general, lo ha aplicado en alguna ocasión, por considerar que, si no se compensaba al contratista habría ***enriquecimiento injusto*** a favor de la Administración (caso de la subida desmesurada del precio de los ligantes asfálticos para la construcción de carreteras, por las crisis del petróleo, en **las SSTS de 27/12/1990 (RJ 1990\10151); 19/1/1998 (RJ 1998, 322); y 9/3/1999 (RJ 1999,2888)**).

En algunos otros casos ha valorado las situaciones con ponderación y de forma casuística, con arreglo a los ***principios de equidad y buena fe*** consagrados en los artículos 3.2 y 7.1 del Código Civil, pero sin estimación de la compensación (**SSTS de 25/4/2008 (RJ 2008,4966, FJ 4) y 4/6/2008 (RJ 2008,6035)**).

**d) Se han calificado como manifestación del denominado RIESGO IMPREVISIBLE** estos casos, por la doctrina científica francesa y española.

- 5) Graves alteraciones de precios no ordinarias, debidas a acontecimientos
  - ajenos tanto a medidas de los poderes públicos del Estado como a supuestos propios de la fuerza mayor
  - pero internos a la ejecución del contrato.**

Se incluyen aquí supuestos de encarecimiento de la ejecución de un contrato (como es el de obras) por **mayor abundancia de agua en el subsuelo de la prevista o por dureza de las rocas superior a la prevista o por aparición de ruinas arqueológicas imprevistas**, sin falta de la diligencia debida por las partes contratantes.

a) La jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, que las ha calificado como **DIFICULTADES IMPREVISTAS (*sujétions imprévues*)** ha reconocido su compensación, destacando las siguientes características:

- son excepcionales e imprevisibles (en esto coincide con el riesgo imprevisible)
- son de tipo técnico (causas geológicas, etc.), más que económico (a diferencia de los acontecimientos propios del denominado riesgo imprevisible que sí que son de tipo económico), sin perjuicio de su transcendencia económica
- son endógenas a la ejecución de tal contrato, surgen siempre en el interior de la relación contractual (por eso hablamos de acontecimientos internos a la ejecución del contrato), a diferencia de las del riesgo imprevisible que son exógenas, exteriores a la ejecución del contrato.
- la compensación al contratista ha de ser total, a diferencia de la compensación por el riesgo imprevisible que en Francia no ha de cubrir la totalidad del desequilibrio económico generado.

b) En España, ciertas Sentencias de nuestro TS han valorado la aplicación de compensación al contratista por este tipo de alteraciones (DIFICULTADES IMPREVISTAS), con invocación incluso de su terminología francesa (*sujétions imprévues*), pero no han acabado estimándola en el caso concreto, por considerar que **HABÍA HABIDO ERROR EN EL PROYECTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA (STS de 22/4/2008 (ROJ: STS 1653/2008))** o **FALTA DE PREVISIÓN DEL CONTRATISTA (STS de 17/5/2012 (ROJ: STS 3624/2012))**.