



PRIMERA REVISIÓN: "PROCEDIMIENTOS Y REQUISITOS DE CONTRATACIÓN APLICABLES A LA SOCIEDAD ESTATAL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: DESARROLLO Y APLICACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO Nº 1/2008, DE 5 DE FEBRERO, SOBRE CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL, SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO"

ÍNDICE

PREVIO.-MOTIVO DE LA REVISIÓN.

I-RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA ACTUACIÓN DE LA SOCIEDAD ESTATAL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

I.1.-Distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y no sujetos a regulación armonizada.

I.2.-Régimen jurídico de la adjudicación de contratos.

I.3.-Características generales de los contratos.

II.-PROCEDIMIENTOS.

II.1.-Abierto -artículos 141 y siguientes- y restringido - artículos 146 y siguientes-, considerados procedimientos ordinarios -art. 122.2 LCSP-.

II.1.1º-Abierto.

II.1.2º.-Restringido.

II.2-Negociado -artículo 153 y ss.-, con o sin publicidad - artículos 161 y 162-.

II.2.1º.- Negociado sin publicidad -arts. 126.1 y 161.2 LCSP-.

II.2.2º-Negociado con publicidad -arts. 126, 147 a 150, 154 a) y b), 155 a), 158 a), 161.1 a 3, 162 y 174 LCSP (éste modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto)-.

II.3-Diálogo competitivo -artículos 75, 163 y siguientes LCSP-.

II.4.-Normativa aplicable a los contratos menores

III.-FORMAS O TÉCNICAS DE ADJUDICACIÓN.

IV-REQUISITOS RELATIVOS A PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

IV.1.-Requisitos relativos al órgano de contratación.

IV.1.1º.- Capacidad para contratar de las Sociedades.

IV.1.2º.-Perfil del contratante -artículo 42 de la LCSP (modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto)-.

IV.2.-Aptitud del contratista -art. 43 de la LCSP-.

IV.3.- Elementos reales: objeto, plazos de pago, precio y plazo de duración del contrato.

IV.3.1º- Precio.

IV.3.2º.-Plazos de pago.

IV.3.3º.- Plazo y prórrogas de contratos sujetos o no regulación armonizada.

IV.4.-Elementos formales.

IV.4.1º.- Justificación de la necesidad e idoneidad del contrato en la documentación preparatoria

IV.4.2º.- Expediente de contratación.

IV.4.3º.-Adjudicación del contrato.

IV.4.4º.-Registro de Contratos.

V.-CONTENIDO DEL CONTRATO.

V.1.-Perfección y formalización del contrato.

V.2.- Contenido mínimo del contrato y libertad de pactos.

V.3-Modificación del contrato de obras.

V.4.- Revisión de precios.

V.5.- Responsable del contrato.

V.6- Cesión del contrato y subcontratación.

V.7.-Concurso de acreedores.

VI.-IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD
ESTATAL.

VI.1.-El recurso especial.

VI.2-Jurisdicción aplicable.

PREVIO.-MOTIVO DE LA REVISIÓN.

Estando próximo el sometimiento a autorización del Consejo de Administración de la convocatoria de diversas licitaciones y sus correspondientes Pliegos y Contratos, previamente a su redacción definitiva procede adaptar el documento elaborado el 15 de Mayo de 2008, "Procedimientos y requisitos de contratación aplicables a la sociedad estatal...", a lo dispuesto en las siguientes normas:

-Ley 35/2010, de 17 de Septiembre, la cual suprime la prohibición de celebración de contratos de servicios con empresas de trabajo temporal -deroga la DA 5ª de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, con efectos a partir de Abril de 2011-.

-Ley 34/2010, de 5 de Agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de Octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1988, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras (en adelante, Ley 34/2010, de 5 de Agosto)- Entre las reformas que introduce en materia de contratación administrativa, destaca la completa regulación del recurso especial, la supresión de la dualidad adjudicación provisional y definitiva, y la perfección del contrato mediante su formalización.

En particular, la novedosa regulación respecto del recurso especial es analizada en la Circular de la Abogacía del Estado nº 3/2010, de 19 de Octubre, "Cuestiones relacionadas con la Ley 34/2010, de 5 de Agosto...".

-Ley 15/2010, de 5 de Julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de Diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales.

-Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de Abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo. 5. Su artículo 4 reforma la LCSP, con el objetivo de facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste haya adquirido eficacia en un convenio; además, se permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en caso de resolución del contrato cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable, y se facilita la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al

menos el 20 por ciento de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario.

-Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

-Orden EHA/1490/2010, de 28 de mayo, por la que se regula el funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.

-Orden EHA 3497/2009, de 23 de Diciembre.

-Reglamento (CE) núm. 1177/2009, de la Comisión, de 30 de Noviembre, el cual determina los nuevos umbrales para obras públicas, 4.845.000 €, y para suministros y servicios -193.000 €-.

I-RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA ACTUACIÓN DE LA SOCIEDAD ESTATAL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

La Instrucción del Servicio Jurídico del Estado nº 1/2008, de 5 de Febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado -en adelante, "Instrucción nº 1/2008"-, a cuyo contenido nos remitimos, entre otros extremos analiza el régimen jurídico al cual, a partir del 2 de Mayo de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -en adelante, LCSP-, han de sujetar su actividad contractual las sociedades estatales constituidas al amparo de lo previsto en el artículo 132 del Texto Refundido de la Ley de Aguas -o su predecesor, artículo 158 de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social-, categoría en la cual encajan las comúnmente conocidas como "sociedades estatales del agua".

Este régimen jurídico particular viene dado por la concurrencia de dos factores: subjetivo, su consideración o no de poderes adjudicadores no Administraciones Públicas -artículos 3, apartados 3 y 1. d y h, en relación con 122 y ss., 173 a 175 LCSP-, y objetivo, la categoría de contratos a celebrar por la Sociedad, sujetos o no a "regulación armonizada", por razón de su tipo y cuantía -artículos 13 a 16 LCSP-¹.

Las sociedades estatales del agua, y, en particular, ACUAEBRO y "Canal de Navarra, S.A.", reúnen los requisitos definidos por la LCSP, las Directivas comunitarias y la doctrina sentada por

¹ No analizamos los contratos de concesión de obra pública, colaboración entre sector público y privado y gestión de servicios públicos, al quedar limitada la facultad para su otorgamiento a las Administraciones Públicas -artículos 11.1, 8.1, 7, 223 a 249 de la LCSP-.

el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para ser calificadas como "poder adjudicador". En consecuencia, cumplido el factor subjetivo, centramos nuestra atención en analizar la concurrencia del elemento objetivo que determinará el concreto régimen jurídico a aplicar.

Anticipamos que, a todos los efectos previstos en la LCSP -y a diferencia de su predecesora, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-, el valor estimado de los contratos a licitar por la Sociedad, actualizado tan sólo dos meses después de la publicación de aquélla por Orden Ministerial de 31 de Diciembre de 2007², viene determinado por su importe total sin incluir el IVA -art. 76 LCSP-. Ello obliga a comprobar si las herramientas de trabajo habituales de estas Sociedades requieren adaptación.

I.1.-Distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y no sujetos a regulación armonizada.

La LCSP distingue las siguientes categorías de contratos, en cuanto objeto de posible licitación y adjudicación por la Sociedad estatal -no nos detenemos en otros contratos que por su tipología no encajan en el ámbito de actuación de la misma-:

I.1.1º-.Son contratos sujetos a regulación armonizada aquellos que tienen por objeto -artículos 13.1, 14.1, 16.1 y ss. LCSP-³:

-Obras, cuyo valor estimado sea igual o superior a 4.845.000 euros⁴.

-Suministros, y servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II de la LCSP (modificado por el RD 817/2009, de 8 de Mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP), cuyo valor estimado, teniendo en cuenta las eventuales prórrogas, sea igual o superior a 193.000 euros⁵.

Desaparece, como forma contractual distinta e independiente, el contrato de consultoría y asistencia, el cual se integra como una de las categorías (concretamente, la categoría 12 del citado

² Para el periodo 2010-2011, el Reglamento (CE) núm. 1177/2009, de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, determina los nuevos umbrales, que, para las obras públicas se concreta en 4.845.000 € y para suministros y servicios en 193.000 €.

³ Encajan asimismo en dicha categoría y, por tanto, están sujetos a las prescripciones de la LCSP, los contratos subvencionados por las Sociedades estatales, directamente y en más de un 50 por ciento de su importe, que celebren otras personas físicas o jurídicas, particulares, Entidades del Sector Público, ostenten o no la condición de poder adjudicador -si la ostentan se aplicarán las normas para éstos, salvo la determinación de la competencia para resolver el recurso especial y para adoptar medidas cautelares en el procedimiento de adjudicación que se regirá por la regla establecida en el artículo 311 de la LCSP -introducido por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto-, y que tengan por objeto determinadas obras de ingeniería civil y servicios vinculados a éstas cuyo valor estimado iguale o supere 4.845.000 y 193.000 euros, respectivamente -arts. 2.2 y 17 LCSP (modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto).

⁴ Importe actualizado por la Orden EHA 3497/2009, de 23 de Diciembre.

⁵ Importe asimismo actualizado por la Orden EHA 3497/2009, de 23 de Diciembre.

Anexo II) del contrato de servicios, que pasa a incluir en su objeto las actividades dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, de mantenimiento y reparación, financieros de seguros, bancarios y de inversiones, informática y conexos, investigación y desarrollo, auditoría, consultores de dirección y servicios conexos, ingeniería y servicios integrados de ingeniería de ensayos y análisis técnicos, publicidad, servicios de saneamiento y similares - artículo 10 LCSP-.

I.1.2°.-Son contratos no sujetos a regulación armonizada aquellos que tienen por objeto -artículos 13.2 y ss. LCSP-:

-Obras, suministro y servicios comprendidos en las ya apuntadas categorías 1 a 16 del Anexo II de la LCSP (modificado por el RD 817/2009, de 8 de Mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP), cuando no superen las cuantías señaladas respecto de contratos sujetos a regulación armonizada.

-Servicios jurídicos y "otros servicios" -indeterminados-incardinables en las categorías 17 a 27 del Anexo II de LCSP (modificado por el RD 817/2009, de 8 de Mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP).

-Investigación y desarrollo remunerados íntegramente por la Sociedad, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por ésta en el ejercicio de su actividad propia -artículo 13.2 de la LCSP-.

-Puesta a disposición o explotación de redes públicas de telecomunicaciones o suministro al público de servicio de telecomunicaciones -artículo 13.2 de la LCSP-.

I.2.-Régimen jurídico de la adjudicación de contratos.

En virtud de si se trata de contratos sujetos o no a regulación armonizada, la LCSP determina la aplicación de determinados regímenes a los procedimientos para su adjudicación:

I.2.1°- Los procedimientos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada se rigen por las normas establecidas para la adjudicación de contratos por las Administraciones Públicas con determinadas especialidades -artículo 174 LCSP (modificado en su apdo. 1.a por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto)-.

I.2.2°- Los contratos no sujetos a regulación armonizada se rigen por lo que se disponga en las instrucciones internas que, previo informe del Servicio Jurídico del Estado, apruebe y publique la Sociedad en su página web -"perfil del contratante", cuyo contenido regula el art. 42 LCSP (modificado en su apdo. 2 por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto)-. Dichas instrucciones han de garantizar la efectividad de los principios de publicidad -

las licitaciones cuyo presupuesto supere 50.000€, y su correspondiente Pliego, han de publicarse como mínimo en el citado perfil⁶, concurrencia, igualdad, transparencia, confidencialidad, no discriminación, y eficiencia, y la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa -arts. 1, 121⁷, 175 y DT Sexta LCSP-.

El procedimiento y régimen aplicable respecto de estos últimos contratos, queda acotado, si bien en un marco general que engloba asimismo a otros Entes, Organismos y Entidades del sector público, en la Circular del Servicio Jurídico del Estado nº 1/2008, de 27 de Marzo pasado, "Instrucciones internas de contratación de los artículos 175.b y 176.3 LCSP" -en adelante, "Circular nº 1/2008"-, la cual recoge criterios esenciales y mínimos a atender en las instrucciones que elaboren los poderes adjudicadores que no son Administración. Recomienda que la determinación de los supuestos e importes en los que restrinja la publicidad y la concurrencia, coincida con los previstos en la LCSP respecto del procedimiento negociado y contrato menor; y permite deducir que, si se opta por su denominación idéntica a la de los regulados para la Administración Pública, ha de procurarse que cumplan análogos requisitos.

En Mayo de 2008 ACUAEBRO trasladó al Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino la versión originaria del presente documento, "Procedimientos y requisitos de contratación aplicables a la Sociedad estatal...", señalando la conveniencia de la posible adopción por éste de medidas o criterios uniformes para las Sociedades estatales del agua, como denominador común de condiciones de contratación por debajo del umbral o no sujetas a regulación armonizada, en desarrollo del marco apuntado por la Circular nº 1/2008 - apartado I del documento-. Dichos criterios contribuirían a garantizar la eficacia, concurrencia, eficiencia y buena administración de los fondos públicos, y a evitar la aprobación, por las referidas Sociedades, de instrucciones internas con contenidos procedimentales diversos y la inseguridad jurídica que ello puede generar para los licitadores.

En tanto no se aprueben por la Sociedad estatal las apuntadas instrucciones internas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada, aprobación respecto de la cual la LCSP no fija plazo alguno, determina la sujeción de éstos a las normas establecidas

⁶ Ello sin perjuicio de cualquier otra alternativa o adición de difusión que establezcan las instrucciones -art. 175.c LCSP-.

Advertir que la inserción en el perfil del contratante de "información relativa a la licitación" de contratos cuyo importe supere 50.000€ supone mayor exigencia que la prevista para la Administración, publicidad para obras y resto de contratos de importe superior a 200.000€ y 60.000€, respectivamente. No se determina qué información publicar; vg. respecto de aquéllos de importe inferior al señalado quizás sería suficiente mencionar el órgano de contratación y la dirección de acceso, y los de cuantía superior podrán aportar información detallada respecto del tipo de contratos, fecha, dirección de acceso, etc.

⁷ Importes asimismo actualizados por la Orden EHA 3497/2009, de 23 de Diciembre.

para la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada en el Capítulo I, Libro III, del Título II LCSP con algunas matizaciones -art. 174 LCSP (modificado en su apdo. 1.a por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto) y DT Sexta LCSP-.

Aunque nada apunta la LCSP, ACUAEBRO ha considerado conveniente dar publicidad expresa a la circunstancia transitoria de no aprobación de dichas instrucciones, en el perfil del contratante, por los efectos que de ello se derivan para los licitadores, por ejemplo -conforme posteriormente desarrollamos-.

I.3.-Características generales de los contratos.

En síntesis, hasta la aprobación de las referidas instrucciones todos los contratos que celebren las Sociedades incluidos en el ámbito subjetivo de la LCSP -por cuanto no excluidos en virtud del art. 4 LCSP⁸-, ostenten o no la condición de sujetos a regulación armonizada, se sujetarán, en cuanto a aspectos relativos a su **adjudicación, a las prescripciones previstas respecto de éstos, es decir, las previstas para la "Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas" -arts. 122 a 172, Capítulo I LCSP-**, con las **"adaptaciones"** que determinan la **no aplicación de los preceptos relativos a los siguientes aspectos** -artículos 174 (modificado en su apdo. 1.a por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto) y Disposición Transitoria Sexta LCSP-:

A)Intervención del Comité de Expertos para la valoración de criterios subjetivos -art. 134.2 segundo párrafo LCSP-.

B)Criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas -art. 136.1 y 2 LCSP-.

C)Formalización de contratos, a excepción de la necesaria observación del plazo y de la imposibilidad de iniciar su ejecución sin su previa formalización, previstas en los apdos. 3 y 5 del artículo 140 LCSP (novedad introducida por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto).

⁸ Entre los negocios jurídicos excluidos de la LCSP, destaca:

-La limitación respecto de la exclusión de los Convenios de colaboración del ámbito de la LCSP, en el sentido de obligar a aplicar la LCSP siempre que su objeto encaje con el previsto respecto de cualquier contrato en la LCSP, independientemente de su importe -art. 4.1.c y d-. Como posible legitimación a efectos de utilización de la fórmula del Convenio, nos permitimos poner sobre la mesa supuestos de aportación por cada parte de medios personales o materiales, sin mediar contraprestación, como comunidad de fines en aras a obtener un resultado satisfactorio para ellas.

-Contratos de arrendamiento de inmuebles y patrimoniales, que tendrán carácter de contratos privados y se regirán por la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, sin que, en consecuencia resulten de aplicación vg. las prohibiciones para contratar previstas en la LCSP -art. 4.1.p-.

-Negocios jurídicos en los que se encarga a un medio propio la realización de determinada prestación -art. 4.1.n, regula dos en el artículo 24.6 LCSP-.

D) Prescripciones relativas al examen de proposiciones, valoraciones y propuesta de adjudicación por el órgano competente -art. 144 LCSP-.

E) Publicidad, en cuanto las "licitaciones" y "adjudicaciones" referidas en el párrafo primero del apdo. 1 del artículo 126 y el párrafo primero del apdo. 2 del artículo 138 LCSP⁹ -si bien éste tras su modificación por Ley 34/2010, de 5 de Agosto, ha pasado a referirse a la publicidad de las "formalizaciones" (ya no de las "adjudicaciones"), a diferencia del art. 174.1.b que continúa refiriéndose a "adjudicaciones" sin haberse modificado, lo cual induce a confusión)-, no deberán obligatoriamente publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», bastando su publicidad en los siguientes medios -art. 174.1.b-:

i) BOE:

Resulta conveniente publicar en el BOE los procedimientos de licitación y formalización de contratos sujetos a regulación armonizada ->4.845.000 y 193.000€ en obras y servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anejo II LCSP y suministro, respectivamente (arts. 126.1 párrafo segundo y 138.2 párrafo segundo LCSP aplicables sin matización, según art. 174.1.b LCSP-. Recordemos que el art. 135.4 LCSP (modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto) permite considerar suficiente la publicación de la adjudicación del contrato en el perfil del contratante, sin perjuicio de su notificación individual.

ii) Diario Oficial de la Unión Europea -DOUE-¹⁰:

-Todos los anuncios de licitación -art. 126.1 párrafo segundo y DT. Sexta LCSP-. Dicha publicidad cobra singular importancia en la medida en que la no publicación del anuncio de licitación en el DOUE en caso de que sea preceptiva de conformidad con el art. 126 LCSP se considera una de las causas de nulidad de la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada - art. 37.1 LCSP, modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto-.¹¹

⁹ Es decir, todas salvo las relativas a procedimientos negociados sin publicidad y los contratos menores -incluidos los procedimientos negociados con publicidad del artículo 161.1 y 2 LCSP (motivados por la concurrencia de causas objetivas del artículo 154 a) y b), 155 a), y 158 a), presentación en otros procedimientos de ofertas anormalmente bajas o inaceptables, contratos en los que resulte imposible calcular el precio global y de servicios de carácter intelectual en los que resulte imposible definir sus características, a los cuales se aplican los artículos 147 a 150 LCSP, los de importe inferior a 1.000.000€ pero superior a 200.000€ en obras e inferior a 100.000€ pero superior a 60.000€ en servicios y suministro, señalados en artículos 155.d), 156 b), 157 f), 158 e) y 159), y la formalización de contratos de importe superior a 100.000€, sin IVA-.

¹⁰ Los anuncios de licitación y adjudicación de contratos en DOUE y BOE se ajustarán a los modelos incluidos en los Anexos II y III del Real Decreto 817/2009, de 8 de Mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de Octubre -DT Segunda-.

¹¹ Conviene advertir que la LCSP contempla, además, la posibilidad de interponer causa de nulidad del contrato, en los términos señalados en el art. 39 LCSP, modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto.

Asimismo, determina la invalidez de los contratos sujetos a regulación armonizada en caso de que concurra la invalidez de alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o civil a que se refieren los arts. 32 y ss. LCSP -art. 31 LCSP, modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto-.

A efectos de reducción de plazos de presentación de ofertas en los anuncios de licitación publicados en el DOUE, se estará a lo señalado en el apartado II.1.1º de este documento.

-Como decimos, en particular, deberá publicarse en el mismo la "formalización" -anteriormente "adjudicación definitiva"- de cualquier contrato sujeto a regulación armonizada o de importe igual o superior a 100.000€, sin IVA, debiéndose remitir el anuncio al DOUE previamente a su publicidad en cualquier otro medio, y en menos de cuarenta y ocho horas desde su formalización -arts. 138 (modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto) y 174 LCSP-.

-En particular, ACUAEBRO comunicará a la Comisión Europea la adjudicación de contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II (modificado por el RD 817/2009, de 8 de Mayo) y de cuantía igual o superior a 193.000€, a los efectos de conocer si estima procedente su publicación -art. 138.3 LCSP (modificado por Ley 34/2010)-.

iii) Perfil del contratante:

-Todos los anuncios de licitación, incluidos los negociados con publicidad del artículo 161.1 y 2 LCSP.

-La "adjudicación" y "formalización" de todos los contratos, a excepción de los contratos menores -aquellos de importe inferior a 50.000€ y 18.000€ en obras y servicios y suministros, respectivamente (arts. 174, 122.3, 126.1, 126.4, 138.1 y 2, modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto, y 161.2 LCSP), si bien, en aras a la transparencia, nada impide su voluntaria publicidad-.

Dicha publicidad deberá efectuarse en los plazos y con el contenido establecidos al efecto, como el reflejo del plazo en que debe procederse a la formalización del contrato -artículos 42.2, y 140.3 y 135.4 LCSP (modificados por Ley 34/2010)-.¹²

iv) Plataforma de contratación:

Al constituir la suma de todos los perfiles de contratantes, deberán publicarse en la misma los anuncios que se publiquen en el perfil de ACUAEBRO, así como en el DOUE -arts. 309 y 174.1.b LCSP-.

¹² Ello sin perjuicio de su notificación individualizada -con la información reseñada asimismo en el art. 135.4 LCSP, redactado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto, incluyendo el plazo para su formalización y aquella que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer recurso-.

Dicho soporte cobra total protagonismo en la medida en que permite acreditar a ACUAEBRO la fecha de publicación de los anuncios, a efectos del inicio del cómputo de plazos de posibles recursos¹³.

No obstante lo hasta aquí expuesto, ACUAEBRO podrá no publicar determinada información relativa a la adjudicación y formalización del contrato en los casos excepcionales determinados en el art. 137, justificándolo debidamente en el expediente -art. 138. 4 LCSP (modificado por Ley 34/2010)-.

II.-PROCEDIMIENTOS.

Resultan de aplicación necesaria a los contratos sujetos y no a regulación armonizada que pretendan celebrar las sociedades estatales del agua, los procedimientos de adjudicación previstos en el Capítulo I, Título I, Libro III LCSP para las Administraciones Públicas, con las salvedades apuntadas, a cuyo contenido nos remitimos, limitándonos a incidir en las siguientes cuestiones de interés:

II.1.-Abierto -artículos 141 y siguientes- y restringido - artículos 146 y siguientes-, considerados procedimientos ordinarios -art. 122.2 LCSP-.

II.1.1º-Abierto:

El plazo para presentación de ofertas es cincuenta y dos días desde el envío de anuncio al DOUE, pudiendo reducirse a treinta y seis días si se publica previamente anuncio indicativo en el plazo señalado en la LCSP, en cinco días si, como viene siendo habitual, se ofrecen los Pliegos y el total de documentación complementaria -vg. el proyecto- por medios electrónicos, y en siete días adicionales si los anuncios se preparan y envían por medios electrónicos, informáticos o telemáticos -art. 143.1 LCSP-.¹⁴

En caso de no ponerse a disposición por medios electrónicos los Pliegos y resto de documentación complementaria, deberán remitirse a los interesados en un plazo no superior a seis días desde la recepción de la solicitud, presentada antes de finalizar el plazo -art. 142 LCSP-.

¹³ Entre los servicios generales que presta la Plataforma de Contratación del Estado a los usuarios del órgano de contratación está el "d) Sellado de tiempo a través de la FNMT de todos los documentos publicados en la Plataforma, para garantizar de manera fehaciente el momento de inicio de la difusión pública de la información" -artículo 5.1 d) de la Orden EHA/1220/2008, de 30 de Abril, por la que se aprueban las instrucciones para operar en la plataforma de contratación del Estado-.

¹⁴ Si, por razones de urgencia, excepcionalmente resultara impracticable el cumplimiento de los plazos mínimos establecidos, será de aplicación lo previsto en el artículo 96.2.b LCSP- sobre reducción de plazos -art. 174.2 LCSP-.

En todo caso la apertura de la proposición económica se realizará en acto público¹⁵.

Cuando para la adjudicación del contrato deba tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, aquélla deberá efectuarse dentro de los dos meses siguientes a la apertura de proposiciones, salvo que se haya establecido en el Pliego de Cláusulas Particulares otro plazo máximo para dicha adjudicación. En el caso de que el único criterio a considerar en la selección del adjudicatario sea el precio, la adjudicación recaerá dentro de los quince días a contar desde el siguiente al de la apertura de proposiciones -art. 145.1 y 2 (modificado por Ley 34/2010, de 5 de Agosto)-.

II.1.2º.-Restringido:

El plazo para efectuar solicitudes de participación es treinta y siete días, pero se reduce en siete días si se envía anuncio por medios electrónicos. El plazo para presentar ofertas será cuarenta días desde el envío de invitación, pudiendo reducirse en cinco días si se permite acceder a los Pliegos y resto de documentación por medios electrónicos -arts. 148 y 151 LCSP-.

El número mínimo de empresas a seleccionar será de cinco - artículo 147.2 LCSP-.

Los empresarios son seleccionados en atención a su solvencia -art. 147.1 LCSP-.

La valoración y proposición de adjudicación se efectuará por la Mesa de Contratación -art.149 LCSP-.

II.2-Negociado -artículo 153 y ss.-, con o sin publicidad - artículos 161 y 162-.

Puede utilizarse en caso de concurrir alguna de las circunstancias previstas, con carácter general y/o respecto de cada tipo de contrato, en los artículos 154, y 155 a 159 LCSP.

El Pliego de Cláusulas Particulares ha de determinar los aspectos económicos y técnicos objeto de negociación, permitiéndose la adaptación de las ofertas presentadas a los requisitos indicados en el anuncio, en su caso, y en los documentos complementarios, para identificar la oferta económicamente más ventajosa -art. 160 y 162.4 LCSP-.

Si bien se exige la consulta como mínimo a tres empresas, es posible determinar fases en el procedimiento, que permitan la

¹⁵ La Ley determina como única excepción que se prevea en la licitación la posibilidad de utilizar medios electrónicos -artículo 144.1 LCSP-.

reducción de negociadores, dejando constancia de ello en el expediente -artículo 162.2-.

Aunque para las Sociedades estatales la constitución e intervención de la Mesa de contratación sea potestativa -a diferencia de la Administración, respecto de la cual se exige su intervención no sólo en este procedimiento (arts. 161.1 y 2, 295 LCSP)-, conforme advierte la Instrucción nº 1/2008, resulta conveniente.

II.2.1º Negociado sin publicidad -arts. 126.1 y 161.2 LCSP-:

* Obras <200.000€, sin IVA.

Independientemente de su cuantía, obras complementarias por causas imprevistas, si su importe acumulado no supera el 50% del precio primitivo del contrato y se cumplen el resto de requisitos -art. 155 b-, u obras repetición de otras similares anteriormente adjudicada en los términos del artículo 155.c LCSP.

* Servicios y suministros <60.000€, sin IVA.

* Independientemente de su cuantía, si concurre alguna de las circunstancias previstas en los artículos 154 c) a g), 155 b) y c), 157 a) a e), y 158.b) a d) LCSP.

II.2.2º-Negociado con publicidad -arts. 126, 147 a 150, 154 a) y b), 155 a), 158 a), 161.1 a 3, 162 y 174 LCSP (éste modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto)-:

*Obras >200.000<1.000.000€, sin IVA -art. 155.d-.

*Servicios y suministros y resto de contratos >60.000 <100.000€ -arts. 157.f, 158.e y 159-.

Al aplicarse los artículos 147 a 150 se genera concurrencia. Se abrirá en primer lugar la oferta económica, y posteriormente se solicitará a los seleccionados el desglose de sus ofertas.

II.3-Diálogo competitivo -artículos 75, 163 y siguientes LCSP-.

Procedimiento novedoso aunque difícilmente aplicable por su carácter residual, limitado a contratos de objeto complejo a los cuales la Sociedad no pueda dar respuesta o solución técnica o económica adecuada.

En parte similar al abierto, permite valorar otros criterios además del precio -art. 167.2 LCSP-; en el anuncio han de fijarse los criterios de solvencia exigidos; se selecciona a los licitadores y se les invita a dialogar, cerrándose el diálogo con la presentación de ofertas.

Permite compensar a los participantes no adjudicatarios -art. 163.2 LCSP-.

II.4.-Normativa aplicable a los contratos menores

Regulados en los arts. 23.3, 28.2, 75, 77.2, 95, 122.3, 138.1 y 140.2 (ambos modificados por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto), y Disposición Adicional Duodécima.1 LCSP, ésta respecto de la contratación de acceso a bases de datos e inscripción en publicaciones-. Son básicamente los siguientes:

*Obras <50.000€, sin IVA.

*Servicios y suministro <18.000€, sin IVA.

Si bien su expediente únicamente exige factura y aprobación del gasto, en aras al principio de buena administración, concurrencia y transparencia, voluntariamente puede incorporarse otra documentación -vg. establecer una horquilla que, en función del importe, exija la incorporación de tres ofertas.. etc.-.

Su adjudicación no ha de publicarse obligatoriamente en el perfil del contratante -art. 138.1 LCSP-.

III.-FORMAS O TÉCNICAS DE ADJUDICACIÓN.

Desaparecen los términos subasta y concurso, limitándose a establecer uno o varios criterios directamente vinculados al objeto del contrato para la adjudicación del mismo a la oferta económicamente más ventajosa: el precio, o el precio y otros.¹⁶

Los criterios de adjudicación y su ponderación deben publicarse en los Pliegos y en el anuncio de licitación -art. 134.5, no del todo concordante con el art. 134.2 LCSP-.

En la determinación de los criterios de adjudicación habrá de darse preponderancia a aquéllos que hagan referencia a las características del objeto de contrato que pueda valorarse mediante cifras o porcentajes -vg. mera aplicación de las fórmulas establecidas en los Pliegos-.

Se introducen los criterios de sostenibilidad en la contratación -art. 134.1 LCSP-, que han de estar indefectiblemente vinculados al objeto del contrato, como las características ambientales¹⁷ y aspectos sociales -como inserción de parados, cuestiones de género, minorías, pymes...-.¹⁸

¹⁶ Vid., tras diversas SSTs dictadas en 2004, STS de 31 de Marzo de 2007 -advierte la no adecuación a derecho de la inclusión de la experiencia entre los criterios de valoración de ofertas-, y STJUE de Enero de 2008.

¹⁷ Vid. Orden PRE/116/2008, de 21 de Enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (BOE de 31 de Enero de 2008).

En la proposición deberá indicarse como partida independiente el importe del IVA que deberá repercutirse -art. 129.5 LCSP-.

Los plazos de la LCSP para presentación de ofertas en el procedimiento se consideran mínimos, pudiendo la Sociedad fijar en el Pliego y anuncio plazos superiores.

Deberá realizarse en acto público la apertura de los sobres de las ofertas técnicas relativas a criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor -dentro de los siete días a contar desde la apertura de sobres de la documentación administrativa- y la apertura de los sobres de las ofertas económicas. El acto de apertura de las ofertas económicas deberá ser posterior a la valoración de las ofertas técnicas admitidas -arts. 26 y ss. del RD 817/2009, de 8 de Mayo-; es decir, se evaluarán en primer lugar los criterios discrecionales -art. 134.2 LCSP, 30.3 y DF 1ª del RD 817/2009, de 8 de Mayo, desarrollo de lo dispuesto en el art. 134.2 de la LCSP-.

Las ofertas presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales se clasificarán por orden decreciente -art.135.1 LCSP (modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto)-.

Se mantiene el secreto y la confidencialidad de las ofertas presentadas, debiéndose adoptar por la Sociedad los oportunos mecanismos que la garanticen hasta la apertura de ofertas. Dicha confidencialidad es asimismo exigida ex lege a los licitadores.

Entre las novedosas "técnicas" racionalizadoras -que no propiamente "procedimientos" de contratación- incardinadas en el Título II, de posible aplicación -arts. 178 y ss. LCSP- el acuerdo marco -permite adjudicar a uno o varios empresarios, siendo su plazo cuatro años, arts. 180 a 182 LCSP-y el sistema dinámico de contratación -vg. iniciado mediante procedimiento abierto, permite la incorporación sucesiva de posibles interesados, artículos 183 a 186 LCSP-.

Finalmente, señalar asimismo como novedad la incorporación de la subasta electrónica, no considerada propiamente procedimiento sino una fórmula para finalizar éste, sea abierto o restringido,

Vid. asimismo Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 4 de Julio de 2001, Manual sobre contratación pública ecológica de 2005, Comisión Europea, relativo a compras ecológicas, Directivas nº 17 y 18/2004, y SSTJCE de 17 de Septiembre de 2002 y 4 de Diciembre de 2003.

¹⁸Interesa advertir que, el Consejo de Estado sugirió su replanteamiento y mayor precisión de sus condiciones en cuanto criterios de adjudicación establecidos en el art. 134 del anteproyecto de LCSP -posterior art. 134.1 LCSP-.

Vid. STJUE de 26 de Septiembre de 2000, la cual ratifica la adecuación a derecho de la actuación de Francia en cuanto a la introducción como uno de los criterios de adjudicación en el Pliego la lucha contra el desempleo, previa su advertencia en el correspondiente anuncio de licitación.

Nos permitimos sugerir que quizás hubiera resultado más operativo fijar dichos requisitos como criterios de selección, que permitieran por ejemplo la exclusión de candidatos condenados por delito o sancionados falta grave por incumplimiento de normativa laboral, puesto que su seguimiento durante la ejecución del contrato como criterios de adjudicación resulta complicado -vg. como compromiso de evitar la discriminación, de realizar buenas prácticas sociales, etc.-

evaluándose las ofertas con anterioridad. Su utilización debe advertirse en el anuncio de licitación -artículo 132 LCSP-.

IV-REQUISITOS RELATIVOS A PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

Sin perjuicio de remitirnos a su detallado análisis en la Instrucción nº 1/2008 y al contenido de los Pliegos de Cláusulas Particulares que, tras su informe por la Abogacía del Estado, autorice el Consejo de Administración de la Sociedad estatal, hasta que se apruebe la instrucción interna los procedimientos y contratos sujetos o no a regulación armonizada que celebre esta Sociedad estatal deberán atender, entre otros, los siguientes aspectos:

IV.1.- Requisitos relativos al órgano de contratación.

IV.1.1º.-Capacidad para contratar de las Sociedades.

La capacidad para contratar de los representantes legales se regirá por lo dispuesto en sus Estatutos y normas de Derecho privado en cada caso de aplicación -artículo 291.6 de la LCSP-, indistintamente de si se trata de contratos sujetos o no a regulación armonizada.

IV.1.2º.-Perfil del contratante -artículo 42 de la LCSP (modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto)-.

Sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos legalmente previstos o voluntariamente, la Sociedad estatal difunde a través de Internet su "perfil de contratante", en el que deberá incluir i) los anuncios de licitaciones, ii) Pliegos y, añadimos, a efectos de aplicar la posible reducción de plazos en DOUE, la totalidad de documentación complementaria o su forma de obtención vía electrónica -como vg. el proyecto de ejecución de obra-, iii) la adjudicación y formalización de contratos en los términos y plazos fijados por la Ley y **de forma que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión o publicidad de su información**, iv) la forma de contactar, iv) las citadas instrucciones a que se refiere el art. 175.b y DT Sexta LCSP, vi) así como cualesquiera datos e informaciones relativos a la actividad contractual del órgano de contratación, y, en su caso vii) los anuncios de información previa contemplados en el art. 125 LCSP.

Entre otros extremos, en los ficheros y página del perfil del contratante deberá advertirse que, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en su Reglamento de desarrollo, RD 1720/2007, de 21 de diciembre, los datos de empresas y particulares quedarán incorporados al fichero de datos de carácter personal y titularidad de ACUAEBRO -o de quien corresponda-, que ésta utiliza en la tramitación de los

procedimientos administrativos de su competencia y cuya finalidad es exclusivamente la actividad objeto de dichos procedimientos, siendo esta empresa -o quien corresponda- responsable de su tratamiento y seguridad, y que siempre que el particular o empresario lo estime oportuno, por escrito, podrá ejercitar su derecho de acceso, de rectificación, de cancelación y de oposición al registro de sus datos, conforme a lo establecido en el citado Reglamento, debiendo facilitarse la dirección postal de la Sociedad estatal.

La seriedad, exactitud e inmutabilidad del contenido de la información publicada en de dicha página web deviene esencial por sus importantes efectos -vg. en cuanto a notificaciones-, debiéndose evitar frases o advertencias relativa a que la misma sea susceptible de modificación.

La forma de acceso al referido perfil debe especificarse en las páginas Web institucionales que mantengan los entes del sector público, en los pliegos y anuncios de licitación, y en la Plataforma de Contratación del Estado -artículo 309 LCSP-.

IV.2.-Aptitud del contratista -art. 43 de la LCSP-.

Indistintamente de si se trata de contratos sujetos o no a regulación armonizada, éstos en tanto se aprueben las instrucciones internas, resultan aplicables a la totalidad de procedimientos las normas establecidas al efecto en la LCSP, condiciones de aptitud -capacidad de obrar, prohibición de contratar, y acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigibles a personas, naturales o jurídicas, españolas o extranjeras -epígrafes "A", subapartados 2.1 a 2.4, y "B", subapartado 1.2 de la Instrucción nº 1/2008, a los cuales nos remitimos-, con las peculiaridades apuntadas a continuación:

-Respecto de la forma de apreciación y declaración de concurrencia de las mencionadas prohibiciones de contratar, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 50 LCSP -modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto-, indistintamente de si se trata de contratos sujetos o no a regulación armonizada. Debe tenerse en cuenta, además, la supresión de la prohibición de celebración de contratos de servicios con empresas de trabajo temporal, a partir de 1 de abril de 2011 -derogación de la Disposición Adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por la Ley 35/2010, de 17 de Septiembre-.

-En relación con los requisitos acreditativos de la solvencia y clasificación, serán de aplicación indistinta a los contratos sujetos o no a regulación armonizada los artículos 51 a 53 LCSP.

La admisión de medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 64 a 68 LCSP se circunscribe a los contratos no sujetos a regulación armonizada, siendo preceptivos los apuntados criterios respecto de los contratos sujetos -artículo 63.3 de la Ley-.

No son aplicables a los contratos no sujetos a regulación armonizada las disposiciones de acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y de gestión ambiental - arts. 69 y 70 LCSP y epígrafe "A", apartado 2.5 de la Instrucción nº 1/2008-.

Los requisitos mínimos de solvencia, necesariamente vinculados al objeto del contrato, y la documentación requerida para su acreditación deberá indicarse en el anuncio y en el Pliego -art. 51.2-.

Podrá reflejarse en el Pliego la posibilidad de acreditar la solvencia exigida mediante medios externos, basándose en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios -artículo 52 de la LCSP, conforme a la Directiva 2004/18/CE-.

Nos permitimos advertir que, si bien conforme determina a la LCSP la exigencia de clasificación por esta Sociedad-poder adjudicador será potestativa -art. 54.5 LCSP-, en la práctica parece difícil y desaconsejable aplicar dicha flexibilización en la licitación de ejecución de obras en particular, si los proyectos constructivos aprobados por la Administración General del Estado -indistintamente de si se prevé o no la gestión de su construcción mediando una sociedad pública-poder adjudicador- incluyen la exigencia de clasificación, sin ostentar el órgano de contratación facultad para variar dicha prescripción.

En caso de se exija clasificación -que ahora ostenta vigencia indefinida- sustituirá a la acreditación de la solvencia económica, financiera y profesional o técnica -artículos 51.1 y 59 LCSP-.

La clasificación será siempre medio de prueba de la solvencia -artículos 54.5, 59 y 63.2 LCSP-.

En los contratos de obras, servicios, y suministros que incluyan servicios o instalaciones, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen en la oferta o solicitud de participación, los nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación -artículo 53.1 LCSP-. Asimismo, podrá exigirse a los licitadores en los Pliegos que, además de acreditar la solvencia o clasificación se comprometan a adscribir a la ejecución del contratos los medios personales o materiales suficientes, y atribuirse al

cumplimiento de dicho compromiso carácter de obligación esencial o asociarse la posible aplicación de penalidades -art. 53.2 LCSP-.

Hasta que se desarrollen reglamentariamente los preceptos reguladores al efecto, permanecen vigentes los artículos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto no resulten contrarios a la LCSP, así como, al efecto de la determinación de los casos en que es exigible a la Administración la apuntada clasificación, el art. 25.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -DT Quinta LCSP-.¹⁹

Es obligatoria la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado -regulado en el Capítulo II del Real Decreto 817/2009, de 8 de Mayo-, entre otros aspectos, de la clasificación de las empresas contratistas y de las prohibiciones de contratar en los casos especificados en el art. 50.4 de la LCSP, y Capítulo II del Real Decreto 817/2009, de 8 de Mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP (en vigor tras la publicación de la Orden EHA/1490/2010, de 28 de mayo, por la que se regula el funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, según DT Segunda del Real Decreto)-. La certificación demostrativa de la inscripción en dicho Registro, acompañada de una declaración responsable del licitador respecto de la no variación de las circunstancias reflejadas en dicha certificación acredita las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no de las prohibiciones de contratar que deban constar; y permite sustituir la presentación de las documentaciones referidas en el art. 130.1 LCSP (modificado por Ley 34/2010, de 5 de Agosto). Salvo que en el Pliego de Cláusulas Particulares se disponga lo contrario, la mencionada certificación podrá ser expedida electrónicamente; y su incorporación podrá efectuarse de oficio por ACUAEBRO -solicitándolo directamente al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas-, sin perjuicio de la necesaria aportación por el licitador de la mencionada declaración responsable -arts. 19 y 20 del Real Decreto 817/2009, de 8 de Mayo-.

¹⁹Para la Administración se exige respecto de los contratos de obras y servicios cuyo importe sea igual o superior a 350.000€ y 120.000€, respectivamente, exceptuándose los servicios financieros de investigación y desarrollo, jurídicos, de esparcimiento, culturales y deportivos, y "otros servicios" indeterminados -art. 54.1 LCSP y DT Quinta-. Se exencionan de dicha exigencia a las empresas no españolas de Estados miembro de la UE -art. 55 LCSP-.

Asimismo, en caso de que parte de la prestación del contrato haya de realizarse por empresas especializadas que cuentan con "habilitación o autorización profesional", la clasificación en el grupo correspondiente a dicha especialización, caso de exigirse, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar dicha ejecución en los términos del artículo 54.1 LCSP.

Las certificaciones comunitarias de clasificación o similares sientan la presunción de aptitud de los empresarios autorizados para contratar en los Estados miembro de la UE, en los términos del artículo 73 LCSP- -por su interés, puede resultar conveniente reproducir en los Pliegos el tenor del precepto apuntado-.

IV.3.- Elementos reales: objeto, plazos de pago, precio y plazo de duración del contrato.

IV.3.1º- Precio.

Resultan asimismo de aplicación general las normas sobre cálculo del valor estimado de los contratos -artículo 76 LCSP-.

No serán aplicables a los contratos, sujetos o no a regulación armonizada, los criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas que establecen los apartados 1 y 2 del artículo 136 y 174.1.a) de la LCSP.

IV.3.2º.-Plazos de pago.

La Ley 3/2004, de 29 de Diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, determina plazos de pago diferentes en función de si es efectuado como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre i) la Administración y la empresa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, o ii) entre empresas, de acuerdo con los siguientes calendarios de implantación -art. 2. de la Ley 3/2004, modificado por la Ley 15/2010, de 5 de Julio-:

i) La Administración deberá reducir progresivamente sus plazos de pago a las empresas hasta llegar, a partir del 1 de Enero de 2013, al abono del precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, conforme al siguiente calendario -apartado 4 del artículo 200 y Disposición Transitoria octava de la LCSP, modificado e introducida (respectivamente) por la Ley 15/2010-:

-Hasta el 31 de Diciembre de 2010, dentro de los cincuenta y cinco días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

-Entre el 1 de Enero de 2011 y el 31 de Diciembre de 2011, dentro de los cincuenta días siguientes a la antecitada fecha.

-Entre el 1 de Enero de 2012 y el 31 de Diciembre de 2012, dentro de los cuarenta días siguientes a dicha fecha.

ii) Las operaciones comerciales entre empresas deberán asimismo reducir los plazos de pago, hasta llegar, a partir del 1 de Enero de 2013, al abono del precio dentro de los sesenta días desde de la fecha de recepción de las mercancías o de la prestación -art. 4 de la Ley 3/2004 modificado por la Ley 15/2010 (su redacción originaria contemplaba un plazo de pago inferior, treinta días-, conforme al siguiente calendario de implantación:

-Hasta el 31 de Diciembre de 2011, el plazo será de ochenta y cinco días.

-Entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, será de setenta y cinco días.

Además, entre otras modificaciones, la Ley 15/2010 prohíbe el pacto de plazos de pago superiores a los por ella fijados -a diferencia de la redacción originaria de la Ley 3/2004-, al cual anuda la posible declaración de nulidad de la cláusula contractual.

El análisis de la regulación vigente permite concluir la aplicación a la Sociedad estatal del régimen previsto para operaciones comerciales realizadas por la Administración, puesto que ACUAEBRO encaja en la vigente definición de ésta a los efectos de la Ley 3/2004 -art. 2 de la Ley 3/2004, tras su modificación por la Ley 15/2010-. Se considera "Administración", en sentido amplio, "los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público" de acuerdo con la definición de "poderes adjudicadores" del artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público": Administraciones Públicas y todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de éstas creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con estos criterios financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia, así como las asociaciones constituidas por dichos entes, organismos y entidades. En línea con dicha definición amplia del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 3/2004, su exposición de motivos o preámbulo se refiere al sector público sin más.²⁰

²⁰ En su redacción originaria, el art. 2 de la Ley 3/2004 definía "Administración" de forma más restringida, como " Administraciones públicas, organismos y entidades" previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del -entonces vigente- Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, el cual se refería a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, los organismos autónomos en todo caso y las "restantes entidades de derecho público" con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, siempre que hubieran

Es decir, conforme a lo anteriormente dispuesto, la sociedad estatal ACUAEBRO formaría parte del sector público, ostentando condición de "poder adjudicador" a los efectos definidos en la LCSP -art. 3.3 LCSP-, y, por tanto, encajaría en la vigente y amplia definición de "Administración" a los efectos de la Ley 3/2004.

Los contratos modelo autorizados por el Consejo de Administración de la Sociedad con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma contemplan el pago de las certificaciones o facturas -en función de si se trata de contratos de obra o servicios y suministros, respectivamente-, caso de ser conformes, a los sesenta días desde la fecha de recepción de la factura, considerándose fecha de recepción el día diez del mes si la factura se ha recibido durante los diez primeros días de cada mes, o el día veinticinco del mes si aquélla se recibe con posterioridad al referido día diez del mes.

Por tanto, a la vista de lo expuesto, procede adaptar los plazos de pago de los contratos a licitar por la Sociedad estatal -previo informe de la Abogacía del Estado y autorización por el Consejo- en su condición de poder adjudicador, al régimen expuesto para las operaciones comerciales entre la "Administración" y la empresa, mediante la aplicación de los plazos de pago señalados en el apdo. 4 del art. 200 LCSP -modificado por la Ley 15/2010-, a aplicar progresivamente hasta llegar al pago en treinta días desde el 1 de Enero de 2013, conforme al calendario dispuesto en la Disposición transitoria Octava en la LCSP -introducido por la Ley 15/2010-.

IV.3.3º.- Plazo y prórrogas de contratos sujetos o no regulación armonizada.

Resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 23 de la LCSP, en particular la limitación a un año, sin posibilidad de prórroga, del contrato menor.

sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tuvieran carácter industrial o mercantil, y cuya actividad estuviera mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se hallase sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estuvieran compuestos por miembros más de la mitad de los cuales fueran nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público. Es decir, las Entidades de derecho público no comprendidas en dicho ámbito y las sociedades de derecho privado no encajaban en dicha definición; de hecho, el régimen jurídico aplicable a la adjudicación de determinados contratos de derecho privado por aquellas sociedades privadas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tuvieran carácter industrial o mercantil, en las que concudiesen determinados requisitos, se regulaba en otro precepto -el art. 2 del Texto Refundido, el cual no incorpora referencia a dichas sociedades hasta su modificación por Ley 62/2003, de 30 de Diciembre (sin perjuicio de posterior variación por Ley 42/2006, de 28 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007)-.

IV.4.- Elementos formales.

IV.4.1º.-Justificación de la necesidad e idoneidad del contrato en la documentación preparatoria.

En la documentación preparatoria del contrato, sujeto o no a regulación armonizada, ha de justificarse la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas -artículo 22 de la LCSP-.

IV.4.2º.- Expediente de contratación.

IV.4.2º.a) Pliegos.

Conforme se razona en el epígrafe "A", apartado 4.4, subapartado "a" de la Instrucción nº 1/2008, y en la Circular nº 1/2008, a pesar de que la LCSP permite deducir que el Pliego -de cláusulas particulares, no procediendo su denominación como pliego de cláusulas "administrativas" particulares- será potestativo en aquéllos procedimientos de importe inferior a 50.000€ -art. 121.2 LCSP-, parece prudente determinar la obligación de disponer del referido Pliego de Cláusulas para la totalidad de procedimientos, a excepción de los contratos menores -no procedimientos propiamente dichos-, previamente informados por el Servicio Jurídico respectivo -artículo 99.6 LCSP-.

IV.4.2º.b) Mesa de Contratación.

Asimismo, si bien la constitución de la Mesa de Contratación, es potestativa, deviene conveniente en todos los procedimientos propiamente dichos, incluidos los negociados, dando así continuidad a la que viene siendo fórmula de actuación habitual de la Sociedad acorde a anteriores instrucciones de la Dirección General de Patrimonio del Estado -a esta fecha no modificadas o adaptadas a la nueva LCSP-. Igualmente, nada impediría aplicar, en la medida de lo posible, lo dispuesto respecto de las Administraciones Públicas en cuanto a la composición de la Mesa de Contratación y su publicación -en el perfil del contratante y, en determinados casos, en el BOE-, los requisitos para su válida su constitución y sus funciones -arts. 21 y ss. en el Real Decreto 817/2009, de 8 de Mayo-.

IV.4.3º.-Adjudicación del contrato.

La modificación del art. 135 LCSP por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto, suprime la diferenciación entre adjudicación provisional y definitiva artículo 135 LCSP -recuperada por la LCSP (en su versión de 2008) de la normativa predecesora del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-, y vuelve a la adjudicación única. Esta puede considerarse aplicable a los contratos sujetos o no a regulación armonizada,

por hallarse regulado en el artículo 135, insertado en el Capítulo I al cual se refiere el artículo 174 LCSP -DT Sexta-.

Tras clasificar por orden decreciente y conforme a los criterios de adjudicación señalados en el Pliego o en el anuncio las ofertas presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales -art. 136.4 LCSP (modificado por Ley 34/2010)-, ACUAEBRO -según razonamos a continuación, el Consejo de Administración- requerirá al licitador que haya presentado la "oferta económicamente más ventajosa" para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de i) hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social -o autorice a ACUAEBRO para obtener de forma directa la acreditación de ello-, de ii) disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al art. 53.2 LCSP, y de iii) haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en el Pliego de Cláusulas Particulares.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

La exigencia de que el órgano de contratación -el Consejo de Administración de ACUAEBRO- adjudique el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la referida documentación -art. 135.2 LCSP-, plantea un problema práctico, a la vista del régimen de funcionamiento de esta Sociedad. Se trata de un plazo ciertamente reducido, debiéndose adoptar por la Sociedad estatal las medidas adecuadas en orden a su cumplimiento.

En los procedimientos negociados y de diálogo competitivo, la adjudicación concretará y fijará los términos definitivos del contrato.

La adjudicación deberá realizarse mediante resolución motivada, la cual será notificada a todos los candidatos y licitadores, incluso los excluidos, con el alcance y contenido previstos en el art. 135.4 LCSP. Simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante -arts. 145 y 135.4 LCSP (modificados por Ley 34/2010, así como en cuantos otros medios se considere necesario o conveniente, anterior apdo. I.3.1º.e del presente documento-. La notificación de la adjudicación deberá contener:

-El nombre del adjudicatario, las características y ventajas de su proposición determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las presentadas por los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas, así como, en relación con los candidatos descartados o excluidos, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura, o se haya inadmitido su oferta. Ello sin perjuicio de la posible aplicación de la excepción de confidencialidad, o información no publicable, en los términos del artículo 137 LCSP -modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto-.

-La información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310 LCSP, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

-El plazo en que debe procederse a la formalización del contrato conforme al artículo 140.3 LCSP.

La notificación se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario, pudiendo efectuarse por correo electrónico a la dirección que los licitadores o candidatos hubiesen designado al presentar sus proposiciones, en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de Junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Sin embargo, el plazo para considerar rechazada la notificación, con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, será de cinco días.

La adjudicación quedará sometida al recurso especial en materia de contratación en los términos acotados por el art. 310 LCSP -art. 135.4 LCSP-.

Se incorpora un plazo de suspensión subsiguiente a la adjudicación del contrato. En particular, se determina la suspensión automática del acto de adjudicación como consecuencia de la interposición del recurso o reclamación contra la misma, y la posible adopción de medidas cautelares, hasta que el Tribunal competente resuelva-al cual nos referimos en posterior apartado sobre el mantenimiento o no de ella o sobre el fondo-.

Cobra singular importancia el contenido, motivación, plazos y forma de notificación de la resolución de adjudicación del contrato. Prueba de ello, la determinación de la nulidad de los contratos sujetos a regulación armonizada y de determinados contratos no sujetos -contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 cuyo presupuesto sea igual o superior a 193.000.-€ en caso de que se hubiesen formalizado -art. 37.1, con los efectos previstos en el art. 35 y ss. de la LCSP (modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto-:

i) con anterioridad al transcurso del plazo de quince días hábiles desde la constancia de la notificación de su adjudicación a los licitadores y candidatos, si concurren determinados requisitos.

o ii) sin atender a la suspensión automática del acto de adjudicación como consecuencia de la interposición del recurso especial y sin esperar a que el Tribunal competente hubiera dictado resolución sobre el mantenimiento o no de dicha suspensión.

IV.4.4º.Registro de Contratos.

A efectos de comunicaciones al Registro de Contratos del Sector Público se estará a lo dispuesto en el art. 31 y DT. Primera del Real Decreto 817/2009, de 8 de Mayo.

V- CONTENIDO DEL CONTRATO.

V.1.-Perfección y formalización del contrato.

Los contratos se perfeccionan con su formalización -art. 27.1 LCSP (modificado por Ley 34/2010, de 5 de Agosto), integrado en el Capítulo II, del Título I (Disposiciones Generales sobre la contratación del sector público), del Libro I (Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos)-. Esta es una importante novedad introducida respecto del texto inicial de la LSCP, el cual determinaba su perfección con la adjudicación.

Plazos de formalización -art. 140.3 LCSP, aplicable según art. 174.1.a, y 28.3 LCSP (ambos modificados por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto)-:

-Una vez transcurrido el plazo de quince días hábiles desde que se tenga constancia de la recepción de la notificación a los licitadores y candidatos de la adjudicación del contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Transcurrido dicho plazo sin que se hubiera formulado recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización del contrato, ACUAEBRO requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato dentro de los cinco días siguientes a la recepción del requerimiento -arts. 28.3 y 140.3 LCSP (modificado por Ley 34/2010-.

-Dentro de los quince días hábiles desde que se tenga constancia de la recepción de la notificación a los licitadores y candidatos de la adjudicación del resto de contratos.

V.2.- Contenido mínimo del contrato y libertad de pactos.

El contenido mínimo de los contratos del sector público resulta aplicable a los contratos sujetos o no a regulación armonizada que celebren las sociedades mercantiles del Estado - artículo 26 de la Ley-, así como el principio de libertad de pactos -artículo 25 de la LCSP-, remitiéndonos a lo dispuesto en los epígrafes "A", apartados 5.1 a 5.8, y "B", apartado 3, de la Instrucción nº 1/2008, sin perjuicio de lo que resulte de los modelos de contratos que finalmente se aprueben.

V.3-Modificación del contrato de obras.

Respecto de los contratos administrativos, se reconoce con rango legal la posibilidad, antaño limitada a categoría reglamentaria, de introducir alteración en el número de unidades ejecutadas sin necesidad de su previa aprobación, siempre que no representen incremento superior al 10% del precio primitivo del contrato -art. 217.3 LCSP-. Con apoyo en los fundamentos de la citada Instrucción nº 1/2008, nos permitimos plantear su posible expresa remisión, reproducción o extrapolación de tal posibilidad en el contrato privado a aprobar.

Asimismo, la LCSP mantiene la posibilidad de acordar la continuación provisional de la obra si la tramitación del modificado exige su suspensión temporal y ello ocasiona graves perjuicio para el interés público, en los términos del artículo 217.4, suprimiendo el precepto la prohibición de delegación de la autorización de dicha medida excepcional por parte de la Ministra -derogado artículo 146.4 TRLCAP-.

V.4.- Revisión de precios.

Si bien las normas del Capítulo II del Título III del Libro 1 de la LCSP -artículos 77 a 82- resultan sólo aplicables a los contratos de las Administraciones Públicas, ajustándose la revisión de precios, en los restantes casos, a "la forma pactada en el contrato" -artículo 75.3- en aplicación del principio de libertad de pactos -artículos 25 de la LCSP y 1255 del Código Civil-, no resultando en consecuencia de imperativa aplicación los preceptos relativos a revisión de precios -art. 75.3 LCSP-, nada impide optar por su aplicación, a mayor abundamiento teniendo en cuenta la inclusión de la correspondiente fórmula en cada proyecto de construcción que - sin distinción respecto de si la gestión de su ejecución va o no a encomendarse a una Sociedad estatal- viene aprobando la Administración General del Estado, sin ostentar la Sociedad estatal facultad para su variación. A tal efecto, en el Pliego y/o contrato puede reflejarse la fórmula determinada o efectuar expresa remisión a sus concretos preceptos reguladores -arts. 77 a 82 LCSP-.

Ha de advertirse que la nueva LCSP permite considerar aplicable la revisión de precios ex lege, es decir, salvo que en

el Pliego y contrato se diga que no procede y se motive en el expediente -art. 77.1 LCSP-.

En caso de, como decimos, optar por dicha remisión o reproducción de preceptos, en tanto no se aprueben reglamentariamente nuevas fórmulas -conforme apunta el artículo 79.4 y 5 LCSP-, rigen las fórmulas de 1970²¹, las cuales reflejan la ponderación en el precio del contrato de los materiales básicos y la energía incorporados al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo, sin incluir en la fórmula propiamente el coste de mano de obra, financiero, gastos generales o de estructura ni beneficio industrial -artículo 79 LCSP-

No obstante, transcurrido un años desde la entrada en vigor la LCSP, sin que se hayan aprobado las nueva fórmulas, se aplicarán las vigentes si bien con exclusión del efecto de variación de precio de la mano de obra -DT Segunda-. No aclara el precepto si ello se aplicará sobre las licitaciones en curso, contratos adjudicados o en fase de revisión.

Advertir que, si se opta por utilizar la fórmula del IPC, sólo se abonará al 85% -artículo 78.3-.

V.5.- Responsable del contrato.

Se crea la figura del responsable del contrato, a designar, con carácter potestativo, y facultar por el órgano de contratación para supervisar su ejecución y dictar las instrucciones a fin de asegurar su correcta ejecución, pudiendo ser una persona física o jurídica, vinculada o ajena a la Sociedad -art. 41 LCSP-.

En los contratos de obra, sus facultades se entenderán sin perjuicio de las del Director Facultativo, conforme al Capítulo V, del Título II, del Libro IV.

V.6- Cesión del contrato y subcontratación.

El modelo de contrato tipo podrá establecer el mismo régimen que el dispuesto por la LCSP en cuanto a los requisitos a que se supedita la procedencia de la cesión del contrato y de la subcontratación o un régimen jurídico distinto -art. 209 LCSP (modificado por el Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de Abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo)-

En relación con el subcontrato, advertir algunas exigencias de la LCSP -afectada en su art. 211 LCSP por la Ley 15/2010, de 5 de Julio-:

²¹ En Informe de 1997, la Junta Consultiva de Contratación consideró derogado el resto de 0,25.

-Si se prevé en el Pliego y anuncio, los licitadores deberán indicar en su oferta la parte del contrato que prevean subcontratar, importe, nombre y perfil empresarial de los subcontratistas.

-Únicamente podrán formalizarse los subcontratos transcurridos veinte días desde la notificación y aportación documental, entendiéndose que concurre silencio positivo -art. 210.2.c LCSP-.

-Si el Pliego no lo limita, podrá subcontratarse hasta el 60% del contrato.

-Podrá obligarse al contratista, según se haya determinado en el Pliego y anuncio, a subcontratar hasta el 30% del importe del contrato, pudiendo considerarse circunstancia esencial cuyo incumplimiento puede motivar la imposición de penalidades e incluso ser causa de resolución contractual -art. 210.7 LCSP-.

V.7.-Concurso de acreedores.

En virtud del Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de Abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, se modifican diversos preceptos de la LCSP. Así, se facilita la continuidad de la relación contractual a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste haya adquirido eficacia en un convenio -art. 49.1.b LCSP, modificado por el Real Decreto Ley 6/2010 (prohibiciones para contratar, aplicables a los contratos que formalice ACUAEBRO). Asimismo, aunque respecto de los contratos administrativos -por estar regulado en el Libro VI de la LCSP, lo cual, salvo asunción voluntaria por parte de la Sociedad estatal, no es de aplicación a ésta-, se permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en caso de resolución del contrato cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable -art. 208.4 LCSP, modificado asimismo por el citado Real Decreto Ley (efectos de la resolución del contrato, aplicable a la Administración); y se facilita la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario, aunque se hubiese abierto la fase de liquidación -art. 209.2.b LCSP, modificado por el Real Decreto Ley-.

VI.-IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD ESTATAL.

VI.1.-El recurso especial.

La Ley 34/2010, de 5 de Agosto, introduce en el ordenamiento jurídico español un régimen especial de recurso o revisión de

decisiones en materia de contratación, al cual dedica el Libro VI, arts. 310 a 320, LCSP -anteriormente regulado en el art. 37 de la LCSP-, como consecuencia de la incorporación de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de Diciembre, modificativa de las Directivas 89/665/CEE, de 21 de Diciembre, y 92/13/CEE, de 25 de Febrero. La reforma legislativa operada en relación con el citado recurso especial -además de con el arbitraje y el concepto "órgano de contratación"- es analizada por la Abogacía General del Estado en la Circular nº 3/2010, de 19 de Octubre, en aras a posibilitar la necesaria unidad de criterio.

La configuración del recurso especial en los artículos 310 y ss de la LCSP se limita a los contratos sujetos a regulación armonizada y a determinados contratos sujetos -contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP (modificado por el RD 817/2009, de 8 de Mayo) cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros-. Ello, sumado a los razonamientos -vertidos en el apdo. I.3 respecto del régimen jurídico y en el apdo. VI.2 sobre jurisdicción aplicable para conocer de las reclamaciones que puedan suscitar los actos de preparación y adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada, nos llevan a descartar la posibilidad de extensión de dicho régimen -aún transitoriamente-.

-Cabe interponer recurso especial contra alguno de los actos preparatorios del contrato -anuncios, pliegos (administrativo o técnico) o cualquier documento que establezca las características de la prestación, acuerdos de adjudicación y actos de trámite que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento (entre ellos, los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores) o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (art. 310. 1 y 2 LCSP)-. No obstante, dichos actos han de referirse a contratos de obras, suministros, o servicios sujetos a regulación armonizada, a contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP (modificado por el RD 817/2009, de 8 de Mayo) cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros, o a contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 LCSP -art. 310.1 y 2 LCSP-.

-Desde un prisma subjetivo, podrán interponer el citado recurso las personas físicas o jurídicas cuyos derechos se hayan visto perjudicados o cuyos intereses legítimos puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso -art. 312 LCSP, similar a su predecesor, art. 37.3 de la LCSP-.

-Dicho recurso especial es potestativo -art. 310.6 LCSP-, y, por tanto, no preclusivo para acceder al control jurisdiccional contencioso-administrativo, y excluye el sistema de recursos administrativos ordinarios previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas

y del Procedimiento Administrativo Común contra los citados actos, a excepción del recurso contra aquellos actos dictados en procedimientos de adjudicación de contratos "administrativos" que no reúnan los requisitos del apdo. 1 del art. 310 LSP. Los contratos adjudicados por esta Sociedad estatal ostentan la condición de privados, por lo cual la excepción apuntada no sería aplicable; a mayor abundamiento, los actos dictados por la Sociedad estatal no encajan en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 39/1992, por lo cual no cabe la interposición de cualquier recurso administrativo ordinario.

El Pliego y, en su caso, la comunicación de la adjudicación del contrato incluirá referencia detallada al referido recurso, así como a la jurisdicción competente.

-A la vista de la brevedad de los plazos reseñados en lo que respecta a la actuación de ACUAEBRO en la tramitación de las medidas provisionales y del recurso especial, es necesario prever soluciones prácticas, como la delegación de facultades mediante acuerdo del Consejo de Administración -apartado A.7 de la Circular nº 3/2010, de 19 de Octubre-, en alguno de los apoderados de la empresa, para la realización de actos de gestión o trámite, formalización de expedientes, emisión de informes o remisión de documentación dentro de los procedimientos de recurso que pudieran formularse respecto de actuaciones de la Sociedad estatal.

-La competencia para el conocimiento y la resolución del recurso especial formulado contra actos dictados por ACUAEBRO se atribuye al órgano especializado que ostente competencia para conocer y resolver respecto de la Administración General del Estado, que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. A estos efectos se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda -sin que a esta fecha se haya publicado su constitución, s.e.u.o., a los efectos de su entrada en vigor (DF Tercera de la Ley 34/2010, de 5 de Agosto)-, así como los futuros Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales -artículo 311.1 y 4 y DA Primera LCSP-.

-Es posible solicitar la adopción de medidas provisionales ante el Tribunal responsable de la resolución del recurso -entre ellas, destinadas a suspender el procedimiento de adjudicación del contrato o cualquier decisión adoptada por el órgano de contratación -Consejo de Administración de ACUAEBRO-, al tiempo de presentarse el referido recurso, con anterioridad a su interposición -en cuyo caso decaerán una vez transcurrido el plazo para la interposición de recurso sin que el interesado lo haya formulado-, o incluso después de la misma y con anterioridad a la resolución del recurso, sin que en este caso se suspenda el procedimiento principal -arts. 313.1 y 5, 314.4 y 316.4 LCSP (éste en relación con el art. 72 de la Ley 30/1992-.

El Tribunal deberá resolver sobre las medidas provisionales dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en que se soliciten -art. 313.2 LCSP-, sin perjuicio de que si con anterioridad a dictarse dicha resolución se hubiera formulado recurso especial, el Tribunal acumule a éste la solicitud de medidas provisionales, resolviendo sobre ellas conforme a lo dispuesto en el art. 316 -tramitación del procedimiento del recurso especial-. A tal efecto, el mismo día en que el citado Tribunal reciba la petición de medida provisional, la comunicará al Consejo de Administración de ACUAEBRO, el cual dispondrá de dos días hábiles para formular las alegaciones oportunas respecto de la adopción de medidas solicitadas o de las propuestas por el citado Tribunal -art. 313.2 LCS-. De no formularse dichas alegaciones, continuará el procedimiento.

En caso de que de la adopción de dichas medidas puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquéllas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida -art. 313.3 LCSP-.

Si se acordase cautelarmente la suspensión del procedimiento ésta no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas por los interesados -art. 313.4 LCSP-.

Contra las resoluciones dictadas en relación con las medidas provisionales no cabrá recurso, sin perjuicio del que proceda contra las resoluciones dictadas en el procedimiento principal.

-Plazos:

Tanto el anuncio previo a la formulación del recurso especial a presentar ante el Tribunal, preceptivo en la medida en que impide dar curso al posterior recurso -aunque se trate de una omisión subsanable, art. 314.5 LCSP-, como el escrito de interposición del recurso especial, a formular en el registro de dicho Tribunal o de ACUAEBRO, deberán realizarse dentro del plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que -art. 314 LCSP:

a) Con carácter general, "se remita la notificación" del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el art. 135.4 -art. 314.2 LCSP-; el dies a quo es el mismo que el señalado a efecto de formalización del contrato susceptible de recurso especial, que no podrá producirse antes de transcurridos quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación- art. 140.3 LCSP-. La práctica aconseja que se proceda a la notificación "en forma" del acto recurrible de la manera más ágil posible, haciendo coincidir la fecha de remisión y recepción de dicha notificación, generalizando el sistema de notificaciones electrónicas regulado en la Ley 11/2007, de 22 de Junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios

públicos, exigiendo en los Pliegos que los licitadores faciliten a ACUAEBRO una dirección de correo electrónico para efectuar las notificaciones en la misma fecha en que les sean remitidas -art. 130.d)LCSP y apdo. A.10 de la Circular n° 3/2010 de la Abogacía del Estado-.

b) Los Pliegos y demás documentos contractuales hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos conforme dispone el art. 142 LCSP, en caso de que se recurran dichos documentos.

c) Se haya publicado el anuncio de licitación, en caso de recurrirse éste.

Cobra así protagonismo la publicación de las licitaciones en la Plataforma de Contratación, soporte que permite acreditar la fecha de dicha puesta a disposición de los Pliegos y de publicación del anuncio.

d) Se haya tenido conocimiento de la posible infracción, en caso de recurrirse actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación -que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento (entre ellos, los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores) o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos-, o los actos resultantes de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad -art. 310.2.b y 314.2.b LCSP-. Por ello, es importante que la exclusión de licitadores se acuerde por la Mesa de Contratación de forma expresa y motivada, y se notifique inmediatamente en forma a los licitadores, con inclusión detallada de la posibilidad de recurso ajustado a lo dispuesto en el art. 314.2 LCSP, quedando acreditada la fecha de dicha notificación a efectos del cómputo de dicho plazo. El recurso contra la adjudicación del contrato, posterior en el tiempo, puede servir para recurrir asimismo dicha exclusión, por permitirlo el art. 135.4 LCSP, al exigir que la adjudicación sea motivada y detallada -incluyendo no sólo la razones de los candidatos descartados (admitidos a la licitación pero cuyas ofertas no hubieran resultado seleccionadas) sino también de los excluidos, notificada a todos los licitadores (incluidos los excluidos), y publicada simultáneamente en el perfil del contratante, debiendo contener información que permita al licitador excluido interponer, conforme al art. 310 LCSP, recurso suficientemente fundado contra la decisión e adjudicación. Y, añadimos, todo ello, teniendo en cuenta lo dispuesto en la normativa reguladora de protección de datos.

Ha de tenerse en cuenta los efectos que se derivan de la publicación de las adjudicaciones en el perfil del contratante, en relación con el recurso contra el acto de adjudicación, conforme al art. 59.6 Ley 30/1992 -art. 42 LCSP-.

-La tramitación del recurso especial se regirá por las disposiciones de la Ley 30/1992, con las especialidades recogidas en los apdos. 2 a 5 del art. 316 LCSP:

-El escrito de interposición del recurso deberá reunir los requisitos reseñados en el art. 314.4 LCSP, pudiendo requerirse al interesado para que, en un plazo de tres días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos al escrito de interposición, indicando que si no lo hiciera quedará suspendida la tramitación del expediente, con los efectos previsto en el apdo. 5 del art. 42 de la Ley 30/1992 -art. 314.5 LCSP-.

-En caso de que el recurso especial se hubiera formulado ante el Tribunal, el mismo día de su interposición éste trasladará al Consejo de Administración de ACUACEEBRO copia del escrito de formulación, y reclamará el expediente de contratación al servicio de la Sociedad estatal encargado de su tramitación, el cual deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. En caso de que el recurso especial se hubiera interpuesto ante ACUAEBRO, ésta deberá remitirlo al Tribunal dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción, acompañado del expediente administrativo y del informe citado -art. 316.2 LCSP-.

Al poder presentarse el escrito del recurso en el registro de la Sociedad o en el del Tribunal competente para su resolución, puede plantearse la situación de que, formulado recurso contra una adjudicación ante el Tribunal correspondiente, éste no comunique inmediatamente dicha interposición a la Sociedad estatal, y ésta formalice el contrato trascurrido el plazo legalmente establecido. Sin perjuicio de cualquier otra medida que se tenga a bien plantear al efecto de soslayar tal situación, se considera necesario insertar en el Pliego una obligación "adicional" para el licitador, la de comunicar paralelamente a dicha Sociedad la interposición del recurso.

-Dentro de los cinco días siguientes a su interposición se dará trasladado del recurso a los restantes interesados, en todo caso, a los licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Y, de forma simultánea a dicho trámite, el Tribunal decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares solicitadas en el escrito de interposición o cuya acumulación se hubiera instado según el art. 313.2 LCSP, para cuya adopción será de aplicación lo anteriormente expuesto respecto de las medidas provisionales -resolución motivada dentro de los cinco días siguientes a la presentación de su solicitud, audiencia al Consejo de Administración de ACUAEBRO (el cual, deberá informar en un plazo de dos días hábiles),

posibilidad de exigencia de caución o garantía suficiente y de suspensión cautelar del procedimiento, sin afectar al plazo de presentación de ofertas -arts. 316.3 y 313 2 a 4 LCSP-. Si las medidas provisionales se hubieran solicitado después de la interposición del recurso, el Tribunal resolverá sobre ellas en los términos apuntados, sin suspender el procedimiento principal -art. 36.3 LCSP-. En su caso, en este mismo plazo resolverá sobre la procedencia o no del mantenimiento de la suspensión automática del expediente de contratación consecuencia del recurso contra el acuerdo de adjudicación.

Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. A solicitud de los interesados, o del propio Tribunal, podrá acordarse la apertura del periodo de prueba por plazo de diez días hábiles -art. 314.4 LCSP-.

Corresponde al Tribunal resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información obrante en el expediente de contratación, sin que resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y el derecho de defensa en el procedimiento -art. 316.5 LCSP-.

-La formulación del recurso contra la adjudicación del contrato conlleva la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva "expresamente" el recurso, sin que pueda procederse a la formalización del contrato -artículos 315, 37.1.c, 315 y 316.3 LCSP -. El recurso contra los restantes actos únicamente conllevará la suspensión del procedimiento cuando así lo acuerde el Tribunal a instancia del recurrente; en particular, en caso de acordarse dicha suspensión cautelar dentro del procedimiento del recurso contra los Pliegos, la misma no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas por los interesados -art. 313.4 LCSP-.

-Una vez recibidas las alegaciones de los interesados o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de prueba, en su caso, el Tribunal resolverá el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes notificándose a continuación la resolución a todos los interesados -art. 317.1 y 2 LCSP-. La resolución deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de su dictado continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares acordadas, y la devolución de las garantías exigidas, en su caso.

Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera necesario que el Consejo de Administración de ACUAE BRO acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, le concederá a

éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apdo.2 del art. 135 LCSP -art. 317.2 LCSP-.²²

En cualquier caso, transcurridos tres meses desde el día siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado puede considerarlo desestimado e interponer recurso contencioso-administrativo - aplicación de lo previsto con carácter general en el art. 42.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la cual se remite el art. 316.1 LCSP-.

Las notificaciones a los recurrentes y demás interesados intervinientes en los procedimiento de recurso se harán por los medios establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, si bien se harán por medios informáticos, electrónicos o telemáticos en caso de que el recurrente hubiese admitido las notificaciones por medios informáticos, electrónicos o telemáticos durante la tramitación del procedimiento de adjudicación o lo hubiese solicitado en el escrito de interposición del recurso. BIS?

-La resolución del recurso especial -estimando total o parcialmente o desestimando las pretensiones formuladas, declarando su inadmisión, anulando las decisiones ilegales adoptadas en el procedimiento de licitación, suprimiendo características técnicas, económicas o financieras que fueran discriminatorias, declarando la retroacción de actuaciones, concediendo una indemnización a los perjudicados o incluso decidiendo la adjudicación a otro licitador, vg.- es inmediatamente ejecutiva -art. 97 de la Ley 30/1992-, e impugnable ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo -artículo 319 LCSP-.

VI.2-Jurisdicción aplicable.

Los **contratos que liciten las Sociedades estatales se registrarán**, en cuanto a su **preparación y adjudicación**, en defecto de normas específicas, por la LCSP, y supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, de derecho privado. Los litigios relativos a dicha preparación y adjudicación se someterán al someterán a los siguientes órdenes jurisdiccionales:

-Los relativos a **preparación y adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada**, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el art. 17 así como determinados contratos no sujetos a regulación armonizada -contratos de

²² El Tribunal podrá imponer al recurrente una sanción económica en caso de apreciar temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares -art. 317.5 LCSP-

servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II (modificado por el RD 817/2009, de 8 de Mayo), cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros-, se someterán a la **jurisdicción contencioso-administrativa** -art. 21.1 (modificado por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto)-. También conocerá dicha jurisdicción de los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos de resolución de recursos previstos en el art. 311 de la LCSP -nueva redacción del art. 21.1 LCSP y de diversos preceptos de la Ley 29/1988, de 13 de Julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. Tercero de la Ley 34/2010, de 5 de Agosto)-.

-Las controversias suscitadas respecto de la preparación y adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada -a excepción de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II (modificado por el RD 817/2009, de 8 de Mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP) cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros, sometidos al orden contencioso-administrativo- se someterán a la jurisdicción civil -ex art. 21.2 LCSP. Vid. DT Sexta y arts. 174, 135, 37 y 21 LCSP-

La regulación específica del recurso especial en la LCSP, mediante la incorporación del Libro VI, "Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos" -arts. 310 a 320-, limita los actos susceptibles de recurso especial -a los efectos que nos ocupan- en relación con los contratos sujetos a regulación armonizada y los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del mencionado Anexo II de la LCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros.

Por tanto, ni el Tribunal de Recursos recientemente creado, ni la jurisdicción contencioso-administrativa estarían legitimados para conocer y resolver respecto del recurso especial o contencioso-administrativo -respectivamente- que se interpusiera contra determinados actos de preparación y adjudicación relativos a contratos no sujetos a regulación armonizada -a excepción de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del mencionado Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000,€-. A mayor abundamiento, contra aquellos actos tampoco cabría recurso administrativo ordinario, puesto que la Ley 30/1992 no contempla en su ámbito subjetivo de aplicación la revisión de actos dictados por órganos que no sean Administración Pública.

La aplicación a los contratos no sujetos a regulación armonizada del mismo régimen que a los sí sujetos -art. 174 LCSP y DT Sexta-, admite matizaciones, en cuanto a la aplicación del régimen de recursos en atención al tenor literal de su regulación taxativa -sin que puede alterarse el régimen de jurisdicción competente en función de si la Sociedad ha aprobado o no las instrucciones de referencia, y resulta o no de

aplicación el régimen transitorio de la LCSP- y a las exigencias analizadas respecto de publicidad.

El **régimen aplicable a los contratos** que celebren, sus efectos, cumplimiento y resolución, será **Derecho privado**, lo cual no impedirá, como ya venía siendo habitual al amparo del régimen establecido por la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que puedan reconocer en el contrato y aplicar previsiones de la LCSP -al amparo del principio de libertad de pactos, en determinados extremos y siempre que no suponga ejercicio de prerrogativas públicas-. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan en relación con el mismo -arts. 20 y 21.2 LCSP-.

Unidad Jurídica
"ACUAEBRO"

Primera revisión, 22 de Noviembre de 2010 -sobre el texto inicial, de 15 de Mayo de 2008-.