



ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Primer apunte de líneas generales de la Ley de Contratos del Sector Público.

- Adopción de los criterios, principios y disposiciones del Derecho Comunitario, tanto en relación con la adjudicación como atendiendo a la propia ejecución de los contratos.
- Redefinición del ámbito subjetivo de la Ley.
- Mayor objetividad y transparencia.
- Regulación de régimen de recursos.
- Incorporación de las nuevas tecnologías aplicadas a la contratación pública.
- Adaptación a la nueva regulación de los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores.

ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Solvencia económica y financiera y profesional o técnica (i):

- De conformidad con lo previsto en el artículo 52 de la LCSP, relativo a la integración de la solvencia con medios externos, para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse 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.
- ¿Cuál es el alcance de esta previsión?
- ¿Se puede integrar la solvencia del licitador con medios de tercero en todo caso y para cualquier criterio o medio de los previstos en la Ley 30/2007 o que se determinen en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas?
- ¿Qué sucede en aquéllos casos de circunstancias personalísimas del licitador?

ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Solvencia económica y financiera y profesional o técnica (ii):

- Las sentencias de 14 de abril de 1994 (asunto C-389/92) y de 18 de diciembre de 1997 (asunto C-5/97), se refieren a la posibilidad de que una sociedad perteneciente a un holding empresarial acredite su capacidad a efectos de su inscripción en una lista oficial de contratistas clasificados o de ser adjudicataria de un contrato público mediante los medios de sus filiales, siempre que demuestre que tiene efectivamente a su disposición dichos medios para la ejecución de los contratos.
- La sentencia Holst Italia de 2 de diciembre de 1999, asunto C-176/98 amplía la doctrina a los supuestos en los que entre la empresa licitadora y la entidad con la que pretende completar su capacidad no existe un vínculo estructural que les una, sino únicamente compromisos de carácter comercial suscritos entre las partes.

ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Solvencia económica y financiera y profesional o técnica (iii):

➤ El Informe 29/2008, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que aborda esta cuestión, determina que:

- El artículo 52 LCSP relativo a la “Integración de la solvencia con medios externos” debe interpretarse de acuerdo con la Directiva 2004/18/CE y a la jurisprudencia comunitaria y por lo tanto hay que concluir que resulta admisible que un licitador utilice medios de otras entidades para acreditar tanto la solvencia técnica y profesional como la económica o financiera.
- Cualquiera de los medios de acreditar la solvencia son susceptibles de ser integrados con la capacidad de otra entidad distinta al licitador, siempre que quede acreditado que dispondrá de los mismos si resulta adjudicatario del contrato.

ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Capacidad para contratar y criterios de valoración (i):

- Los requisitos que deben cumplir los licitadores para participar en una licitación se restringen a tener capacidad de obrar, no estar incurso en prohibición de contratar, y acreditar solvencia financiera, económica, profesional y técnica a través de la clasificación cuando sea exigible o a través de los medios expresamente previstos en la Ley a este efecto.
- Por otra parte, la determinación de los criterios de valoración ha de afectar a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directa derivadas de la misma. En consecuencia, no puede afectar a cuestiones contingentes cuya alteración en nada altere ni la forma de ejecutar la prestación ni los resultados de la misma.

ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Capacidad para contratar y criterios de valoración (ii):

➤ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha abordado esta cuestión en su reciente Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009, concluyendo que:

- El origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público.

- Igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración circunstancias que se refieran a alguna de las características de la empresa señaladas en la conclusión anterior.

ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Proposiciones de los interesados (i):

- En la tramitación de los procedimientos de contratación se ha de excluir cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores, muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato.
- Las cautelas que se establecen en los pliegos de cara a la valoración de los criterios técnicos (no susceptibles de valoración mediante la simple aplicación de una fórmula) tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración.
- La incorrecta inclusión de la documentación sobre los criterios de valoración de las ofertas en los sobres, afecta al principio de igualdad de trato entre los candidatos que exige el artículo 1 de la LCSP, al permitir conocer información con respecto a uno de ellos en un momento procedimental inadecuado, lo que justificaría su exclusión por la Mesa de contratación.

ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Proposiciones de los interesados (ii):

- La valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público debe hacerse sin tomar en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo.
- Las adjudicaciones provisionales serán notificadas a los licitadores y publicadas en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, teniendo los licitadores derecho a conocer los motivos del rechazo de su candidatura y las características de la proposición del adjudicatario provisional determinantes de la adjudicación a su favor, lo que expresa una información genérica y no un acceso ilimitado a la documentación aportada. Sin perjuicio de lo anterior, solo se podrá negar cuando este hecho constituya un obstáculo a la aplicación de la legislación, sea contrario al interés público, perjudique intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas, o la competencia leal entre ellas.

ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

La ejecución del objeto del contrato. La subcontratación (i):

- Posibilidad de exigir a los licitadores que indiquen en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas. Obligación de justificar anticipada y suficientemente la aptitud de los subcontratistas.
- Posibilidad de imponer al contratista la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 30 % del importe del presupuesto del contrato.
- Si no figura en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 % del importe de adjudicación.
- Para el cómputo del porcentaje máximo del 60%, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal (STJCE de 14-4-94, asunto C-389/92, Ballast Nedam Groep NV).

ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

La ejecución del objeto del contrato. La subcontratación (ii):

De conformidad con lo previsto en el Informe 17/2008, de 7 de octubre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía:

- Se puede subcontratar hasta el 100 por cien del contrato con empresas vinculadas que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.
- El contratista deberá justificar la aptitud del subcontratista por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, no pudiendo exigirse que el subcontratista tenga la clasificación adecuada para la realización del contrato objeto de subcontratación, pero si la tiene le eximirá de justificar la aptitud.

ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

La modificación del contrato.

- Las modificaciones de los contratos tienen un carácter más restrictivo en la nueva LCSP.
- No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto:
 - Que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo.
 - Que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato.
- Estas actuaciones deberán ser contratadas de forma separada.

ÁSESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

El riesgo y ventura en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato (i):

- En el marco de la ejecución de los contratos, es importante tener en cuenta que, en principio, la responsabilidad del contratista en relación con el adecuado desarrollo de aquél es plena, salvo el advenimiento de causas de fuerza mayor o derivadas de una orden directa e inmediata de la Administración, toda vez que se ha obligado a un determinado resultado, y si ha existido un error de cualquier tipo en sus previsiones, será imputable a él mismo.
- El alcance de esta responsabilidad genérica llega no sólo a la obligación de reparación de los eventuales perjuicios que se produzcan por tales errores de previsión y al restablecimiento de las condiciones necesarias para la adecuada ejecución del contrato, sino también a la asunción de los efectos económicos derivados de tales acontecimientos, ya que en otro caso la ejecución de aquél no se correspondería con la contraprestación pactada a su riesgo y ventura.
- Sin embargo, el principio de riesgo y ventura no está exento de límites.

ÁSESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

El riesgo y ventura y el equilibrio económico en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato (ii):

➤ No se entenderán incluidos dentro del alcance del riesgo y ventura del contratista aquellos supuestos en los que la Administración modifique total o parcialmente el objeto del contrato por razones de interés general (*ius variandi*), o cuando como consecuencia de medidas administrativas de carácter general no dirigidas directamente a modificar el objeto del contrato, su cumplimiento resulte más oneroso para el concesionario (*factum principis*).

➤ A mayor abundamiento, la doctrina y la jurisprudencia han atenuado igualmente la estricta aplicación del principio de riesgo y ventura sobre la base de la teoría del riesgo imprevisible. Tanto el objeto del contrato como sus cláusulas económicas se deberán adaptar a las circunstancias sobrevenidas durante la ejecución de aquél que vengan derivadas de hechos que no pudieron preverse en el momento de su celebración o perfección, ni en su caso, en el de la fijación de sus plazos de ejecución.

ÁSESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Análisis de posibles límites prácticos al principio de riesgo y ventura:

- Modificaciones de la normativa tributaria y contable.
- Situaciones de grave crisis financiera global.
- Decisiones de Administraciones diferentes al órgano de contratación que afecten a la adecuada ejecución del objeto del contrato.
- Ejercicio del derecho de huelga.

(...)



ÁSESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

La iniciativa privada en los contratos de concesión de obra pública

- Se admite la iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad de eventuales concesiones. Presentado el estudio, el órgano competente comunicará en el plazo de tres meses al particular la decisión de tramitar o no tramitar el mismo, o fijar un plazo mayor para su estudio que, en ningún caso, será superior a seis meses.
- En el supuesto de que el estudio de viabilidad culminara en el otorgamiento de la correspondiente concesión tras la oportuna licitación, su autor tendrá derecho, siempre que no haya resultado adjudicatario y salvo que el estudio hubiera resultado insuficiente de acuerdo con su propia finalidad, al resarcimiento de los gastos efectuados para su elaboración, incrementados en un 5 % como compensación, gastos que podrán imponerse al concesionario como condición contractual en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares.

ÁSESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

El procedimiento de diálogo competitivo (i):

- Se empleará para aquellos procesos complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato.
- El órgano de contratación dirigirá un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, para desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades, y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten su oferta.
- Los órganos de contratación publicarán un anuncio de licitación en el que darán a conocer sus necesidades y requisitos, establecerá criterios de solvencia, así como el número mínimo/máximo de candidatos a los que invitará a participar en el procedimiento, y la ponderación de los criterios de adjudicación.

ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

El procedimiento de diálogo competitivo (ii):

- Una vez efectuados dichos trámites, la Administración efectuará un diálogo con los candidatos seleccionados, a fin de determinar los medios adecuados para satisfacer sus necesidades.
- La Administración dará un trato igual a los licitadores, y no facilitará información que pueda dar ventajas a determinados licitadores, ni revelar las soluciones propuestas. Se efectuará este diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, las soluciones que puedan responder a sus necesidades.
- Tras declarar cerrado el diálogo, los participantes deberán presentar su oferta final, basada en las soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo, que incluirá todos los elementos necesarios para la realización del proyecto.

ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO A CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Procedimientos de reclamación y medidas cautelares

- Nuevo recurso especial en materia de contratación, frente a actos anteriores a la adjudicación definitiva del contrato, excluyente de los correspondientes a la vía administrativa ordinaria.
- Aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada.
- Serán susceptibles de recurso especial:
 - Los acuerdos de adjudicación provisional.
 - Los pliegos reguladores de la licitación.
 - Los actos de trámite adoptados en el procedimiento, siempre que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación.
- Regulación de las medidas cautelares en materia de contratación semejante al TRLCAP, sin más diferencias que las derivadas de la creación del recurso especial.