

# CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y PLIEGOS DE CONDICIONES ADMINISTRATIVAS



Javier García Luengo, Catedrático de Derecho Administrativo.  
Universidad de Oviedo\*

\*Diapositivas utilizadas por el ponente como presentación en su disertación online el 11 de mayo de 2023. Visible en la web [polariuris.org](http://polariuris.org)

# FIJACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO (I): CONTRATOS MIXTOS

- El punto de partida es el artículo 34.2 de la LCSP:

*“Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren **directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad** que **exijan** su consideración y tratamiento como una **unidad funcional** dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante”.*

- La jurisprudencia y la práctica administrativa de los TTRRCC han establecido tres pautas muy importantes para la interpretación de este precepto que afectan a la configuración del contrato que tienen que hacer los pliegos:
  - La condición de contrato mixto no requiere que las prestaciones sean de naturaleza distinta, el hoy artículo 34.2 “habla de diferentes contratos, y en absoluto se refiere a diversa naturaleza de los diferentes contratos” (STS de **30 de mayo de 2019**, recurso 207/2016).
  - La razón de agrupar prestaciones variadas debe ser “*una razón jurídica*” y no una razón “*exclusivamente económica o de oportunidad*”. La unidad funcional que nace de la complementariedad de las prestaciones se debe vincular con el principio de concurrencia (nuevamente STS de **30 de mayo de 2019**, recurso 207/2016).
  - De los artículos 18 y 122.2 de la LCSP se deriva una obligación de motivación particularmente compleja. Se debe justificar: (I) la necesaria vinculación material de las prestaciones que exija el tratamiento como unidad funcional (II) la determinación de la prestación principal que determinará su régimen de adjudicación (artículo 18) y (III) el régimen jurídico aplicable a “*sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos*” (artículo 122.2 LCSP). La insuficiencia de esta motivación puede llevar a la anulación del pliego, por ejemplo, **el Acuerdo 103/2019, de 2 de agosto de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.**

# FIJACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO (II): LA DIVISIÓN EN LOTES

- El art. 46 de la Directiva 2014/24/UE incluye un mandato por el que si el poder adjudicador decide no adquirir las prestaciones en lotes debe justificarlo específicamente. De donde se deduce que la regla general será la contratación en lotes y que la no división tendrá que ser razonablemente justificada.
- La lógica de esta regla la explica la SSTSJ de Madrid de 23 de octubre de 2014, rec. 1357/2012: “...si se obliga a que sólo puedan participar en la licitación aquellas empresas que oferten a la totalidad de los diversos servicios objeto del contrato, se corre el riesgo de excluir empresas especializadas que podrían haber formulado ofertas muy ventajosas, incluso las más ventajosas, a la parte o lote de servicios correspondiente a su especialidad. Es decir, en lugar de promover la concurrencia, se restringiría ésta sin ninguna justificación real basada en magnitudes medibles o cuantificables y en criterios ciertos sobre el beneficio o ventaja que tal forma de proceder aporta para el Ayuntamiento o para el interés general que representa. La suma injustificada de prestaciones puede generar una limitación absoluta a la competencia y, por lo tanto, especialmente peligrosa”.
- El artículo 99 de la LCSP recoge hoy esta obligación de motivación de la no división en lotes y admite expresamente dos causas de no división:
  - El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.
  - El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.
- La jurisprudencia y la doctrina de los TTRRCC está siendo en ocasiones, no obstante, poco “valiente” en la aplicación de esta exigencia.

# LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN (I): CONSIDERACIONES DE PARTIDA

- Como regla general, consideramos que puede sostenerse la afirmación de la mejor jurisprudencia española según la cual los pliegos son el resultado del ejercicio de la potestad discrecional en el ámbito de la contratación pública.
- Una vez definido el pliego, el acto de adjudicación constituye una actuación esencialmente reglada (por ejemplo, las SSTS de 27 de mayo de 2009, rec. 4580/2006, o de 17 de diciembre de 2012, rec. 3804/2010).
- La LCSP ha ampliado las posibilidades de configuración de los criterios al incorporar conceptos como el coste de ciclo de vida del producto o regular los criterios ambientales y sociales, pero también ha incorporado numerosos “estándares”, normas sobre los criterios que se deben cumplir para que el pliego sea legal.

# LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN (II): REQUISITOS GENERALES

Tanto los criterios como las reglas de adjudicación deben cumplir las siguientes exigencias, según la jurisprudencia del TJUE:

1º- Deben estar predeterminados en el pliego, de forma que sean cognoscibles antes de la presentación de las ofertas, y que permanezcan inalterados durante el proceso de licitación.

Se admite excepcionalmente que se puede concretar los criterios de licitación, mediante subcriterios y establecerles la correspondiente ponderación, pero siempre que se cumplan tres requisitos, que en la práctica desaconsejan esta operación (por ejemplo, STJUE de 14 de julio de 2016, en el asunto C-6/15, TNS Dimarso NV):

Primero, que no se modifiquen los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.

Segundo, y fundamental para la adecuada valoración de la validez de la operación, que la modificación no contenga elementos que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubiesen podido influir en esa preparación.

Tercero, que no se haya adoptado teniendo en cuenta elementos que puedan tener un efecto discriminatorio en relación con uno de los licitadores.

Aunque nuestro Tribunal Supremo en ocasiones ha manejado un criterio un tanto más laxo dejando en la responsabilidad del recurrente demostrar que estas prácticas son arbitrarias (STS de 11 de junio de 2019, en el recurso 3122/2016).

# LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN (III): REQUISITOS GENERALES

2º.- No solo se exige la predeterminación de los criterios y reglas de valoración en el pliego, sino que los mismos deben tener un cierto grado de concreción de forma que los licitadores sepan a qué atenerse al presentar sus ofertas, de forma que todos los licitadores puedan partir de una interpretación común de los criterios y reglas de adjudicación (STJUE de 4 de diciembre de 2003 en el asunto C-448/01, EVN AG).

3º.- Los criterios de valoración y las reglas de adjudicación deben publicarse en el anuncio de licitación, cuando sea procedente (primer párrafo del apartado 5 del artículo 145 de la LCSP) y desarrollarse en los pliegos, primando el anuncio en caso de conflicto.

4º.- En cuanto a su contenido, los criterios de adjudicación:

- Tienen que guardar la debida relación con el objeto de la licitación.
- Deben ser lícitos y proporcionales.

# CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE ESTAS EXIGENCIAS DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

- La posibilidad de incluir subcriterios o alterar las reglas de adjudicación está generalmente vetada.
- Una aplicación de los criterios imprevisible para un licitador medio abrirá la posibilidad de impugnar no sólo la adjudicación, sino el pliego que causó la imprevisibilidad.
- La incorporación de criterios de adjudicación sociales y ambientales está siendo muy problemática con multitud de anulaciones por falta de relación con el objeto del contrato. Es importante resaltar el valor de la prohibición de acumulación o combinación (*Koppelungsverbot*) destinada a evitar que se entrelacen prestaciones incoherentes en un mismo acuerdo o actuación desdibujando el interés público subyacente por acumulación con otras consideraciones (aunque sean también de interés).
- Se debe evitar que la falta de mecanismos de saturación permita la presentación de ofertas absolutamente desproporcionadas (que afectan a mejoras o prestaciones excepcionales que posiblemente nunca se lleguen a prestar) hasta el punto de distorsionar la competencia (Resolución 861/2019, de 15 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales, en el recurso 379/2019, aborda un contrato para el Servicio de mantenimiento de los elevadores de diversos centros sanitarios).

# RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE LOS PLIEGOS

- El régimen de impugnación de los pliegos se regula con detalle en la LCSP al hilo de la regulación del recurso especial pero habrá que interpretar que esas reglas rigen con carácter general.
- En lo que respecta al cómputo de plazos se aclara que el cómputo del plazo para impugnar los pliegos se hace desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante, si indica la forma en la que se accede a los pliegos y, en otro caso, desde que se faciliten al interesado o puede acceder a ellos.
- En el procedimiento negociado sin publicidad el cómputo se inicia obviamente al día siguiente de la recepción de la invitación que los incluya.



# REGIMEN DE “FIRMEZA” DE LOS PLIEGOS

En el artículo 50.1.b) se afirma que: *“Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”*

La referencia a que “con carácter general” no se admitirán dichos recursos se introdujo por iniciativa del Consejo de Estado en su dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, para recoger la jurisprudencia del TJUE en su Sentencia de 12 de marzo de 2012, asunto C-538/12 eVigilo, que permite recurrir los pliegos más allá del plazo ordinario cuando las circunstancias que motivan su invalidez no se habían podido apreciar por un licitador razonablemente informado y diligente al tiempo de su publicación. En estos casos en los que las dudas sobre la validez de los pliegos surjan al aplicarse al caso concreto se debe permitir recurrirlos aunque hayan pasado los plazos ordinarios de recurso y junto a la resolución de adjudicación del contrato.

# EL EJEMPLO ALEMÁN

- En Alemania el § 160 GWB -Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley de defensa de la competencia)- que considera en su apartado 3.3 que el recurso en materia de contratación sólo es admisible si las infracciones **que son identificables en los pliegos** (o en su caso en el anuncio de licitación) se hacen valer previamente ante la Administración contratante antes de que transcurra el plazo para presentar las ofertas o la solicitud de participación en la licitación.
- La clave para la admisibilidad del recurso fuera de plazo y al hilo de la impugnación de la adjudicación será el concepto de infracción identificable. Será identificable una infracción cuando haya podido ser conocida desde la perspectiva ideal de un licitador medio. Esto es, de una persona a la que cabe exigir cierta experiencia en materia de contratación del sector público de forma que tenga un conocimiento básico de las reglas y principios esenciales de la contratación pública, pero al que no se puede exigir ni que tenga que indagar ante cualquier sospecha de desajuste con la ilegalidad – sin que sea exigible consultar con un experto jurista- ni que deba estar familiarizado con los detalles de la jurisprudencia, especialmente cuando se trata de asuntos que han ido evolucionando en su tratamiento, y con la doctrina sobre la contratación pública (es necesario que exista un conocimiento positivo, real, de la ilegalidad no basta la sospecha de que la actuación de la Administración pueda haber sido ilegal ni se exige una diligencia especial en dicho conocimiento).
- RESULTADO: REGLA GENERAL = IMPUGNACIÓN DE LOS PLIEGOS CON LA ADJUDICACIÓN.

## ADVERTENCIA: LA TENDENCIA EN ESPAÑA A AFIRMAR LA FIRMEZA DEL PLIEGO: EJEMPLO, EL TRATAMIENTO DE LOS PLIEGOS NULOS

Aunque la jurisprudencia viene admitiendo la impugnación de los pliegos cuando incurren en nulidad de pleno derecho sin plazo, hay muchos pronunciamientos que limitan esta posibilidad a que el alegato cumpla acumulativamente tres requisitos (p.ej. STSJ País Vasco 330/2017, de 26 de julio):

- 1) Que la estipulación del pliego sea nula de pleno derecho.
- 2) Que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión del recurrente.
- 3) Que la estipulación posibilite una actuación arbitraria de la Administración al conceder al órgano de contratación una libertad ilimitada en el procedimiento de adjudicación.

# ALGUNAS NOVEDADES RECIENTES EN EL RÉGIMEN DE LOS PLIEGOS

- La reciente Ley 11/2023, de 8 de mayo (BOE de 9 de mayo) ha introducido una importante reforma del artículo 103 de la LCSP que permite previa justificación en el expediente, la revisión de precios en los contratos que no sean de obras, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas o de suministro de energía, aunque su período de recuperación de la inversión sea inferior a cinco años siempre que la suma de la participación en el presupuesto base de licitación del contrato de las materias primas, bienes intermedios y energía que se hayan de emplear supere el 20 por ciento de dicho presupuesto.
- En estos casos, la revisión solo podrá afectar a la fracción del precio del contrato que representa dicha participación y el pliego no sólo deberá decidir sobre si procede o no la revisión, sino que deberá indicar el peso de cada materia prima, bien intermedio o suministro energético con participación superior al 1 por ciento y su respectivo índice oficial de revisión de precios.
- No será exigible para la inclusión en los pliegos de la fórmula de revisión a aplicar al precio del contrato la emisión de informe por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.
- El artículo 14 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes establece ciertos requisitos para los pliegos de los contratos de compra pública innovadora:
  - Establecer requisitos de solvencia económica y técnica que no supongan un obstáculo a la participación de empresas emergentes.
  - Valorar la inclusión de requisitos de capacidad y solvencia, y criterios de adjudicación que faciliten el acceso en condiciones de igualdad a las empresas emergentes ubicadas en zonas escasamente pobladas.
  - Promover la incorporación de requisitos y características específicas sociales y medioambientales que redunden en la mejora del medio rural, propiciando las adquisiciones de proximidad, la utilización de productos locales, ecológicos, e igualmente la gestión forestal sostenible, las energías renovables y el ahorro energético, siempre que se respeten los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación de la contratación pública.
  - Pueden establecer que la titularidad de los derechos de propiedad intelectual derivados del desarrollo del objeto del contrato será compartida a partes iguales por la Administración contratante y la empresa emergente adjudicataria [si bien es conveniente tener en cuenta a la hora de configurar estos pliegos el Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación, Comunicación de la Comisión Europea (2014/C 198/01) para evitar la consideración del contrato como una ayuda de estado ilegal].

**MUCHAS GRACIAS POR SU ATENCIÓN**