

# Contractació pública

José Esteve Pardo  
Marc Tarrés Vives

Revisió a càrrec de  
Marc Vilalta Reixach

PID\_00239924

---

Temps de lectura i comprensió: **5 hores**





# Índex

<b>Introducció</b> .....	5
<b>Objectius</b> .....	6
<b>1. Origen i evolució històrica</b> .....	7
1.1. El sotmetiment inicial al règim ordinari de contractació .....	7
1.2. Les modulacions jurisprudencials .....	8
1.3. Les modulacions substancials .....	9
<b>2. Les clàusules exorbitants i la naturalesa jurídica dels contractes administratius</b> .....	11
<b>3. Contractes administratius i contractes civils de l'Administració</b> .....	16
3.1. Criteris de distinció .....	16
3.2. La teoria i el règim dels actes separables en els contractes civils de l'Administració .....	17
<b>4. El marc normatiu. El Text refós de la Llei de contractes del sector públic: antecedents i justificació</b> .....	19
<b>5. L'estructura del Text refós de la Llei de contractes del sector públic</b> .....	21
<b>6. Àmbit d'aplicació subjectiu i objectiu del TRLCSP</b> .....	23
6.1. Àmbit d'aplicació subjectiu: administracions públiques, poders adjudicadors i altres subjectes del sector públic als efectes del TRLCSP .....	23
6.2. Àmbit objectiu d'aplicació del TRLCSP .....	28
<b>7. La jurisdicció competent</b> .....	31
<b>8. Els contractes del sector públic</b> .....	34
8.1. El contracte d'obra .....	34
8.2. El contracte de concessió d'obra pública .....	35
8.3. El contracte de gestió de serveis públics .....	36
8.4. El contracte de subministrament .....	37
8.5. El contracte de serveis .....	37
8.6. El contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat .....	38

<b>9. El cicle contractual.....</b>	<b>40</b>
9.1. La preparació del contracte .....	40
9.2. La selecció i l'adjudicació del contracte. El règim de publicitat .....	41
9.2.1. La publicitat del contracte .....	41
9.2.2. Procediments de selecció .....	42
9.2.3. Adjudicació: formes i criteris .....	48
9.2.4. El recurs especial en matèria de contractació .....	49
<b>10. Formalització i execució: les garanties contractuals.....</b>	<b>53</b>
<b>11. La modificació, pròrroga i extinció dels contractes.....</b>	<b>55</b>
<b>Resum.....</b>	<b>56</b>
<b>Glossari.....</b>	<b>57</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>59</b>

## Introducció

La figura del contracte administratiu és un clàssic del dret administratiu, probablement perquè s'hi han anat condensant les singularitats més característiques i rellevants d'aquesta branca del dret.

En els últims anys, la legislació que regula la contractació administrativa ha estat objecte, per imposicions del dret europeu, d'una atenció legislativa constant que ha culminat amb el vigent **Text refós de la Llei de contractes del sector públic**. Encara que l'Administració pública, en el seu sentit més genuí, continua sent el subjecte principal al qual es fa atenció en la nova llei, el cert és que s'hi tenen en compte **altres actors** que, tot i no ser Administració pública, s'integren dins l'àmplia denominació d'**entitats del sector públic**. Això explica que, a diferència de textos legals anteriors, l'expressió "Administració pública" hagi desaparegut com a element identificatiu de la nova regulació i en el seu lloc aparegui la de "sector públic".

En qualsevol cas, el contracte administratiu perviu, i per entendre el significat i la funcionalitat d'aquesta figura el més adequat és:

- 1) En primer terme, conèixer-ne l'origen i l'evolució posterior;
- 2) En segon terme, apropar-se a la legislació vigent en matèria de contractació pública, en la qual s'inclou, per descomptat, la que duen a terme les administracions públiques del nostre país.

## Objectius

En aquest mòdul trobareu els continguts i les eines procedimentals indispensables per a assolir els objectius següents:

- 1.** Entendre el significat i la funcionalitat del contracte administratiu a partir del seu origen i la seva evolució posterior.
- 2.** Observar la singularitat del contracte administratiu a partir de les facultats exorbitants que té l'Administració.
- 3.** Considerar la distinció entre contracte administratiu i contracte civil dins de l'activitat contractual de l'Administració.
- 4.** Conèixer la legislació en matèria de contractació pública, els seus principis informadors i el seu àmbit d'actuació.
- 5.** Tenir coneixement de l'àmbit subjectiu d'aplicació del Text refós de la Llei de contractes del sector públic distingint entre administracions públiques, poders adjudicadors i altres subjectes del sector públic.
- 6.** Observar la classificació dels contractes i saber quins s'exclouen de l'àmbit d'aplicació de la legislació de contractes vigent.
- 7.** Saber quins són els requisits per a poder contractar amb les entitats que integren el sector públic que tinguin la consideració d'administracions públiques o poders adjudicadors.
- 8.** Conèixer els procediments i les maneres d'adjudicar els contractes.
- 9.** Tenir una clara perspectiva del cicle contractual.
- 10.** Determinar les modalitats d'extinció dels contractes.

# 1. Origen i evolució històrica

## 1.1. El sotmetiment inicial al règim ordinari de contractació

Des dels seus primers orígens, les administracions públiques, per assolir molts dels seus objectius, han necessitat la col·laboració dels **particulars**. Han requerit la realització d'obres o la prestació material de serveis per als quals no estaven capacitades.

### Alguns casos en què l'Administració necessita els particulars

Un municipi no és una empresa constructora, però requereix la realització d'obres que, lògicament, les durà a terme una empresa amb aquesta finalitat.

Les administracions que tenen competència en matèria sanitària i hospitalària poden, elles mateixes, dur a terme moltes activitats amb aquesta finalitat, però, bona part del material sofisticat que utilitzen –des de medicaments, fins a utillatge molt especialitzat, produït de vegades només per dues o tres firmes en tot el món– l'hauran d'adquirir de les empreses privades que el produeixen; però tampoc no fa falta acudir al que és l'objecte central de l'activitat sanitària i al seu instrumental, sinó que pot pensar-se també amb el servei d'àpats als interns (*catering*) o el servei de manteniment dels ascensors, de la instal·lació elèctrica, etc. Un centre públic hospitalari és, com moltes altres unitats públiques, un centre d'adquisició de múltiples béns i serveis.

Quan al llarg del **segle XIX** s'imposa el sotmetiment a dret de l'activitat de les administracions públiques, la conseqüència que aquesta afirmació comporta per a tota l'activitat d'adquisició de béns i serveis de particulars és lògica i inequívoca: aquesta activitat s'ha de dur a terme d'acord amb el mòdul jurídic per mitjà del qual s'efectua aquest intercanvi en el tràfic ordinari, és a dir, per mitjà del **contracte**.

Així, l'Administració hauria d'actuar com un operador més, com un adquirent de béns i serveis, d'acord amb les regles ordinàries, que són –sobretot en la societat liberal i burgesa del XIX– les que pactin les parts en un contracte, respectant els trets bàsics d'aquesta institució per garantir un consentiment vàlid, un objecte susceptible de comerç i negociació, i també amb altres regles, poques i molt arrelades, per evitar abusos; però deixant un marge molt ampli a l'autonomia de les parts.

És així com als inicis del dret administratiu, que són els inicis del **sotmetiment a dret** de l'activitat de les administracions públiques, es va considerar del tot normal que l'activitat de les administracions tendent a l'adquisició de béns i serveis es canalitzés a través de la fórmula contractual.

Es tracta d'una activitat en què no es preveu la coacció o l'exercici d'*imperium*: les confiscacions i les expropiacions se situen en una altra òrbita i se subjecten a un altre règim.

Així doncs, els contractes en què intervingués l'Administració haurien de quedar subjectes al règim ordinari de la contractació, és a dir, al dret civil. Per tant, inicialment, els contractes de l'Administració estaven subjectes a la legislació civil i, en cas de controvèrsia, també en co-neixia la jurisdicció ordinària, la jurisdicció civil. No hi havia, doncs, cap especificitat o singularitat, ni material ni processal, en els contractes de les administracions.

## 1.2. Les modulacions jurisprudencials

Superat l'equador del segle XIX, es van anar traslladant als òrgans especialitzats en la solució de conflictes amb les administracions –a la que serà la jurisdicció contenciosa administrativa– el coneixement de les controvèrsies que es poguessin suscitar en la formalització i execució dels contractes en què una de les parts era l'Administració.

La raó d'aquesta atribució no estava en el reconeixement d'una singularitat substantiva del contracte de l'Administració com una figura substantivament diferenciada dels contractes civils: es tenia el convenciment que no existia aquesta diferència, que els contractes de l'Administració eren, en la seva naturalesa, materialment idèntics als que es formalitzaven entre particulars.

Tanmateix, algunes singularitats, no del contracte sinó de l'activitat general de l'Administració –com les seves singularitats comptables o pressupostàries– complicaven en molts casos el coneixement exacte d'aquests contractes per part dels jutges civils. És per això que, pel fet d'estar acostumats a la mecànica ordinària de l'actuació administrativa –i no, en cap cas, perquè s'adverteixi una singularitat dogmàtica en aquests contractes–, es va encomanar a la **jurisdicció contenciosa** el coneixement de les controvèrsies que se suscités en relació amb la contractació de les administracions públiques.

Aquests òrgans judicials especialitzats en l'actuació de l'Administració pública van anar construint una doctrina, una jurisprudència, sobre els contractes de l'Administració, en la qual, gradualment, van anar introduint modulacions i singularitats en l'esquema comú de la contractació civil.

### Modulacions jurisprudencials

En principi, es tractava de modulacions d'abast limitat, que no alteraven substancialment la figura comuna del contracte civil.

Tanmateix, entrat ja el **segle XX**, es van produir decisions jurisprudencials que van optar per modificar els principis estructurals, fins llavors inqüestionables, del contracte. Es va plantejar amb força el debat sobre si, alterats de tal manera els seus pressupòsits, els contractes de les administracions públiques es podien



considerar en rigor autèntics contractes o si érem davant figures jurídiques substantivament diferenciades. Vegem com es va suscitar aquest debat a partir de l'evolució de les circumstàncies.

### 1.3. Les modulacions substancials

Durant la Primera Guerra Mundial, es van donar a França<sup>1</sup> unes circumstàncies molt peculiars –l'evolució de les quals, en matèria de contractació administrativa, és molt similar a l'espanyola.

<sup>(1)</sup>Es tracta del cas *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, de 30 de març de 1916.

Els alemanys havien ocupat la zona nord, l'Alsàcia-Lorena, on es localitzaven les principals reserves carboníferes europees. El preu del carbó es va disparar i va afectar directament moltes empreses que havien contractat la prestació del servei públic d'enllumenat amb municipis francesos. Si es mantenien les condicions estipulades en els contractes respectius, aquestes empreses no podrien prestar aquest servei, ja que els seus costos d'explotació es disparaven. L'Administració municipal podria rescindir certament aquests contractes aplicant-hi el règim previst en cas d'incompliment d'una de les parts. Però a l'Administració se li plantejaria tot seguit un greu problema: qui prestaria a partir de llavors el servei d'enllumenat públic que constituïa una de les seves responsabilitats? Cap empresa no voldria prestar-lo en les condicions de les anteriors; amb tota lògica, exigirien uns preus i unes tarifes molt alts per cobrir-se davant la desmesurada alça dels costos.

Llavors, el Consell d'Estat francès –davant el qual es van plantejar aquestes controvèrsies– va veure molt clara la motivació peculiar de la **contractació administrativa** davant la contractació i, en general, el tràfic jurídic i econòmic del sector privat. L'Administració no contracta amb ànim d'obtenir beneficis, i encara menys amb motivacions especulatives, sinó per aconseguir la realització d'obres i la prestació de serveis públics per als quals la responsabilitza l'ordenament jurídic i, en definitiva, per complir amb les seves competències. En aquest cas, l'objectiu dels municipis no era estalviar-se uns quants diners davant la incapacitat de les empreses per complir les condicions estipulades en el contracte, sinó assegurar la prestació del servei d'enllumenat públic. Des d'aquesta perspectiva realista, la rescissió del contracte per incompliment, en la seva rígida concepció civil com a contracte a risc i ventura, no conduiria a res; el contracte, d'acord amb les regles civils, es podria rescindir, certament, però el municipi es quedava sense servei d'enllumenat públic.

És llavors quan el Consell d'Estat va introduir el principi del **contractista col·laborador** i altres principis que van acabar per oferir una concepció característica del contracte administratiu.

#### La motivació de la contractació administrativa

L'important és la prestació del servei públic o la construcció de l'obra pública; si es produïen alteracions en els costos per raons alienes al contractista, l'Administració li hauria de donar suport perquè pogués continuar prestant el servei.

Davant la rigidesa amb què es concep el contracte civil –amb observança respectuosa del que s’ha pactat i que cada part assumeixi els costos de les incidències alienes i no previstes que es puguin produir–, el contracte administratiu es concep com un **instrument flexible**: el que és decisiu no és tant l’observança rígida dels pactes, sinó la satisfacció dels interessos públics. És per això que, si els costos augmenten de manera imprevisible, s’han d’establir mecanismes de compensació.

L’important és mantenir l’**equilibri financer**: com més elevats són els costos –per causa aliena al contractista, és important destacar aquesta condició– més gran ha de ser la compensació; com més baixos són els costos, menor hauria de ser la retribució.

En els **contractes privats** no hi ha valoracions sobre una retribució justa o equilibrada: es retribueix el que s’ha pactat encara que no es correspongui amb la realitat objectiva o amb els costos reals. En els **contractes administratius** la noció d’equilibri financer ha de presidir tot el seu desenvolupament: l’important és l’atenció, objectiva i continuada, dels interessos generals a la satisfacció dels quals s’adreça.

#### **Equilibri financer**

El contracte administratiu té un component d’equilibri que no es reconeix als contractes privats.

## 2. Les clàusules exorbitants i la naturalesa jurídica dels contractes administratius

A partir d'aquell moment, que podem situar al **final de la Primera Guerra Mundial**, els contractes administratius van ser objecte d'un règim jurídic molt modificat en relació amb el règim civil ordinari.

1) D'una banda, el contracte administratiu es flexibilitzava en la línia que hem apuntat per a fer front a les pujades imprevisibles dels costos; el contracte administratiu es desvinculava així de la rigidesa del contracte civil, concebut com a contracte a risc i ventura.

2) D'altra banda, aquesta orientació prevalent del contracte administratiu a la satisfacció de l'interès públic, per sobre fins i tot de les determinacions contractuals (és més, aquest interès públic no podria quedar segrestat per les clàusules del contracte) s'utilitza com a cobertura d'importants facultats de l'Administració en l'execució del contracte. Així, a l'Administració se li acaba reconeixent la facultat d'**interpretar unilateralment** el contracte, i fins i tot la facultat de **modificar unilateralment** el seu contingut.

A la institució contractual civil, fonamentada en la igualtat de les parts contractants, li repugna que la interpretació del contracte quedi a l'arbitri d'una de les parts. És quelcom que el mateix Codi civil rebutja explícitament i taxativament. Si una de les parts tingués la facultat d'interpretar-lo unilateralment es trencaria l'elemental equilibri, i el contracte, com a tal, deixaria en rigor de ser contracte.

Encara es produiria una desnaturalització més gran del contracte en cas que una de les parts tingués la facultat de modificar unilateralment l'objecte del contracte.

### Un cas d'interpretació i modificació unilateral

Per considerar un cas simple. A s'obliga contractualment a construir una casa a B. Quin tipus de contracte seria aquell en què B pogués modificar com volgués l'objecte del contracte i exigir, per exemple, que A li construís, a més, un garatge? Doncs bé, la legislació en matèria de contractes administratius reconeix a l'Administració aquesta facultat de modificar unilateralment els seus contractes; en termes simples: l'empresa constructora que s'ha compromès contractualment a construir una carretera de 100 km de longitud ha de saber que l'Administració pot modificar unilateralment l'objecte del contracte i que la seva obligació variï, en el sentit que hagi de construir una carretera de 110 km o de 90 km.

Davant la presència d'aquestes **facultats exorbitants** –perquè impliquen una exorbitància, un excés desmesurat, respecte a l'esquema bàsic i comú del contracte– es planteja inexcusablement una qüestió central i decisiva sobre la naturalesa jurídica d'aquests contractes administratius: són realment contractes?, o es tracta de figures jurídiques substancialment diferenciades?

A aquesta qüestió se li han donat les respostes habituals. Així, s'han ofert les tres **tesis** següents:

- 1) La figura del contracte administratiu és inexistent perquè hi falta la substància elemental del contracte.
- 2) El contracte administratiu és un contracte, però substancialment diferenciat del contracte civil.
- 3) No hi ha diferències substancials entre contractes administratius i contractes civils; tots dos actuen sobre la base del consentiment de les parts i el contractista decideix voluntàriament vincular-se amb l'Administració i coneix per endavant el règim a què se subjecten aquests contractes.

Per percebre i valorar adequadament les peculiaritats del contracte administratiu, s'han de distingir dos plans o **posicions**.

- 1) Una és la posició que sempre ocupa l'Administració, investida de les seves facultats per a la tutela de l'interès públic. N'hi ha prou de reparar en el privilegi d'autotutela –presumpció de legalitat i execució d'ofici – dels actes administratius.
- 2) Un altre és el pla en què se situa el contracte de què l'Administració forma part. Es pren l'esquema bàsic del contracte i sobre aquest esquema es projecten els privilegis ordinaris de l'Administració. Així, una declaració formal de l'Administració en exercici de les seves competències té, en principi, la presumpció de validesa per salvaguardar un interès públic que es podria veure relegat si aquesta declaració es qüestionés davant els tribunals i quedés suspesa fins que aquests decidissin.

Si en l'òrbita contractual inserim la declaració de l'Administració proveïda de la seva presumpció de validesa, tindrem configurat i explicat el privilegi d'interpretació unilateral dels contractes o el de la modificació unilateral.

En definitiva, les singularitats del contracte administratiu no tenen l'origen en el mateix contracte –que té vocació de contracte genuí per dir-ho d'alguna manera– sinó en l'Administració, en les peculiaritats que acompanyen l'actuació administrativa, en les facultats de què està investida per a la tutela dels interessos públics que se li encomanen i que es manifesten també en els contractes en què participa.

Els privilegis de l'Administració, les clàusules exorbitants en els contractes administratius, ho són en l'entorn d'un estat de dret i, per tant, tenen uns **límits** i també uns mecanismes d'indemnització.

En primer lloc, cal destacar que les declaracions de l'Administració amb relació a un contracte, sobretot durant la seva execució, han d'anar precedides d'un **procediment**.

### **Característiques del procediment**

No es tracta d'un procediment complex i dilatat, però sí d'un tràmit contradictori en què el contractista pugui al·legar les seves objeccions i alternatives a la proposta de l'Administració. L'absència d'aquest tràmit seria un vici de nul·litat.

En segon lloc, aquestes declaracions administratives –ja sigui la interpretació o la modificació unilateral– no són, de cap manera, definitives. Són, evidentment, **recurribles** –davant l'Administració i davant els tribunals– com qualsevol declaració de l'Administració.

### **Presumpció de validesa**

La declaració de l'Administració té la presumpció de validesa i pot ser executiva, sense perjudici que el recurs es decideixi més tard en el sentit d'anul·lar aquesta decisió amb el rescabament corresponent, si escau.

En tercer lloc –i aquest és un marc que sembla més ostensible–, hi ha uns **límits materials** en l'exercici d'aquestes facultats exorbitants per part de l'Administració. O, si es vol, hi ha uns límits dins els quals les modificacions imposades per l'Administració són obligatòries per al contractista; més enllà d'aquests límits, el contractista es pot desvincular del contracte o continuar d'acord amb les noves condicions imposades per l'Administració.

### **Precisió i quantificació del límit**

Si bé es calcula en cada cas, un criteri tradicional de referència és del 10%, de més o de menys, en relació amb el pressupost inicial del contracte.

### **Un cas de límit en la construcció d'una carretera**

Si en un contracte d'obra per construir una carretera de 100 km, amb un pressupost de 100 milions d'euros, l'Administració, durant la seva execució, decideix la modificació de l'objecte del contracte –la modificació de la longitud de la carretera en aquest cas–, aquesta modificació només seria vinculant per al contractista si té un abast del 10% de més o de menys; en aquest cas, només si es mou en la forquilla entre els 110 i els 90 milions d'euros, la qual cosa significaria –aplicant-hi la simple equació d'aquest exemple, 1 milió d'euros per cada quilòmetre– que l'Administració podria imposar una modificació del traçat de la carretera entre 100 i 110 km, si decideix prolongar aquest traçat, o entre 100 i 90 km, si el que pretén és reduir-lo. Més enllà d'aquests límits materials, el contractista es pot desvincular de la modificació pretesa per l'Administració. En qualsevol cas, s'ha de recompondre l'equació financera establerta inicialment.

Precisament, aquesta és l'última referència important sobre els límits de les facultats de l'Administració en la modificació dels contractes: sempre hi ha d'haver una **compensació justa** a aquestes modificacions, tant si es mouen en els límits –el 10%– que són obligatoris per al contractista com si, en ultrapassar aquests límits, són voluntàriament acceptades pel contractista.

### **Continua el cas: es presenta una altra modificació**

Si s'imposa una modificació en l'interior d'aquesta forquilla del 10%, el contractista l'ha d'acceptar com ja ens consta, però, evidentment, l'equació financera s'haurà de recompondre. Tot i que les coses no són tan simples, podem mantenir l'equació anterior: segons aquesta equació, si al contractista se li imposa una prolongació de 5 km de la carretera, la modificació seria obligatòria, però també se li hauria d'augmentar la retribució 5 milions d'euros, aplicant-hi l'equació d'1 milió d'euros per cada quilòmetre de carretera. Si la modificació ultrapassa el límit de l'obligatorietat per al contractista, aquest la podria acceptar voluntàriament però, en principi, de conformitat amb la mateixa equació financera inicialment establerta.

El que es conclou d'aquesta breu exposició centrada en els aspectes nuclears de les facultats exorbitants de l'Administració en la contractació administrativa és que, d'una banda, deriven de la posició supraordenada que ordinàriament ocupa l'Administració i, de l'altra, que aquests privilegis tenen l'enquadrament propi de l'estat de dret, del dret administratiu, i per tant tenen els seus límits formals o procedimentals, i els seus límits materials, amb la justa compensació al contractista, si escau.

D'altra banda, el **contractista** també disposa en la legislació administrativa de mecanismes i fórmules que actuen en el seu favor i no solament com a compensació a les facultats de l'Administració. Entre aquestes fórmules destaca la **revisió de preus**. Implica l'actualització o modificació dels preus inicialment fixats si per causes externes a la seva gestió es produeix un increment dels costos excessiu i desequilibrant.

### **Un cas de revisió de preus en la construcció d'un túnel**

Aquests augments imprevisibles i molt elevats dels costos es donen, o es donaven, amb relativa freqüència en els contractes d'obres. L'exemple clàssic és el de la construcció d'un túnel: el desenvolupament tecnològic més recent ha superat moltes incerteses, però era freqüent que durant l'execució es trobessin capes de gran duresa al terreny, capes freàtiques o fins i tot corrents d'aigües subterrànies; circumstàncies que podien comportar un augment molt considerable dels costos d'execució del contracte. Reflexionem sobre l'alternativa a la revisió de preus i el manteniment rigorós de les condicions econòmiques inicialment pactades; si això fos així, davant les altes probabilitats que en la perforació del túnel es trobin dificultats serioses amb costos elevats, l'empresa constructora oferiria per endavant un pressupost molt elevat per cobrir-se davant possibles dificultats. Podria ser que una altra empresa presentés un pressupost notablement més baix, però en cas que se li adjudiqués el contracte i que trobessin serioses dificultats en la seva execució, com podria afrontar l'augment de costos? En cas que executés l'obra en aquestes condicions, no hi hauria un risc fundat si reparam en la qualitat o seguretat de l'obra?

Aquesta revisió també està subjecta a **límits** i, sens dubte, no es pot sol·licitar davant qualsevol alteració dels costos.

### **Quantificació del límit**

Encara que els plecs i les clàusules de revisió de preus es concreten en previsions i fórmules matemàtiques de certa complexitat per a cada contracte, també es pot oferir la referència orientativa del 10%. Si no excedeix aquest percentatge, no es podria sol·licitar l'aplicació d'aquesta clàusula.

De tot això també es conclou que el contracte administratiu és, per dir-ho així, una figura viva, oberta a les moltes incidències que es puguin presentar en la seva execució, a diferència dels contractes civils en què l'inicialment pactat resulta absolutament intangible. El contracte administratiu es pot recompondre, amb tota normalitat, al llarg de la seva execució, a causa:

- D'una banda, de la percepció i protecció de l'interès públic per part de l'Administració;
- D'altra banda, de les dificultats imprevisibles amb què es pot trobar el contractista.

### 3. Contractes administratius i contractes civils de l'Administració

Des que, a la primera meitat del segle XX, es configura el règim propi dels contractes administratius en la línia que s'acaba d'exposar, hi havia la convicció generalitzada que no tota l'activitat contractual de l'Administració havia d'estar subjecta a aquest règim protector de l'interès públic que es construeix entorn dels contractes administratius. Es reconeix i s'admet amb tota normalitat que l'Administració formalitzi contractes subjectes al dret civil, el coneixement dels quals s'encomana, en cas de conflicte, a la jurisdicció civil.

Hi ha hagut i hi ha contractes civils de l'Administració, de la mateixa manera que l'Administració actua en uns casos amb ple sotmetiment al dret administratiu i en altres casos actua subjecta al dret privat. La gran qüestió que s'ha plantejat de manera reiterada és la del **criteri de distinció** entre contractes civils i contractes administratius.

És una qüestió amb rellevància dogmàtica i legislativa, però també amb una projecció pràctica indubtable: a qui contractarà amb l'Administració –i a la mateixa Administració per descomptat– li interessa saber si sobre aquest contracte l'Administració disposarà d'una sèrie de facultats exorbitants, encara que el contractista també disposi de mecanismes d'indemnització, o si el contracte estarà subjecte sense excepcions al dret privat.

#### 3.1. Criteris de distinció

Com sempre en aquests casos, són diversos els criteris que s'han ofert per diferenciar els contractes administratius i els contractes civils de les administracions públiques.

Un criteri ha estat el de la presència o no de les **clàusules exorbitants**. Però és evident que aquest no és pròpiament un criteri utilitzable com a tal *a priori*, sinó una conseqüència d'aquesta distinció: el contracte conté clàusules exorbitants perquè és administratiu i això és, justament, el que volem saber.

Un altre criteri que s'ha invocat és el del **servei públic**. Els contractes l'objecte dels quals sigui el servei públic tindrien la condició d'administratius, els que no tinguessin aquest objecte estarien subjectes al dret privat. És un criteri més ben orientat, però depèn d'un concepte molt imprecís com és el de servei públic.

Per tant, el criteri més precís i segur és el de la **competència**: els contractes que versin sobre les competències pròpies d'una administració pública tindran el caràcter i el règim propis dels contractes administratius.



## Les competències

Són les esferes d'actuació i responsabilitat en la tutela de l'interès general que la llei encomana a les diferents administracions; és per això que han d'estar particularment protegides i tutelades pel dret administratiu quan constitueixen l'objecte d'un contracte.

El criteri de la competència és més segur i precís perquè les competències de cada administració han d'estar necessàriament atribuïdes i precisades per mitjà d'una llei<sup>2</sup>. N'hi haurà prou, per tant, amb comprovar si l'objecte d'un contracte versa sobre una matèria competència de l'Administració pública per atribuir a aquest contracte la condició i el règim propis dels contractes administratius.

<sup>(2)</sup>Per exemple, per a les administracions locals, la Llei reguladora de les bases del règim local.

### Dos casos: la recollida d'escombraries i la transformació i gestió d'un hotel

Si la recollida d'escombraries és una competència municipal, tindrà la condició d'administratiu el contracte que encomana a una empresa privada, a una concessionària, la prestació material d'aquest servei. L'Administració té facultats per salvaguardar l'interès públic implicat en el servei i el contractista també disposarà de cobertura davant imprevistos, per tal d'assegurar, no el benefici del contractista, sinó la continuïtat i la qualitat en la prestació del servei.

Al contrari, un contracte en virtut del qual el municipi encomana a una empresa hotelera la transformació i gestió com a hotel d'un edifici que el municipi rebés mitjançant una donació no seria un contracte administratiu: entre les competències municipals no figuren les de prestació i explotació de serveis hotelers; encara que res no impedeix que el municipi obtingui uns ingressos per l'explotació d'un edifici de la seva propietat.

## 3.2. La teoria i el règim dels actes separables en els contractes civils de l'Administració

Precisament va ser un cas similar a l'últim que acabem de veure el que, a començaments dels seixanta, va suscitar el reconeixement de la rellevant i, des d'aleshores, arrelada **teoria dels actes separables**, assumida no només per la doctrina i jurisprudència, sinó també per la legislació.

L'Andalucía Palace era un hotel creat a partir de la remodelació d'un palauet que l'Ajuntament de Sevilla havia rebut com a donació d'un personatge de l'aristocràcia. L'explotació de l'hotel es va encomanar contractualment a una empresa, però una altra empresa del sector que també pretenia la gestió de l'hotel va impugnar el contracte al·legant que no s'havia obert un procediment de licitació pública. L'Ajuntament va replicar que, com que es tractava d'un contracte civil, no s'havia de sotmetre a licitació pública –un requisit que només seria exigible en els contractes administratius– i l'Administració, com qualsevol particular, tenia absoluta llibertat per contractar amb qui volgués. La sentència dictada en primera instància va acollir les tesis de l'Ajuntament de Sevilla.

La sentència, però, no només va ser objecte de crítica per part de la doctrina, en què hi destacava el professor García-Trevijano Fos, sinó que el Tribunal Suprem la va anul·lar en les seves determinacions més rellevants. Segons el Tribunal Suprem, tot i que efectivament es tractava d'un contracte privat, hi

havia elements que haurien de quedar subjectes al dret administratiu, sobretot els tràmits de preparació i de formació de la voluntat de l'Administració, i entre aquests actes de preparació figura la selecció del contractista. Així, en els contractes civils de l'Administració, els actes de preparació i adjudicació se subjecten al dret administratiu, mentre que els efectes i l'extinció estan subjectes al dret civil<sup>3</sup>.

<sup>3</sup>Vegeu la Sentència del Tribunal Suprem de 4 de febrer de 1965. En el mateix sentit, vegeu J. A. García-Trevijano Fos (1959, gener-abril). "Contratos y actos ante el Tribunal Supremo. La explotación del Hotel Andalucía Palace". *Revista de Administración Pública* (núm. 28, pàg. 147-164).

En cas d'impugnació, cal atènyer-se a la **localització del vici**: si es localitza en els actes separables, els actes de preparació subjectes al dret administratiu, és competent la jurisdicció administrativa, mentre que si el vici es localitza en els efectes i l'execució del contracte, és competent la jurisdicció civil.

## 4. El marc normatiu. El Text refós de la Llei de contractes del sector públic: antecedents i justificació

La legislació de contractes de les administracions públiques està molt determinada, des de fa ja més de vint anys, per la **normativa europea**. Des de l'adhesió d'Espanya a les Comunitats Europees, la normativa comunitària ha estat el referent obligat de la nostra legislació de contractes públics, de manera que, en els últims anys, una de les principals justificacions de les successives reformes que han portat des de la inicial Llei de contractes de l'Estat de 1965 fins a l'actual Text refós de la Llei de contractes del sector públic és la necessitat d'adaptar aquesta legislació a les exigències del dret de la Unió Europea.

La finalitat perseguida per les normes europees en matèria de contractació és aconseguir l'obertura dels mercats públics d'obres, subministraments i serveis dels estats membres de la Unió Europea a la lliure competència, per tal d'aconseguir que es faci efectiu un autèntic mercat únic de la contractació pública.

Per això, l'interès del dret de la Unió Europea per la contractació dels ens públics se centra, des d'un principi, en una qüestió fonamental: el règim de licitació i adjudicació d'aquests contractes.

### Dret comunitari i contractació en ens públics

Es tracta de garantir, també en l'àmbit de la contractació pública, la unitat de mercat i la no-discriminació d'empreses per raó de la seva nacionalitat.

Actualment, el marc normatiu comunitari ens ve definit per la **Directiva 2014/24/UE** del Parlament i del Consell, de 26 de febrer, sobre contractació pública, i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, de 31 de març. Entre altres aspectes, aquesta Directiva preveu tot un seguit de mesures per a garantir que les empreses radicades a la Unió Europea puguin accedir, en condicions d'igualtat, als contractes amb ens públics de qualsevol estat membre.

El que passa, però, és que aquesta pretensió reguladora, harmonitzadora, del dret europeu que es concentra en aquest aspecte preliminar de la contractació pública requereix tota una sèrie de precisions sobre conceptes fonamentals, que comporten, de fet, una influència determinant sobre aspectes molt rellevants del règim de la contractació dels ens públics.

Sens dubte, l'aspecte més destacat que ha experimentat una transformació substancial per l'impacte de les directives comunitàries és el relatiu a l'**àmbit subjectiu d'aplicació** de la legislació de contractació pública. No només les administracions públiques tradicionals estan subjectes a aquesta legislació – que deixa de ser, per tant, només la Llei de contractació de les administraci-

ons– sinó que el seu àmbit també s'estén a **altres subjectes**: entitats gestores de la Seguretat Social, societats mercantils amb capital públic, universitats públiques, consorcis, etc.

La necessitat d'adaptar el nostre ordenament jurídic a la normativa europea va portar el legislador espanyol a aprovar la **Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic** (en endavant, LCSP). A través d'aquesta Llei es transposava a Espanya la normativa europea (en particular, l'anterior Directiva 2004/18/CE, de 31 de març), amb l'objectiu de garantir no només els principis tradicionals de la contractació administrativa (consecució de l'interès públic i atribució consegüent de prerrogatives a l'Administració pública), sinó també els principis inspiradors del dret de la Unió Europea (que la contractació del sector públic s'ajusti als principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments i no-discriminació i igualtat de tracte entre els diferents candidats).

La LCSP va entrar en vigor l'1 de maig de 2008, però poc després –i, en part, justificada per l'actual situació de crisi econòmica– va ser objecte de modificacions importants a través, per exemple, de la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible o la Llei 34/2010, de 5 d'agost.

Totes aquestes modificacions legislatives van portar al fet que el 2011 s'aprovés el **Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel que s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic** (en endavant, TRLCSP), per mitjà del qual es pretén integrar en un únic text totes les modificacions introduïdes fins aleshores a la LCSP.

De manera que, avui dia, el TRLCSP –que deroga expressament l'anterior LCSP– constitueix la norma que recull tota la regulació bàsica en matèria de contractes de les administracions públiques vigent a Espanya.

Ara bé, cal tenir present que, tot i l'aprovació del TRLCSP, l'ordenament espanyol encara no ha procedit a transposar l'actual Directiva en matèria de contractació pública (la mencionada Directiva 2014/24/UE). Per la qual cosa, de ben segur que la normativa espanyola en aquesta matèria encara haurà de ser objecte d'una nova revisió.

#### Nota

El termini previst a la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, per tal que els Estats transposessin als seus respectius ordenaments la nova normativa europea en matèria contractual va finalitzar el mes d'abril de 2016.

## 5. L'estructura del Text refós de la Llei de contractes del sector públic

El TRLCSP consta d'un total de 334 articles, 33 disposicions addicionals, 8 disposicions transitòries, i 6 disposicions finals.

Es tracta d'un text extens i dotat d'una certa **complexitat**, ja que a l'extensió d'alguns preceptes també s'afegeixen les nombroses remissions que entre si es fan els articles de la llei.

### Complexitat

Es pot dir que som davant un autèntic *sudoku* normatiu.

L'**extensió** del TRLCSP es veu clarament en comparar-la amb la de textos precedents: LCE de 1965 (125 articles), LCAP de 1995 (219 articles), TRLCAP de 2000 (266 articles).

Per comprendre millor el text pot ser útil conèixer-ne l'**estructura** i saber quines matèries regula.

Taula 1. Estructura del TRLCSP

Títol preliminar	Disposicions generals	Articles 1 – 21
<b>Llibre I</b>	Contractació del sector públic i elements estructurals dels contractes	Articles 22 – 108
<b>Llibre II</b>	Preparació dels contractes	Articles 109 – 137
<b>Llibre III</b>	Selecció del contractista i adjudicació dels contractes	Articles 138 – 207
<b>Llibre IV</b>	Efectes, compliment i extinció dels contractes administratius	Articles 208 – 315
<b>Llibre V</b>	Organització administrativa per a la gestió de la contractació	Articles 316 – 334

Al seu torn, l'atenció que es presta en l'articulat a les diferents matèries no és del tot uniforme, com es pot apreciar en la taula següent:

Taula 2. Diferents matèries tractades pel TRLCSP

Preparació del contracte i elaboració de l'expedient	28 articles
Procediment de selecció del contractista i adjudicació del contracte	69 articles
Efectes, compliment i extinció dels contractes administratius en general	20 articles
Contracte d'obres	10 articles
Contracte de concessió d'obra pública	34 articles
Contracte de gestió de serveis públics	14 articles
Contracte de subministrament	10 articles

### Atenció als procediments

Es fa especial atenció als procediments de selecció del contractista i adjudicació del contracte, mentre que els aspectes substantius de cada tipus de contracte són abordats per uns quants preceptes.

<b>Contracte de serveis</b>	11 articles
<b>Contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat</b>	3 articles

El TRLCSP s'aparta del criteri tradicional que regia la legislació en matèria de contractació pública. Aquesta legislació tenia per objecte establir el règim jurídic d'un contracte específic, el contracte administratiu, i regular les potestats exorbitants i els privilegis que tenia l'Administració en subscriure aquests contractes (interpretació, modificació o resolució unilateral del contracte). Aquests elements, tot i que continuen presents en la nova llei, no en són l'element vertebrador, que ara ha passat a ser el **procediment de selecció del contractista**.

Del tot això es dedueix que el nucli del TRLCSP no és el compliment del contracte sinó la seva preparació i la selecció de l'adjudicatari.

Des d'aquesta perspectiva procedimental de selecció del contractista, els **aspectes fonamentals** que inspiren l'articulat de la llei són:

- El dret a participar en el procés de selecció en condicions d'igualtat.
- La publicitat i transparència del procediment de selecció.
- La igualtat i l'absència de discriminacions.
- La garantia d'una adjudicació lliure, pública i competitiva.

## 6. Àmbit d'aplicació subjectiu i objectiu del TRLCSP

La definició de **l'àmbit subjectiu** -és a dir, a quines entitats és aplicable la legislació contractual- i de **l'àmbit objectiu** -és a dir, quins són els contractes que es regeixen per la legislació de contractes- constitueix un dels aspectes més problemàtics i confusos en matèria de contractació pública.

Com hem assenyalat anteriorment, l'actual regulació dels contractes del sector públic és el resultat d'un llarg procés d'adaptació de les normes del dret de la Unió Europea que imposen als poders públics dels estats diferents exigències en la preparació i adjudicació d'alguns contractes, amb l'objectiu d'aconseguir l'obertura del mercat dels contractes públics a la lliure competència. Com no podia ser d'altra manera, aquestes exigències han obligat a una important reconsideració de la nostra legislació de contractació pública que es plasma, de manera molt especial, en el seu àmbit subjectiu i objectiu d'aplicació.

### 6.1. Àmbit d'aplicació subjectiu: administracions públiques, poders adjudicadors i altres subjectes del sector públic als efectes del TRLCSP

Els antecedents legislatius ens mostren que els criteris per a definir l'àmbit subjectiu d'aplicació de la legislació contractual sempre han plantejat problemes d'interpretació. D'aquesta manera, els preceptes que regulaven aquesta qüestió en les lleis anteriors ja havien anat experimentant modificacions constants a partir dels diferents pronunciaments judicials del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, que no ha deixat de posar de manifest les vies d'escapament que la legislació espanyola oferia per tractar de fugir de l'aplicació de les previsions i limitacions que s'estableixen en matèria de contractes públics.

De tota manera, el legislador ha estat conscient d'aquesta situació en el moment d'elaborar el TRLCSP, i ha reconegut la necessitat d'ajustar l'àmbit d'aplicació de la llei al de les directives comunitàries, i de no deixar entitats del sector públic exemptes de regulació. Per tant, el TRLCSP pretén regular els contractes de **l'ampli espectre** d'entitats que comprèn el sector públic espanyol. Amb aquesta finalitat, com veurem seguidament, en la llei es procedeix a delimitar acuradament els subjectes als quals és aplicable.

Per analitzar l'àmbit d'aplicació subjectiu del TRLCSP ens hem de referir, en primer lloc, a la Directiva 2004/18/CE, de 31 de març, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obra, subministraments i serveis. Segons l'article 1.2, aquesta norma europea s'aplica a tots els contractes que formalitzin els "poders adjudicadors" amb altres operadors econòmics. Aquest concepte de **poders adjudicadors** esdevé, per tant, essencial per

#### Nota

L'article 1.1 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, s'expressa en un sentit molt similar.

a determinar l'àmbit d'aplicació subjectiu de la Directiva i és el que, en bona part, ha obligat a modificar l'àmbit subjectiu d'aplicació de la nostra legislació contractual.

El problema sorgeix pel fet que el concepte europeu de poder adjudicador és més ampli que el concepte d'administració pública, ja que inclou no només les administracions territorials (com per exemple, les administracions de l'Estat, de les comunitats autònomes o locals) sinó que, a més, inclou també totes aquelles entitats que, segons al Directiva, poden considerar-se com a organismes de dret públic.

Per a identificar quines entitats tenen aquesta consideració, la Directiva utilitza un doble criteri:

- 1) En primer lloc, estableix els trets característics que han de reunir aquestes entitats per a ser considerats com a tals.
- 2) I, en segon lloc, inclou una llista extensa que identifica, per a cada Estat, qui té la consideració d'organisme de dret públic<sup>4</sup>.

<sup>(4)</sup>Pel que fa a Espanya, i a diferència d'altres estats, aquesta llista és clarament insuficient.

### **Organisme de dret públic**

Segons la Directiva, les característiques que ha de tenir un organisme de dret públic són les següents:

- 1) Haver estat creat específicament per a satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil.
- 2) Tenir personalitat jurídica, en què és indiferent la forma pública o privada (l'important són les funcions o les activitats que s'exerceixen).
- 3) Que en el seu funcionament es presenti alguna de les circumstàncies següents:
  - Que l'activitat estigui finançada majoritàriament per l'estat, els ens territorials o altres organismes de dret públic;
  - Que la gestió estigui sotmesa a control per part d'aquests últims;
  - Que l'òrgan d'administració, de direcció o de vigilància estigui format per membres dels quals més de la meitat siguin nomenats per l'estat, els ens territorials o altres.

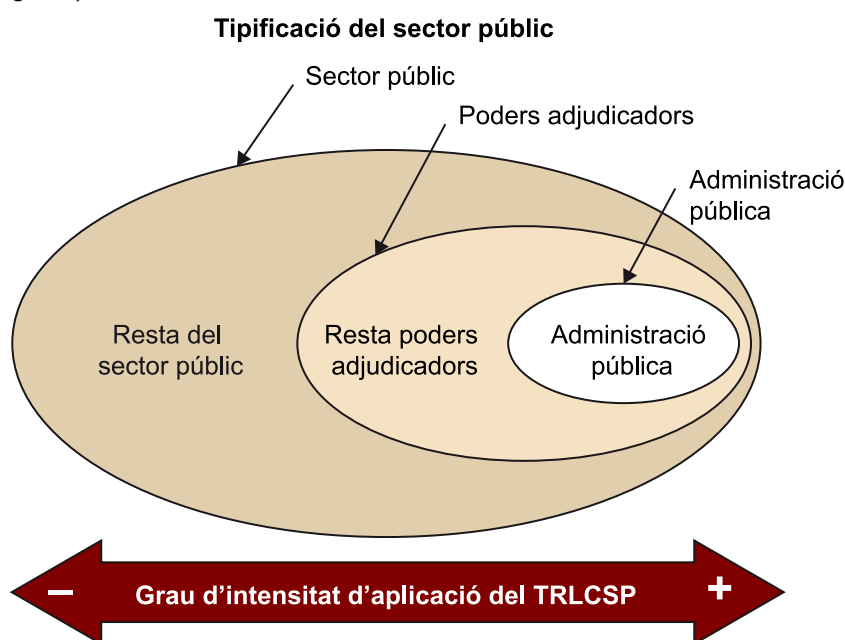
Partint d'aquestes premisses, i del fet que s'expressa més àmpliament, s'entén per què la transposició al nostre ordenament de la normativa europea va obligar a modificar l'àmbit d'aplicació subjectiu de la legislació de contractes pú-



blics, ja que no pot seguir referint-se només -com havia succeït fins ara- a les administracions públiques, sinó que ha d'incloure tots els poders adjudicadors.

En aquest sentit, com hem avançat abans, per determinar quins òrgans o entitats han de regir-se per la legislació contractual, el TRLCSP opta per ampliar l'àmbit d'aplicació i fer-lo extensiu a totes les "entitats del sector públic" (art. 2.1). A la vegada, dintre d'aquesta noció general d'entitats del sector públic, el TRLCSP distingeix diferents categories de subjectes, als quals la llei s'aplica amb diferent intensitat.

Categories previstes al TRLCSP



1) En primer lloc, el TRLCSP s'aplica a les **administracions públiques** en sentit estricte.

El TRLCSP ens ofereix el seu propi concepte d'administració pública, que s'aparta d'altres definicions que podem trobar en altres textos legals. La caracterització pel TRLCSP com a administració pública implica l'atribució de potestats unilaterals de caràcter exorbitant que, en canvi, no posseeixen les altres entitats que integren el sector públic.

Als efectes del TRLCSP, tenen la consideració d'administració pública els subjectes que consten en la taula següent:

Taula 3. Administracions públiques

<b>Administracions territorials</b>	Administració General de l'Estat. Administració de les comunitats autònomes. Entitats locals.
<b>Seguretat Social</b>	Entitats gestores de la Seguretat Social. Serveis comuns de la Seguretat Social.

<b>Organismes autònoms</b>	
<b>Universitats públiques</b>	
<b>Reguladors independents sobre un determinat sector o activitat</b>	
<b>Entitats de dret públic vinculades o dependents d'una administració pública (a excepció de les entitats públiques empresarials)</b>	<p>Sempre que compleixin algunes de les característiques següents:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• L'activitat principal no consisteix en la producció en règim de mercat de béns i serveis.</li> <li>• No es financen amb ingressos obtinguts com a contrapartida al lliurament de béns o la prestació de serveis.</li> </ul>
<b>Òrgans constitucionals pel que es refereix a l'activitat de contractació.</b>	Òrgans competents del Congrés dels Diputats, del Senat, del Consell General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, Tribunal de Comptes, del Defensor del Poble, etc.

2) En segon lloc, el TRLCSP s'aplica també als **poders adjudicadors** (art. 3.3), que és la denominació que a Espanya es dona als que la Directiva 2004/18/CE, de 31 de març, anomena "organismes de dret públic".

Segons l'article 3.3 del TRLCSP, tenen la consideració de poders adjudicadors:

Taula 4. Poders adjudicadors

<b>Administracions públiques en sentit estricte</b>	
<b>Organismes amb personalitat jurídica pròpia</b>	<p>Creats per a satisfer específicament necessitats d'interès general que no siguin de caràcter industrial o mercantil i sempre que presentin alguna de les circumstàncies següents:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Finançament públic majoritari.</li> <li>• Control públic de la gestió.</li> <li>• Nomenament públic de més de la meitat del membres del seu òrgan de direcció o vigilància.</li> </ul>
<b>Associacions d'organismes públics</b>	

#### **Necessitats d'interès general no mercantil ni comercial**

"[...] les necessitats que, d'una banda, no se satisfan mitjançant l'oferta de béns o serveis en el mercat i que, d'una altra, per raons d'interès general, l'Estat decideix satisfer-les per si mateix o respecte de les quals vol conservar una influència determinada [...]"

Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 16 d'octubre de 2003, assumpte C-283/00. SIEPSA.

3) Finalment, el TRLCSP s'aplica als **altres ens del sector públic que no són administracions públiques ni poders adjudicadors** (art. 3.1 TRLCSP).

En sentit estricte el concepte d'entitats del sector públic vindria format per tots aquells subjectes que apareixen mencionats a l'article 3.1 del TRLCSP però que no poden considerar-se com a administracions públiques ni poders adjudicadors. D'aquesta manera, el sector públic, en un sentit estricte, estaria integrat per:

#### **Lectura recomanada**

Vegeu també l'article 2.1 de la vigent Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer.

Taula 5. Sector públic

<p><b>Entitats públiques empresarials</b> creades per a satisfer necessitats d'interès general que tinguin caràcter industrial o mercantil.</p>	<p><b>Societats</b> en què la participació pública, directa o indirecta, sigui superior al 50 per cent del capital social, sempre que la societat s'hagi creat per a satisfer necessitats d'interès general que tinguin caràcter industrial o mercantil.</p>	<p><b>Fundacions</b> que es constitueixin amb una aportació majoritària, directa o indirecta, d'una o diverses entitats integrades en el sector públic, o que tinguin un patrimoni fundacional, amb un caràcter de permanència, integrat per més d'un 50 per cent per béns o drets aportats o cedits per aquestes entitats.</p>
---	--	---

Juntament amb aquesta tipologia de subjectes, és important destacar que segons el TRLCSP el grau d'intensitat de l'aplicació de la legislació de contractes del sector públic és desigual, en funció del tipus d'entitats de què es tracti, de tal manera que:

1) La subjecció a les previsions del TRLCSP és més intensa en el cas de les entitats que tenen la consideració d'administració pública. Per exemple, com veurem més endavant, només aquest tipus d'entitats poden formalitzar contractes administratius, que són els que tenen una regulació més detallada al llarg del TRLCSP.

2) Una intensitat mitjana d'aplicació la trobaríem en el cas dels ens que, tot i no ser administracions públiques, sí que tenen la consideració de poders adjudicadors. Per exemple, aquestes entitats poden formalitzar només contractes privats si bé, en alguns supòsits poden realitzar també contractes subjectes a regulació harmonitzada.

3) Finalment, la resta d'ens que integren el sector públic també estan inclosos en l'àmbit d'aplicació del TRLCSP, però la seva subjecció a les previsions de la llei té una intensitat mínima.

En definitiva, es pot afirmar que el TRLCSP conté fins a tres regulacions diferents en matèria de contractació segons la categoria jurídica dels subjectes destinataris.

En tot cas, abans d'acabar l'àmbit subjectiu del TRLCSP cal destacar que aquest estén la regulació més enllà dels contractes que subscriuïn les entitats del sector públic, ja que es poden aplicar també als **contractes subvencionats** pels ens que integren el sector públic (art. 17 TRLCSP) i també als contractes d'obra que subscriuïn els **concessionaris d'obres públiques** en els supòsits de l'article 274 TRLCSP.

Això significa que, en aquests casos, i al marge de les consideracions anteriors, les normes de contractació pública també es poden aplicar a les **empreses privades**.

## 6.2. Àmbit objectiu d'aplicació del TRLCSP

Per començar aquest nou apartat, com hem ja avançat anteriorment, hem de fer referència al fet que el TRLCSP preveu diferents tipus de contractes de les entitats que integren el sector públic. En particular, regula tres modalitats diferents:

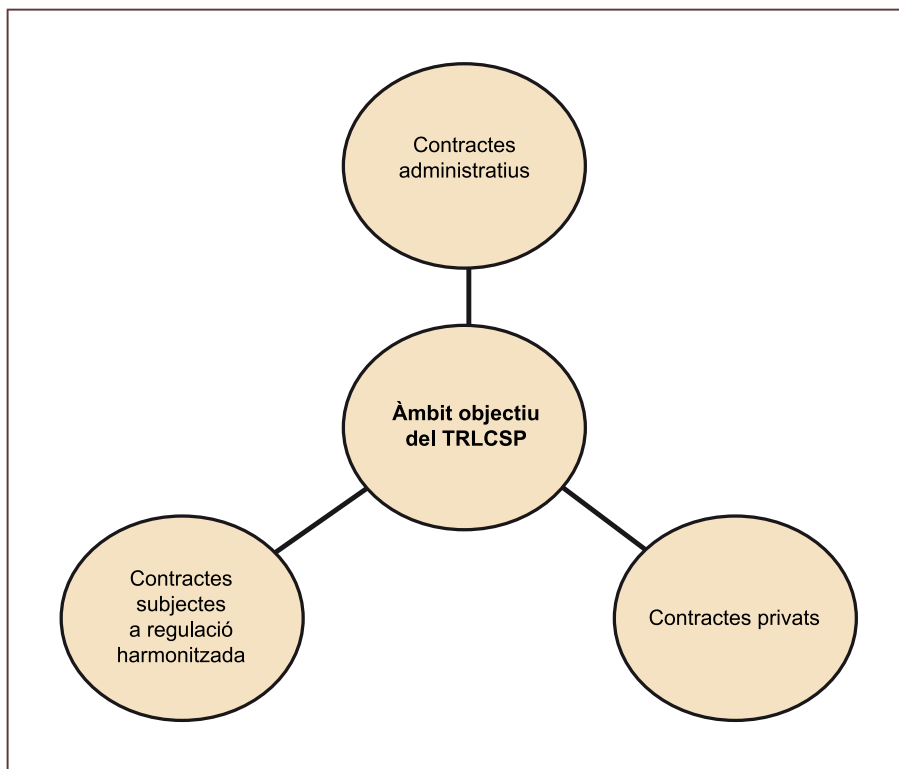
1) **Contractes administratius.** Es consideren contractes administratius aquells formalitzats per les administracions públiques en sentit estricte. Dintre d'aquests trobem els anomenats *contractes típics*: els contractes d'obra, el contracte de concessió d'obra pública, el de gestió de serveis públics, el de subministraments, el de serveis i el de col·laboració entre el sector públic i el sector privat (art. 19 TRLCSP).

També tenen la consideració de contractes administratius els contractes atípics que puguin formalitzar les administracions públiques. Els contractes atípics són aquells que tenen un objecte diferent dels anteriors però que tenen naturalesa administrativa perquè estan vinculats al gir o tràfic específic de l'administració o per a satisfer de manera directa i immediata una finalitat pública de la competència específica de l'administració (art. 19.1.b TRLCSP).

2) **Contractes privats.** Són els contractes que subscriuen les administracions públiques però que no tenen la condició de contracte administratiu, i també tots aquells contractes que formalitzen les entitats del sector públic que no tenen la condició d'administració pública en sentit estricte (art. 20 TRLCSP). Per tant, podríem incloure en aquest apartat, per exemple, els contractes subscrits per les entitats que tenen la condició de poder adjudicador.

3) **Contractes subjectes a regulació harmonitzada.** Finalment, el TRLCSP fa referència també als contractes subjectes a regulació harmonitzada. Estrictament, no constitueixen una nova categoria contractual, sinó que engloben determinats tipus contractuals formalitzats pels poders adjudicadors (per exemple, contractes d'obra, subministraments, etc.) sempre que el seu valor estimat sigui igual o superior a les quanties que es preveuen als articles 13 i 14 del TRLCSP. Per exemple, trobaríem dintre d'aquesta categoria els contractes de col·laboració entre el sector públic i el sector privat o els contractes d'obra el valor dels quals sigui igual o superior a 5.000.000 d'euros.

## Àmbit objectiu del TRLCSP. Tipus de contractes



És important destacar aquesta tipologia contractual ja que el TRLCSP s'aplica amb una intensitat diferent en funció de les categories anteriors. Així, podem distingir fins a **tres nivells o graus d'aplicació** del TRLCSP.

Taula 6. Relació entre tipus de contractes i grau d'intensitat en l'aplicació del TRLCSP

Grau d'intensitat d'aplicació del TRLCSP	Tipus de contracte
Màxim	Contracte administratiu
Mitjà	Contracte subjecte a regulació harmonitzada subscrit per un poder adjudicador que no tingui la consideració d'administració pública
Mínim	Contractes privats

D'aquesta manera, segons el tipus de contracte de què es tracti, la regulació per part del TRLCSP serà la següent:

1) En el cas dels **contractes administratius**, tot el cicle contractual el regula el TRLCSP (preparació del contracte, selecció de l'adjudicatari, compliment i interpretació del contracte, modificació, extinció i anul·lació del contracte).

2) Pel que fa als **contractes subjectes a regulació harmonitzada**, descendim un esglau quant a la intensitat d'aplicació de la legislació contractual, ja que el TRLCSP només regula la preparació del contracte, la selecció del contractista i els criteris d'adjudicació del contracte. Però, per exemple, els efectes i l'extinció es regeixen pel dret privat.

3) Pel que fa als **contractes privats**, la preparació, la selecció del contractista i l'adjudicació es regeixen pel que preveu el TRLCSP. I, com en el cas anterior, els efectes i l'extinció es regeixen pel dret privat.

Taula 7. Relació entre tipus de contracte i forma de regulació per part del TRLCSP

<b>Tipus de contracte</b>	<b>Matèries regulades pel TRLCSP</b>
Contractes administratius	Preparació, selecció i adjudicació. Compliment, interpretació, modificació, extinció, resolució o anul·lació del contracte
Contractes subjectes a regulació harmonitzada	Preparació, selecció i adjudicació
Contractes privats	Preparació, selecció i adjudicació

### Negocis jurídics exclosos del àmbit d'aplicació del TRLCSP

Finalment, cal remarcar que el TRLCSP preveu un ampli i detallat conjunt de negocis jurídics i contractes que estan exclosos del seu àmbit d'aplicació. Així, d'acord amb l'article 4 del TRLCSP, estan exclosos, entre d'altres:

- La relació de servei dels funcionaris públics i els contractes regulats en la legislació laboral.
- Les relacions jurídiques consistentes en la prestació d'un servei públic la utilització del qual per part dels usuaris requereixi l'abonament d'una tarifa, taxa o preu públic d'aplicació general.
- Els convenis de col·laboració entre les administracions públiques.
- Els acords que subscrigui l'Estat amb altres estats o amb entitats de dret internacional públic.
- Els contractes i convenis efectuats en virtut d'un acord internacional subscrit en relació amb l'estacionament de tropes.
- Els contractes de compravenda, donació, permuta, arrendament sobre béns immobles.

Segons l'article 4 TRLCSP, el règim jurídic d'aquests negocis i contractes exclosos és el que derivi de les seves pròpies normes especials, i se'ls apliquen els principis de la TRLCSP per a resoldre els dubtes i les llacunes que es puguin presentar.

## 7. La jurisdicció competent

Una de les característiques de la contractació pública espanyola és l'existència dels contractes administratius, caracteritzats per l'atribució a l'Administració d'un conjunt de **perrogatives exorbitants** l'exercici de les quals es regeix pel dret administratiu.

### Article 210 del TRLCSP

"(...) l'òrgan de contractació té la prerrogativa d'interpretar els contractes administratius, resoldre els dubtes que ofereixi el seu compliment, modificar-los per raons d'interès públic, acordar-ne la resolució i determinar els efectes d'aquesta."

Efectivament, la distinció entre contractes sotmesos al dret administratiu i contractes regits pel dret privat no és comuna en tots els **estats europeus**. França o Bèlgica comparteixen aquesta distinció, però altres, com Alemanya, la desconeixen; de manera que en aquests últims països tots els contractes subscrits per l'Administració estan regulats per normes de dret privat i, en conseqüència, sotmesos als tribunals ordinaris.

A Espanya això no és així perquè, com ja sabem, l'Administració pot ser part no només de contractes privats subjectes a la jurisdicció civil, sinó que també pot ser part de contractes administratius sotmesos a la jurisdicció contenciosa administrativa. Aquest sotmetiment a l'ordre contenciós és lògic si atenem al fet que els contractes administratius permeten a l'Administració el recurs a un conjunt de prerrogatives contractuals emparades pel dret administratiu que han de controlar els òrgans d'aquesta jurisdicció especialitzada. Aquestes prerrogatives, en canvi, desapareixen quan l'Administració contracta sota el règim del dret privat.

L'**ordre jurisdiccional contenciós administratiu** és, doncs, el competent per resoldre les qüestions litigioses relatives a la preparació, l'adjudicació, els efectes, el compliment i l'extinció dels contractes administratius. Igualment, correspon als òrgans d'aquesta jurisdicció el coneixement de les qüestions que se susciten en relació amb la preparació i l'adjudicació dels contractes privats de les administracions públiques (per tant, se n'exclouen els contractes privats dels ens del sector públic que no siguin administració pública) i dels contractes subjectes a regulació harmonitzada (inclosos els contractes subvencionats previstos a l'article 17<sup>5</sup> del TRLCSP).

<sup>(5)</sup>Per exemple, segons aquest precepte, té la consideració de contracte d'obra subvencionat el que té un valor igual o superior a 5.000.000 d'euros, sempre que el 50% o més d'aquest capital estigui subvencionat directament per una entitat que tingui el caràcter de poder adjudicador; en aquest cas, la jurisdicció competent és la contenciosa administrativa; si, en canvi, la quantia és inferior a l'esmentada, la jurisdicció competent és la civil.

Això significa que, amb independència de la forma de personificació, pública o privada, la jurisdicció contenciosa pot conèixer, per exemple, de la preparació i l'adjudicació dels contractes de societats mercantils o associacions; és a dir, ens, organismes o entitats amb personalitat jurídica pròpia que hagin estat creats específicament per a satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil, sempre que un subjecte pertanyent al sector públic financi majoritàriament la seva activitat, controli la seva gestió o nomeni més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o vigilància.

Per la seva part, la **jurisdicció civil** és la competent per a resoldre les controvèrsies que sorgeixin entre les parts en relació amb els efectes, el compliment i l'extinció dels contractes privats. A més, també és competent per a conèixer de totes les qüestions litigioses que afectin la preparació i l'adjudicació dels contractes privats que subscriguin els ens i les entitats sotmesos a la llei que no tinguin el caràcter d'administració pública, sempre que aquests contractes no estiguin subjectes a regulació harmonitzada.

En definitiva, el TRLCSP estableix els **elements rellevants** per a determinar quina jurisdicció serà la competent; aquests són:

- La naturalesa del contracte (administrativa, privada o subjecte a regulació harmonitzada).
- La naturalesa del subjecte del sector públic (administració pública en sentit estricte, poder adjudicador i altres subjectes diferents del sector públic).

El TRLCSP matisa la tradicional teoria dels actes separables (aquells el coneixement dels quals correspon a la jurisdicció contenciosa administrativa). Ara aquesta teoria només s'aplicaria a:

- Els contractes subjectes a regulació harmonitzada, i
- Els contractes privats subscrits per les administracions públiques.

Per tant, no s'aplicaria la teoria dels actes separables als altres subjectes del sector públic que no tinguin la consideració de poder adjudicador.



Taula 8. Jurisdicció competent. Art. 20 i 21 TRLCSP

Tipus de subjecte	Tipus de contracte	Etapes de la vida del contracte	Jurisdicció contenciosa administrativa	Jurisdicció civil
Administració pública	Contractes administratius	Preparació i adjudicació	X	
		Compliment, efectes i extinció	X	
	Contractes dret privat	Preparació i adjudicació	X	
		Compliment, efectes i extinció		X
Resta poders adjudicadors (exclou Administració pública)	Contractes harmonitzats (inclosos els contractes subvencionats de l'art. 17)	Preparació i adjudicació	X	
		Compliment, efectes i extinció (ha d'entendre's que comprèn la modificació contractual, segons dictamen Consell Estat 215/2011)		X
	Contractes no harmonitzats	Preparació i adjudicació		X
		Compliment, efectes i extinció (ha d'entendre's que comprèn la modificació contractual, segons dictamen Consell Estat 215/2011)		X
Resta del sector públic (se n'exclouen els dos tipus anteriors)	Tot tipus de contractes	Preparació i adjudicació		X
		Compliment, efectes i extinció (ha d'entendre's que comprèn la modificació contractual, segons dictamen Consell Estat 215/2011)		X

## 8. Els contractes del sector públic

Una vegada analitzats l'àmbit subjectiu i objectius del TRLCSP, podem passar a fer una breu referència a alguns dels tipus contractuals que s'hi preveuen. Com hem dit anteriorment, dintre dels contractes del sector públic, el TRLCSP regula d'una manera específica determinats tipus de contractes administratius –és a dir, de contractes que només poden ser subscrits per entitats que tenen la condició d'administració pública. Es tracta dels anomenats *contractes administratius típics* i són els següents:

- Contracte d'obra.
- Contracte de concessió d'obra pública.
- Contracte de gestió de serveis públics.
- Contracte de subministrament.
- Contracte de serveis.
- Contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat.

### 8.1. El contracte d'obra

Tal com defineix l'article 6.2 del TRLCSP, cal entendre per *obra*:

"El resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble."

El contracte d'obra, per tant, es configura legalment com aquell que té per objecte la realització d'un conjunt d'operacions de transformació física d'un immoble. Els principals **elements** que introdueix el TRLCSP amb relació a aquest tipus de contracte són els següents:

#### 1) Règim de les obres a tant alçat i amb preu tancat (article 233 TRLCSP).

El sistema de retribució a tant alçat es pot configurar com de preu tancat i, en aquest cas, el preu que ofereix l'adjudicatari es manté invariable, fins i tot en cas que s'introdueixin modificacions en el contracte que siguin necessàries per a corregir deficiències o omissions del projecte d'obra.

##### **A tant alçat**

Segons l'article 87 TRLCSP, el preu dels contractes es pot formular en termes de preus unitaris referits als components de la prestació o a les unitats que es lliurin o s'executin, o en termes de preus aplicables a tant alçat a la totalitat o a part de les prestacions del contracte.

Encara que per aquestes modificacions l'adjudicatari no tingui dret a ser indemnitzat, sí que té dret a ser indemnitzat per les modificacions del contracte que es disposin a fi d'atendre noves necessitats, o d'incorporar a l'obra noves funcionalitats que no estaven previstes en el projecte originari.

2) Introducció, per part del director facultatiu de l'obra, de **variacions** en el projecte d'obra **sense necessitat d'aprovació prèvia**.

Això és possible quan aquestes variacions consisteixin en l'alteració en el nombre d'unitats realment executades sobre les previstes en els mesuraments del projecte, sempre que no representin un increment de la despesa superior al 10 per cent del preu inicial del contracte (article 234.3 TRLCSP).

3) **Termini** per a expedir el certificat de final d'obra per part de l'òrgan de contractació. Segons l'article 235 TRLCSP el termini és de tres mesos, comptats a partir de la recepció de l'obra.

4) **Quantia dels contractes menors**. L'article 138.3 del TRLCSP estableix que la quantia màxima del contracte menor d'obres és de 50.000 euros (excloent-ne l'IVA).

## 8.2. El contracte de concessió d'obra pública

La concessió d'obra pública<sup>6</sup> és un contracte que té per objecte la realització per part del concessionari d'algunes de les prestacions del contracte d'obra, incloent-hi la de restauració i reparació de construccions existents, i també la conservació i el manteniment dels elements construïts, i en què la contraprestació a favor d'aquell consisteix, o bé únicament en el dret a explotar l'obra, o bé en el dret esmentat acompanyat de percebre un preu.

Entre els principals **aspectes** que cal destacar d'aquest contracte, es troben:

1) **L'objecte del contracte**. Sobre aquest tema s'ha de subratllar el fet que el TRLCSP exclou la possibilitat de la mera explotació d'obres o infraestructures ja existents (la qual cosa sí que permetia el TRLCAP).

2) **La durada màxima**. El contracte de concessió d'obra pública no pot excedir els 40 anys (art. 268 TRLCSP). La possibilitat de pròrroga<sup>7</sup> només s'admet per als casos en què es presentin determinades circumstàncies:

a) Que s'hagi de restablir l'equilibri econòmic del contracte per causes de força major, o quan l'Administració determini de manera directa la ruptura substancial de l'economia de la concessió.

### Contractes menors

Són els que, principalment per raó de la seva quantia, es poden adjudicar directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i que tingui l'habilitació professional necessària per a dur a terme la prestació.

<sup>(6)</sup>Article 7 del TRLCSP.

<sup>(7)</sup>Els casos en què és possible una pròrroga es preveuen en l'article 258.3 TRLCSP.

b) Que més d'un 50 per cent de la retribució del concessionari provingui de les tarifes abonades pels usuaris. En aquestes circumstàncies, s'admet la pròrroga de la concessió per un període que no excedeixi un 15 per cent de la durada inicial.

### 8.3. El contracte de gestió de serveis públics

El contracte de gestió de serveis públics<sup>8</sup> és aquell en virtut del qual una administració pública encomana a una persona, natural o jurídica, la gestió d'un servei la prestació del qual ha estat assumida com a pròpia de la seva competència per l'administració encomanant.

<sup>(8)</sup>Article 8 del TRLCSP.

Un aspecte important d'aquest tipus de contracte és el seu règim financer i, especialment, de quina manera l'Administració ha de compensar el contractista per a mantenir l'**equilibri econòmic del contracte** adjudicat. L'article 282.4 del TRLCSP estableix els supòsits en què l'Administració ha de restablir aquest equilibri econòmic del contracte, en benefici de la part que correspongui.

Les **circumstàncies** que permeten el restabliment de l'equilibri del contracte són:

- 1) Quan l'Administració modifiqui, per raons d'interès públic, les característiques del servei contractat.
- 2) Quan actuacions de l'Administració determinin de manera directa la ruptura substancial de l'economia del contracte.
- 3) Quan causes de força major determinin de manera directa la ruptura substancial de l'economia del contracte.

Els **mitjans** que el TRLCSP preveu per a aconseguir el reequilibri econòmic són els següents:

- Modificació de les tarifes que han d'abonar els usuaris;
- Reducció del termini de durada del contracte;
- Pròrroga del contracte per un període que no excedeixi el 10 per cent de la durada inicial, respectant els límits màxims de durada del contracte establerts en la llei;
- Qualsevol modificació de les clàusules de contingut econòmic incloses en el contracte.

#### Força major

Segons l'article 231 del TRLCSP tindran la consideració de força major els següents: els incendis causats per electricitat atmosfèrica, els fenòmens naturals d'efectes catastròfics i les destrosses ocasionades violentament en temps de guerra o alteracions greus de l'ordre públic.

#### Pròrroga

Aquesta només és admissible quan l'obligació de restablir l'equilibri estigui determinada per causes de força major, o per actuacions de l'Administració que determinin de manera directa la ruptura substancial de l'economia del contracte.

## 8.4. El contracte de subministrament

Són contractes de subministrament els que tenen per objecte l'adquisició, l'arrendament financer o l'arrendament, amb opció de compra o sense, de productes o béns mobles (art. 9 TRLCSP).

Com us podeu imaginar, aquesta figura contractual reuneix una gran diversitat d'opcions, si bé totes tindran unes característiques comunes:

- L'objecte versarà sempre sobre **béns mobles**, amb l'excepció dels valor negociables i propietats incorporals (accions, patents, marques, etc.).
- Impliquen l'**adquisició** o l'**arrendament** d'aquests béns, i en quedarà fora, per exemple, la reparació (que normalment serà objecte d'un contracte de serveis).

### Exemple

L'adquisició de material d'oficina, d'un cavall, d'un vaixell o d'una obra d'art, etc.

## 8.5. El contracte de serveis

El TRLCSP defineix els contractes de serveis<sup>9</sup> com aquells que tenen per objecte prestacions de fer consistents en el desenvolupament d'una activitat o dirigides a obtenir un resultat diferent d'una obra o un subministrament.

<sup>(9)</sup> Amb aquest tipus de contracte s'elimina la distinció establerta en l'anterior TRLCAP entre contractes de serveis i de consultoria. Amb l'expressió *serveis* la llei designa tant les prestacions qualificades o intel·lectuals com les d'una altra índole, i les unifica en una sola categoria.

El contracte de serveis té com a destinatària i beneficiària la mateixa Administració que, pels motius que sigui, no pot atendre amb els seus propis recursos humans la realització de determinats serveis<sup>10</sup>. Això permet diferenciar clarament aquest tipus de contractes dels de gestió de serveis públics<sup>11</sup> que tenen com a destinataris i beneficiaris els ciutadans o usuaris.

<sup>(10)</sup> Per exemple, la seguretat o vigilància de les dependències administratives.

<sup>(11)</sup> Per exemple, la recollida de residus urbans, servei de transport urbà amb autobús.

És important destacar que, en cap cas, no poden ser objecte d'aquest contracte els serveis que impliquin l'exercici de l'autoritat inherent als poders públics.

La **durada** màxima del contracte de serveis s'estableix per a un màxim de quatre anys. Tanmateix, és possible pactar de mutu acord una pròrroga abans de l'acabament del contracte; en aquest cas la durada màxima del contracte és de sis anys. En qualsevol cas, les pròrrogues no poden superar, aïlladament o conjuntament, el termini fixat originàriament.

### Exemple

Un contracte inicialment subscrit per a dos anys només es podria prorrogar uns altres dos anys més.

Els serveis objecte de contracte són ocasionals o de durada temporal limitada, ja que, en cas de necessitats continuades o permanents, el que és procedent és ampliar la relació de llocs de treball i, en conseqüència, incorporar a la plantilla de l'Administració nous funcionaris o contractats laborals.

L'import màxim<sup>12</sup> del preu del contracte de serveis que es pot adjudicar mitjançant un procediment negociat sense publicitat puja a un màxim de 60.000 euros. Per la seva part, tenen la consideració de contractes menors els contractes de serveis d'un import inferior a 18.000 euros (art. 138.3 TRLCSP).

<sup>(12)</sup>Article 177.2 del TRLCSP.

## 8.6. El contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat

Es tracta d'una nova modalitat contractual introduïda pel TRLCSP.

El contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat<sup>13</sup> és un contracte administratiu típic, subjecte a regulació harmonitzada amb independència de la seva quantia.

<sup>(13)</sup>Article 11 del TRLCSP.

Segons l'article 11 del TRLCSP, aquest contracte pot ser subscrit per les administracions públiques i també per les entitats públiques empresarials o organismes similars de les CA. A la seva novetat s'afegeix també una certa complexitat en la fixació del seu règim jurídic, ja que és un contracte en què no hi ha una definició prèvia de les prestacions que en seran l'objecte, sinó que es tracta d'un contracte lligat a **prestacions d'alta complexitat tècnica**.

### Exemple

La construcció i l'explotació d'un satèl·lit de comunicacions.

Així mateix, la selecció de l'adjudicatari es du a terme mitjançant el no menys innovador procediment del **diàleg competitiu**. Es tracta d'un contracte que és procedent quan l'Administració coneix les finalitats d'interès públic que s'han de satisfer (per tant, no té per objecte la prestació d'un servei públic), però, en canvi, encara desconeix amb seguretat els mitjans tècnics que són més idonis per a aconseguir aquest objectiu, i la millor fórmula per a finançar-lo. Això explica que un dels elements clau d'aquest contracte sigui la participació financera del sector privat, que a més assumeix una part del risc.

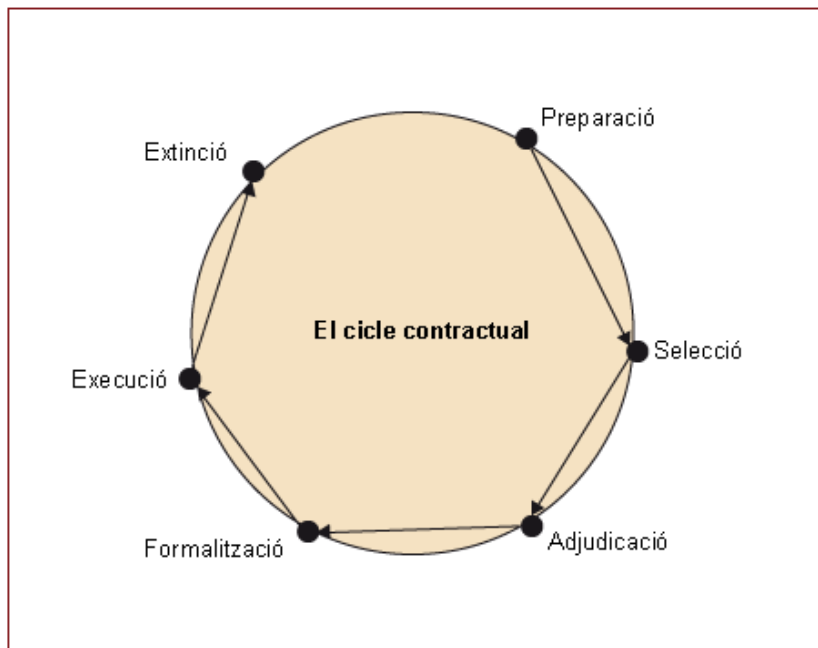
El contracte de col·laboració té una **durada** que, en general, no ha de superar els 20 anys. Tanmateix, es pot estendre fins als 40 anys en els casos en què l'objecte del contracte sigui la concessió d'una obra pública i així ho prevegi el plec de clàusules (art. 314 TRLCSP).

En definitiva, es tracta d'una modalitat de contracte que té **caràcter subsidiari**, ja que només és procedent en els casos en què no sigui possible, per l'objecte del contracte, recórrer a les fórmules ordinàries de contractació que preveu el TRLCSP.

## 9. El cicle contractual

La contractació pública consta d'un conjunt de fases que, amb les modulacions ja advertides, segueix un cicle, tal com s'aprecia en l'esquema.

### El cicle contractual



### 9.1. La preparació del contracte

Tal com estableix el TRLCSP, la subscripció de contractes per part de les administracions públiques requereix la tramitació prèvia del corresponent expedient<sup>14</sup>, que inicia l'òrgan de contractació, en el que s'haurà de motivar la necessitat del contracte. De fet, ens trobem aquí en una fase estrictament interna de l'Administració.

<sup>(14)</sup>Article 109 del TRLCSP.



## 9.2. La selecció i l'adjudicació del contracte. El règim de publicitat

### 9.2.1. La publicitat del contracte

La selecció de contractistes exigeix, amb caràcter previ, l'obligació de publicar en el diari oficial corresponent la convocatòria del procés de selecció (excepte en el cas del procediment negociat). En aquest tema el TRLCSP inclou una novetat destacada, que consisteix en el mecanisme del perfil del contractant<sup>15</sup>, per mitjà del qual s'implementen els anuncis de licitació.

<sup>(15)</sup>Article 53 del TRLCSP.

#### El perfil del contractant

Consisteix en la difusió a través d'Internet (web institucional) de l'activitat d'un òrgan de contractació.

No hi ha l'obligació legal de fer ús d'aquest mitjà de difusió, ja que la seva adopció constitueix una decisió voluntària. L'article 334 del TRLCSP preveu la creació d'una:

"Plataforma de Contratación del Estado que se pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del sector público con la finalidad de dar publicidad mediante Internet de las convocatorias de licitaciones y sus resultados."

Així mateix, quan es tracti de contractes subjectes a **regulació harmonitzada**, l'article 142.1 del TRLCSP preveu que la convocatòria també s'ha d'anunciar al *Diari Oficial de la Unió Europea* (DOUE). És més, a fi de garantir que la informació sobre la licitació arribi alhora a totes les possibles empreses interessades de la Unió, la tramesa de l'anunci al DOUE ha de precedir qualsevol altra publicitat, de manera que els anuncis posteriors en diaris oficials han de fer referència a la data de tramesa de l'anunci al DOUE.

#### L'exigència de publicitat

És més estricta en el cas de les administracions públiques en sentit estricte, mentre que en el cas dels mers poders adjudicadors, aquest requisit adquireix matisos segons les quanties.

En la taula es presenta, de manera resumida, el mitjà de publicitat indicat en funció dels subjectes i el tipus de contracte.

Taula 9. Mitjans de publicitat

Subjecte	Tipus de contracte	Mitjà de publicitat
Administració pública	Contracte subjecte a regulació harmonitzada	BOE + DOUE (si escau, en la web del perfil del contractant –Plataforma de contractació–)
	Contracte no subjecte a regulació harmonitzada	BOE, BOP o diari autonòmic (en els contracte de subministraments, obres i serveis, voluntàriament es pot remetre també al DOUE)
Poder adjudicador	Contracte subjecte a regulació harmonitzada	DOUE + Plataforma de contractació (aquesta última pot substituir la publicació de licitacions i adjudicacions en diaris oficials)
	Contracte no subjecte a regulació harmonitzada però amb un import superior a 50.000 €	Web del perfil del contractant
	Contracte no subjecte a regulació harmonitzada i amb un import igual o inferior a 50.000 €	Sense indicació al TRLCSP

Subjecte	Tipus de contracte	Mitjà de publicitat
Resta del sector públic		Sense indicació al TRLCSP

### 9.2.2. Procediments de selecció

La selecció del contractista i l'adjudicació<sup>16</sup> del contracte constitueixen altres dels elements destacats del TRLCSP.

<sup>(16)</sup>Articles 138 i següents del TRLCSP.

Per selecció cal entendre els procediments que permetran trobar els empresaris que podran presentar ofertes. Els procediments de selecció són: procediment obert, restringit, negociat, diàleg competitiu, acord marc, sistema dinàmic, modalitat centralitzada (central de compres).

#### Procediment de selecció negociat

Constitueix un procediment híbrid, ja que serveix tant per a la selecció com per a l'adjudicació.

Per regla general, els procediments ordinaris de selecció són l'**obert** i el **restringit**. La resta de procediments només es poden utilitzar en els supòsits específicament tipificats al TRLCSP.

És important destacar que, per a poder ser seleccionat, el contractista ha d'acreditar davant l'òrgan de contractació unes condicions de solvència economicofinancera i tecnicoprofessional destinades a garantir la capacitat per a dur a terme el contracte. Tanmateix, aquest requisit pot ser substituït per l'anomenada **classificació del contractista**, encara que per a determinats contractes aquesta ja és obligatòria (article 65 del TRLCSP).

#### La classificació del contractista

Consisteix en una tècnica administrativa que permet, a tall de "certificació", acreditar en qualsevol moment la solvència d'un contractista davant la licitació d'un determinat tipus de contracte. La classificació donada s'inscriu en un registre administratiu (el Registre Oficial de Licitadors i Empreses Classificades), que permet als licitadors del sector públic conèixer els que ja tenen reconeguda la seva solvència per a l'execució correcta dels contractes que s'han de licitar. D'alguna manera la classificació exerceix la funció que en l'àmbit privat tenen les anomenades certificacions de qualitat.

#### La classificació i els contractes

No s'exigeix per a tots els tipus de contractes, només per als d'obres i serveis, i únicament quan el preu del contracte és superior a les quantitats que preveu l'article 65 del TRLCSP (350.000 € i 120.000 €, respectivament).

En la taula es presenta, de manera resumida, la relació entre els sistemes i els procediments de selecció.

Taula 10. Procediments de selecció

<b>Sistemes normals</b>	Obert Restringit
<b>Sistemes especials</b>	Negotiat Diàleg competitiu Concurs de projectes amb jurat
<b>Sistemes per a contractes massius</b>	Acord marc Sistema dinàmic Sistema centralitzat

## El procediment obert

Mitjançant el procediment obert<sup>17</sup>, la licitació consisteix en una oferta adreçada a qualsevol interessat, que pot presentar la seva proposició sense que hi hagi cap tipus de negociació.

<sup>(17)</sup>Articles 157 i següents del TRLCSP.

Les fases o tràmits d'aquest procediment són:

- 1) Informació als licitadors
- 2) Presentació de proposicions
- 3) Obertura de les proposicions
- 4) Adjudicació del contracte

## Procediment restringit

Consisteix en un procediment<sup>18</sup> en el qual tampoc no s'escau la negociació, però que té dos moments: en el primer se seleccionen els participants, i en el segon se selecciona la proposta.

<sup>(18)</sup>Article 162 del TRLCSP.

Per tant, en aquest procediment únicament poden participar els que tinguin un perfil prèviament identificat per l'Administració i ho hagin sol·licitat. Així mateix, només poden presentar una proposició els empresaris que hagin estat convidats per l'Administració i que, s'entén, compleixen les condicions de solvència per a poder executar el contracte.

Les fases que comprèn aquest procediment són les següents:

- 1) Sol·licitud de participació
- 2) Sol·licitud d'informació
- 3) Presentació de proposicions
- 4) Obertura de proposicions
- 5) Adjudicació del contracte

## Procediment negociat

A diferència dels procediments obert i restringit, en els quals el contractista s'ha de cenyir a les condicions fixades per l'ens contractant, en el cas del negociat<sup>19</sup> som davant un procediment en què les parts tracten prèviament les qüestions tècniques i econòmiques del contracte.

<sup>(19)</sup>Article 169 del TRLCSP.

Precisament aquests aspectes objecte de negociació són els que s'inclouran posteriorment en el plec de clàusules administratives particulars.

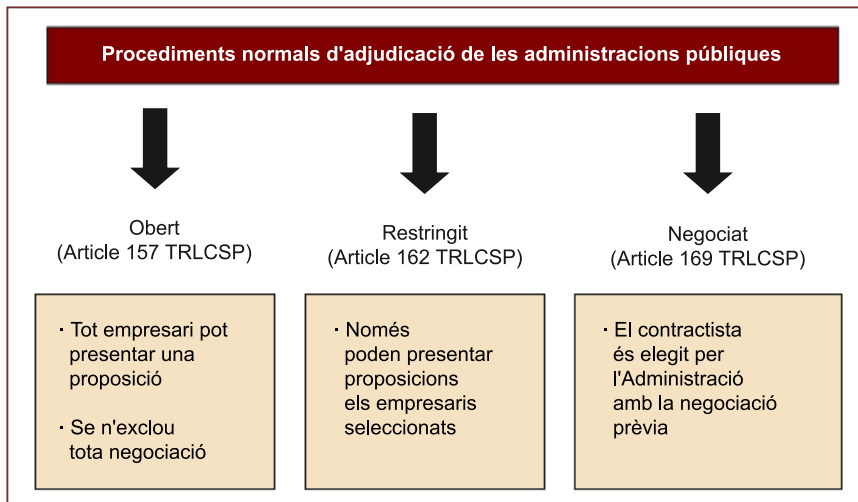
L'elecció d'aquesta modalitat per a l'adjudicació del contracte ha d'obeir a alguna de les **circumstàncies** que preveu l'article 170 del TRLCSP, com ara:

- Quan quedi deserta<sup>20</sup> l'adjudicació pels procediments obert i restringit, o quan les proposicions econòmiques fetes en aquests mateixos procediments o en el de diàleg competitiu siguin inacceptables.
- Quan no es pugui determinar prèviament el preu del contracte per raó de les seves característiques o dels riscos que comporti.
- Quan per raons tècniques o artístiques, o per raons lligades a la protecció de drets d'exclusiva, el contracte només es pugui encomanar a un empresari determinat.
- Quan hi hagi una imperiosa urgència per a una execució ràpida del contracte i sigui per causes imprevisibles no imputables a l'òrgan de contractació.
- Quan el contracte hagi estat declarat secret o reservat o quan la seva execució vagi acompanyada de mesures de seguretat especials.

<sup>(20)</sup>Per exemple, per falta d'aptitud de l'empresari.

En l'esquema següent se sintetitza el que s'ha vist sobre els procediments obert, restringit i negociat.

## Procediments més freqüents d'adjudicació de les administracions públiques



## Diàleg competitiu

Es tracta d'una fórmula recollida en la ja citada Directiva 2004/18/CE. Si bé en aquesta disposició europea la tècnica del diàleg competitiu apareix amb caràcter general i voluntari, en el TRLCSP s'estableix, en canvi, com a obligatòria per a l'adjudicació del nou **contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat**<sup>21</sup>. En qualsevol cas, l'Administració sempre pot optar, de manera justificada, per aquest procediment si considera que l'obert o restringit no són adequats.

<sup>(21)</sup>Per exemple, l'execució d'infraestructures de transport integrat, xarxes informàtiques o projectes que requereixin un finançament complex.

El diàleg competitiu<sup>22</sup> és aplicable als contractes que tenen un objecte complex i en els quals l'Administració requereix la col·laboració d'empreses privades a fi de determinar i definir els mitjans que siguin més adequats.

<sup>(22)</sup>Article 179 del TRLCSP.

En aquest procediment, l'òrgan de contractació dirigeix un diàleg amb els candidats seleccionats, amb la sol·licitud prèvia d'aquests, a fi de desenvolupar una o diverses solucions susceptibles de satisfer les seves necessitats i que serviran de base perquè els candidats elegits presentin una oferta. És interessant saber que l'òrgan de contractació pot establir **primes o compensacions** per als participants en el diàleg, això confirma aquest primer objectiu de recerca de solucions que després trobaran reflex en les exigències del contracte, sense que necessàriament el candidat que es postuli i sigui elegit sigui el que les va aportar.

De manera succinta, les **fases** d'aquest procediment serien les següents:

### 1) Convocatòria

- 2) Sol·licitud de participació pels operadors econòmics interessats
- 3) Invitació a participar en el diàleg
- 4) Desenvolupament del diàleg
- 5) Fixació de la solució o de les solucions fruit del diàleg
- 6) Invitació a formular ofertes inicials
- 7) Presentació d'ofertes finals per part dels participants i, si escau, sol·licitud d'aclariment o precisions
- 8) Adjudicació del contracte

S'ha de destacar que els òrgans de contractació (article 178.3 TRLCSP) han de tractar de manera **confidencial** les qüestions abordades en el diàleg, especialment les solucions tècniques que proposi l'operador econòmic convidat. Es tracta, com bé diu la llei, d'un diàleg competitiu entre empreses i no d'una posada en comú de propostes tècniques. Tot això fa més que justificable que, quan finalment s'adjudiqui el contracte, el criteri del preu que s'ofereix no pugui ser el criteri diriment, sinó que ho serà la capacitat i solvència per a dur a terme l'execució del contracte de conformitat amb els criteris objectius assenyalats en la convocatòria i els mitjans dels quals s'hauran concretat en el diàleg i que, si escau, haurà assumit l'òrgan de contractació.

### **Normes especials per als concursos de projectes**

Es tracta en aquest cas d'un procediment<sup>23</sup> que, com bé diu el TRLCSP, s'encamina a l'obtenció de plans o projectes, principalment en els camps de l'arquitectura, l'urbanisme, l'enginyeria i el processament de dades, mitjançant una selecció que, després de la licitació corresponent, s'encomana a un jurat.

<sup>(23)</sup> Article 184 TRLCSP.

El **jurat** l'han d'integrar persones físiques independents dels participants en el concurs de projectes. Quan s'exigeixi una qualificació professional específica per participar-hi, almenys un terç dels membres del jurat ha de tenir la qualificació esmentada o una altra d'equivalent. La funció del jurat és l'emissió d'un dictamen en què ha de fer constar els mèrits de cada projecte juntament amb les seves observacions.

Davant aquest informe, l'òrgan de contractació procedirà a l'adjudicació, que ha de ser motivada si no s'ajusta a la proposta o a les propostes del jurat.

## L'acord marc

L'acord marc<sup>24</sup> consisteix en un dels instruments per a aconseguir la racionalització de la contractació de les administracions públiques, concretament la contractació en massa. Mitjançant l'acord marc es tracta precisament de pactar un escenari estable de condicions contractuals per un període de temps determinat que, llevat de casos excepcionals, no pot superar els quatre anys.

<sup>(24)</sup>Article 196 del TRLCSP.

En tot cas, es tracta d'una fórmula a la qual no s'ha de recórrer de forma abusiva o de manera que la competència es vegi obstaculitzada, restringida o falsejada (article 196 del TRLCSP).

La selecció de l'empresa o de les empreses que s'incorporaran a l'acord marc es pot fer mitjançant qualsevol dels procediments normals de selecció tipificats al TRLCSP: obert, restringit o negociat.

## El sistema dinàmic

El sistema dinàmic<sup>25</sup> és un altre instrument per a aconseguir la racionalització i ordenació en l'adjudicació de contractes de les administracions públiques, concretament d'obres, serveis i subministraments d'ús corrent.

<sup>(25)</sup>Article 199 del TRLCSP.

Es tractaria d'una variant del sistema obert (article 200 del TRLCSP), encara que caracteritzada per un dinamisme més gran en la comunicació entre l'òrgan de contractació i els licitadors, ja que es realitza per mitjans electrònics, informàtics i telemàtics. La participació en el sistema és, per descomptat, voluntària per a les empreses i, a més, no té cap cost.

L'establiment del sistema ha de ser **publicitat**, indicant en els plecs la naturalesa dels contractes que es podran subscriure, i la informació necessària per incorporar-se al sistema (especialment els requisits tecnològics).

Com en el cas anterior, la **durada** d'un sistema dinàmic no pot superar els quatre anys, llevat de casos degudament justificats (art. 199.2 TRLCSP).

A diferència de l'acord marc, la **incorporació** per part d'una empresa al sistema dinàmic es pot fer en qualsevol moment, i a més pot millorar les seves ofertes d'entrada en el sistema en qualsevol moment.

## El sistema centralitzat

Segons la mencionada Directiva 2004/18/CE, es tracta d'una fórmula que s'assembla a una "central de compres"; és un poder adjudicador que adquireix subministraments i/o serveis destinats a poders adjudicadors, o és un poder adjudicador que adjudica contractes públics o subscriu acords marc d'obres, subministrament o serveis destinats a poders adjudicadors (article 1.10).

### Lectura recomanada

Vegeu l'article 2.14 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer.

Per la seva part, en el mateix fonament de dret de la Directiva es reconeix que aquest tipus de tècniques:

"Contribuyen, debido a la importancia de las cantidades adquiridas, a ampliar la competencia y racionalizar el sistema público de pedidos."

El TRLCSP recull aquest sistema als articles 203-207 i permet la centralització de la contractació d'obres, subministres i serveis que presentin similituds i característiques homogènies mitjançant la utilització de serveis especialitzats (centrals de contractació o centrals de compra) que poden actuar:

- Adquirint subministres o contractant serveis destinats a altres òrgans de contractació.
- Actuant com a òrgan de contractació al adjudicar contractes o celebrar acords marc per a la realització d'obres, subministres o serveis destinats a altres òrgans de contractació.

Aquests òrgans de contractació poden crear-se tant en l'àmbit estatal, com també en l'àmbit de les comunitats autònomes i entitats locals.

Evidentment, ateses les seves característiques, aquest sistema només és procedent en els contractes d'obres, serveis i subministraments, però no és aplicable als de gestió de serveis públics o a la concessió d'obres públiques.

### 9.2.3. Adjudicació: formes i criteris

De tota manera, no n'hi ha prou de garantir només la publicitat i la concurrència amb els procediments anteriors, sinó que el TRLCSP pretén assegurar també una selecció objectiva del contractista i, per això, són essencials els criteris d'adjudicació del contracte.

Així doncs, l'adjudicació serveix per a valorar les ofertes que presenten els licitadors. Els criteris que s'han de tenir en compte per a l'adjudicació són fixats prèviament pels plecs de condicions del contracte, si bé el TRLCSP estableix una doble **modalitat de criteris**:



1) Una primera modalitat és optar per un criteri quantitatiu únic (el preu).

2) Però el TRLCSP permet també una combinació de criteris quantitatius i qualitatius que es resumeixen en una expressió de nou encuny que recull l'article 150 del TRLCSP: "l'oferta econòmicament més avantatjosa". Es tracta d'una expressió que certament és indeterminada i que permet a l'òrgan de contractació tenir en compte altres elements més enllà del simple preu que s'ofereix, com per exemple, l'assistència tècnica, aspectes mediambientals, etc.

#### **Adjudicació de contractes per consideracions mediambientals i per la inclusió de persones en situació d'exclusió social**

L'adjudicació d'un contracte per consideracions de caràcter ambiental l'ha reconegut el mateix Tribunal de Justícia de la Unió Europea, ja que considera, per exemple, que en l'adjudicació d'un contracte de gestió del servei de transport urbà de viatgers, es poden tenir en compte les emissions contaminants dels autobusos. De la mateixa manera, en l'adjudicació d'un contracte de subministrament d'electricitat es pot valorar que la seva generació derivi de fonts d'energia renovables.

D'altra banda, el TRLCSP permet que els òrgans de contractació puguin assenyalar en els plecs de clàusules administratives particulars la preferència en l'adjudicació dels contractes, en igualtat de condicions amb les que siguin econòmicament més avantatjoses, per a les proposicions presentades per empreses que es dediquin específicament a la promoció i inserció laboral de persones en situació d'exclusió social (disposició addicional quarta del TRLCSP).

En definitiva, almenys nominalment, la subhasta i el concurs han desaparegut de la nostra legislació contractual com a formes d'adjudicació. De totes maneres, al marge dels anteriors, heu de tenir present que quedaria encara l'anomenada adjudicació directa en el cas dels **contractes menors**.

A la vegada, per influència de la Directiva 2004/18/CE, l'article 148 del TRLCSP introdueix una nova modalitat d'adjudicació: la **subhasta electrònica**.

La subhasta electrònica es defineix com un procés repetitiu basat en un dispositiu electrònic de presentació de nous preus, revisats a la baixa, o de nous valors relatius a determinats elements de les ofertes que siguin quantificables i que permet una classificació de les ofertes mitjançant mètodes automàtics.

#### **9.2.4. El recurs especial en matèria de contractació**

El TRLCSP preveu un règim especial de **revisió de decisions** en matèria de contractació. En els casos en què un licitador pugui arribar a no estar d'acord amb les decisions adoptades en el curs del procediment de selecció i adjudicació, té a la seva disposició un conjunt de garanties consistents en el recurs especial de contractació, de caràcter administratiu, i, en segons quins casos, en l'arbitratge.

Aquest recurs constitueix una de les novetats importants del TRLCSP, amb la qual cosa es pretén donar compliment al que estableix la Directiva 89/665/CEE, sobretot des que la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Euro-

#### **Exemple**

L'adjudicació dels contractes, en igualtat de condicions amb les que siguin econòmicament més avantatjoses, per a les proposicions presentades per empreses que es dediquin específicament a la promoció i inserció laboral de persones en situació d'exclusió social (disposició addicional quarta del TRLCSP).

#### **Contractes menors**

Es poden adjudicar directament a qui tingui capacitat d'obrar i la solvència necessària per a fer la prestació. L'expedient es redueix a l'aprovació de la despesa i a la incorporació de la factura corresponent, llevat que es tracti d'un contracte d'obres, cas en què cal afegir el pressupost d'execució. Si és d'obra, el seu import ha de ser inferior a 50.000 euros, altrament, ha de ser d'un import inferior a 18.000 euros (art. 138.3 TRLCSP).

pea de 15 de maig de 2003 condemnés Espanya per no haver estès el recurs previst en aquella Directiva amb relació als actes relatius a l'adjudicació dels contractes sotmesos a les directives en matèria de contractació pública, amb independència de la personalitat jurídica de l'entitat adjudicadora.

El recurs administratiu especial en matèria de contractació<sup>26</sup> és especialment previst per a alguns **contractes**: els subjectes a regulació harmonitzada, inclosos els contractes subvencionats i determinats contractes de serveis o de gestió de serveis públics.

(26) Article 40 del TRLCSP.

El recurs especial és admissible contra:

- Els acords d'adjudicació aprovats pels poders adjudicadors.
- Els anuncis de licitació, els plecs i documents que estableixin les condicions que han de regir el contracte (en els quals podríem incloure els plecs de clàusules administratives i de condicions tècniques).
- Els actes de tràmit dictats prèviament a l'adjudicació, si aquests decideixen directament o indirectament sobre l'adjudicació, determinen la impossibilitat de continuar el procediment o produeixen indefensió o un perjudici irreparable a drets o interessos legítims. En aquest sentit, l'article 40.2 del TRLCSP considera expressament com un acte de tràmit que determina la impossibilitat de continuar el procediment, l'acte de la mesa de contractació pel qual s'exclou un licitador.

Cal tenir present que la formulació del recurs és **merament potestativa**<sup>27</sup> (art. 45 TRLCSP) i la seva resolució s'atribueix a un òrgan administratiu independent que, en el cas de l'Administració General de l'Estat, el TRLCSP denomina Tribunal Central de Recursos Administratius (art. 41 TRLCSP). Per la seva banda, les comunitats autònomes poden constituir també el seu propi òrgan per a la resolució dels recursos especials en matèria de contractació pública. De fet, són moltes les comunitats autònomes que ja l'han constituït. Podem esmentar, per exemple, l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya (regulat per la disposició addicional quarta de la Llei catalana 7/2011, de 27 de juliol) o el Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals d'Aragó (regulat per la Llei aragonesa 3/2011, de 24 de febrer).

(27) Per tant, el licitador que es consideri perjudicat podria decidir acudir directament davant la jurisdicció contenciosa administrativa sense necessitat d'interposar prèviament el recurs especial en matèria de contractació pública.

Sens perjudici de l'anterior, cal tenir en compte que, pel que fa als contractes administratius<sup>28</sup>, es disposa que els acords que adopti l'òrgan de contractació posen fi a la via administrativa i són immediatament executius. Per tant, d'acord amb el que estableix la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, contra aquests acords només es podria interposar un recurs potestatiu de reposició o directament el recurs contenciós administratiu.

(28) Article 211.4 del TRLCSP.

"Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo."

Art. 123.1 de la LRJSP.

Per tant, al TRLCSP **conviuen** el nou recurs especial en matèria de contractació pública juntament amb els recursos administratius ordinaris de la Llei 39/2015, que tenen per objecte els actes separables dels contractes de les administracions públiques no subjectes a regulació harmonitzada.

Entre el recurs especial previst al TRLCSP i el recurs administratiu ordinari de reposició hi ha una diferència qualitativa molt important. El recurs especial contra l'acord d'adjudicació d'un contracte subjecte a regulació harmonitzada produeix efectes suspensius immediats (art. 45 TRLCSP), mentre que en el cas dels recursos administratius ordinaris –entre els quals figura el de reposició–, la suspensió no és automàtica, sinó que és adoptada per l'òrgan administratiu competent davant les circumstàncies que es presentin en cada cas concret. L'atribució al recurs especial d'efectes suspensius sobre l'adjudicació implica obligar l'Administració a decidir expressament si vol aixecar la suspensió.

Una altra diferència entre el recurs especial en matèria de contractació i els recursos administratius ordinaris rau en el **termini** diferent per a la resolució del recurs: 25 dies hàbils en cas del recurs especial i un mes en cas del recurs potestatiu de reposició, tal com s'aprecia en la taula.

Taula 11. Termini en els recursos especials en matèria de contractació

Recurs especial	Termini
Interposició del recurs	10 dies hàbils
Esmena	3 dies hàbils
Al·legacions d'interessats	5 dies hàbils
Remissió de l'expedient i informe sobre el recurs	2 dies hàbils
Fase de prova	10 dies hàbils
Resolució	5 dies hàbils

En cas que el recurs especial sigui desestimat quedaria expedita la **via contenciosa administrativa** en els termes que preveu el TRLCSP. La desestimació es pot produir també per silenci administratiu negatiu, en cas que transcorri el termini previst per a la resolució del procediment sense que s'hagi produït una resolució expressa.

Finalment, cal dir que contra les decisions que adopti l'òrgan especial de resolució dels recursos en matèria contractual només pot interposar-se recurs contenciós administratiu, d'acord amb el que preveu la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

Llevat dels casos del recurs especial en matèria de contractació pública, el TRLCSP no fa referència a altres possibles recursos administratius contractu- als específics per a altres tipus de contractes, per la qual cosa no s'exigeix la interposició prèvia de recurs administratiu quan es tracti de contractes que no estiguin subjectes a regulació harmonitzada i els subscrigui un subjecte del sector públic que no sigui l'Administració pública, en sentit estricte. En aquest cas, a més, quant a qüestions litigioses referents a la preparació i l'adjudicació dels contractes privats, la competència correspon a la **jurisdicció civil**. De la mateixa manera, tal com ja sabem, aquest mateix ordre jurisdiccional és el competent per a resoldre les controvèrsies que sorgeixin entre les parts en relació amb els efectes, el compliment i l'extinció dels contractes privats de les administracions públiques.

## 10. Formalització i execució: les garanties contractuals

El TRLCSP articula un sistema de garanties (provisionals i definitives), que han de prestar licitadors i adjudicataris per a consolidar els seus compromisos o les seves responsabilitats contractuals davant l'Administració pública. De fet, el TRLCSP només regula amb detall aquestes garanties quan els contractes se subscriguin amb una administració pública.

Segons l'article 96 del TRLCSP, les garanties es poden prestar de les **formes** següents:

- En efectiu
- En valors de deute públic
- Mitjançant un aval
- Mitjançant una assegurança de caució
- Mitjançant la retenció del preu, en els casos que preveu la llei

La garantia provisional<sup>29</sup> s'exigeix als que participin en el procés de selecció del contractista i té per **finalitat**:

- Reforçar la serietat de les ofertes presentades;
- Tractar d'assegurar que l'adjudicatari seleccionat formalitzarà el contracte i constituirà la garantia definitiva.

Aquesta garantia, l'establiment de la qual l'ha de justificar expressament l'òrgan de contractació, pot consistir en una quantia màxima de fins al 3 per cent del pressupost del contracte. Fins a aquest límit, el plec de clàusules administratives pot determinar el percentatge aplicable per a definir la garantia provisional.

La garantia definitiva<sup>30</sup> és la que el TRLCSP permet exigir abans de la formalització del contracte a qui en resulti l'adjudicatari provisional. Amb aquesta garantia es **pretén cobrir**:

- El risc d'un compliment tardà o defectuós de les obligacions contractuals, i
- El risc d'un possible incompliment del contracte.

<sup>(29)</sup>Article 103 del TRLCSP.

### Import

És una decisió de l'òrgan de contractació fixar l'import de la garantia.

<sup>(30)</sup>Article 95 del TRLCSP.

Com a regla general, l'**import** d'aquesta garantia és del 5 per cent del preu d'adjudicació del contracte, excloent-ne l'IVA. Excepcionalment, i de manera motivada, es pot exigir una **garantia complementària**, que elevi l'import de la garantia definitiva fins al 10 per cent.

Una vegada l'òrgan de contractació hagi ordenat les diferents ofertes rebudes, ha de requerir a l'entitat que hagi formulat la oferta econòmicament més avantatjosa perquè, en el termini de 10 dies hàbils, constitueixi la garantia (art. 151.1 TRLCSP). Tanmateix, les comunitats autònomes poden ampliar el termini fins a un màxim de 20 dies hàbils.

Si una vegada ha vençut el termini l'adjudicatari no ha constituït la garantia definitiva, l'Administració entendrà que ha retirat l'oferta i, per tant, es reclamarà la constitució de la garantia al licitador següent en l'ordre de valoració de les ofertes, en cas que n'hi hagi.

Hi ha una tercera modalitat de garantia, consistent en la **garantia global**<sup>31</sup>. Serveix per a garantir les responsabilitats que es puguin derivar de l'execució de tots els contractes que subscrigui un empresari o operador econòmic amb la mateixa Administració pública, o els diferents contractes que se subscriguin amb un mateix òrgan de contractació.

#### Obligatorietat de la garantia definitiva

En determinats contractes, com els de subministraments de béns consumibles, el TRLCSP permet que l'òrgan de contractació, de manera justificada, pugui eximir l'adjudicatari de l'obligació de constituir la garantia definitiva; en canvi, en els contractes d'obres o de concessió d'obres públiques sempre és obligatòria.

<sup>(31)</sup> Article 98 del TRLCSP.

## 11. La modificació, pròrroga i extinció dels contractes

Segons la modalitat de contracte, el TRLCSP en permet la **modificació**, que s'ha de justificar sempre per motius d'interès públic i en la forma prevista al llibre v del títol I del TRLCSP<sup>32</sup>.

<sup>(32)</sup>Article 219 del TRLCSP.

La finalitat de la potestat de l'Administració de modificar els contractes públics no és altra que la de poder-los adaptar a possibles causes imprevistes o a les necessitats que concorren en cada moment. De tota manera, la possibilitat d'exercir aquesta potestat ha de recollir-se expressament als plecs del contracte, que n'hauran de precisar l'abast i els límits. Aquestes modificacions seran obligatòries per al contractista, si bé no poden tenir per objecte addicionar prestacions complementàries a les contractades inicialment (art. 105.2 TRLCSP).

Malgrat que la modificació del contracte no hagi estat prevista expressament als plecs, l'article 107 del TRLCSP preveu tot un seguit de supòsits que permeten també la modificació dels contractes. De tota manera, aquestes modificacions no podran afectar les condicions essencials de licitació i adjudicació del contracte, sinó que s'hauran de limitar a establir les variacions que siguin estrictament indispensables per a respondre a la causa que la justifiqui.

Juntament amb aquestes modificacions hem de fer referència també a la **pròrroga dels contractes**<sup>33</sup>, la possibilitat de la qual exigeix que figuri expressament als plecs de condicions. Segons el TRLCSP, el contracte pot preveure una o més pròrrogues, sempre que les seves característiques restin invariables durant la vigència.

<sup>(33)</sup>Article 23.2 del TRLCSP.

En definitiva, es tracta d'excepcionalitats que trenquen amb la regla general que els contractes s'han de complir en els seus estrictes termes i dins el termini fixat.

Sobre l'**extinció** del contracte, la forma normal ha de ser el compliment de les obligacions de les respectives parts. Tanmateix, hi poden haver circumstàncies que, segons el previst al TRLCSP, obliguen a una extinció anticipada<sup>34</sup> del contracte. A més, també és procedent la resolució del contracte en cas d'incompliment<sup>35</sup> per part de l'adjudicatari de les obligacions que en el contracte tinguin la consideració d'obligacions essencials.

<sup>(34)</sup>Article 223 del TRLCSP.

<sup>(35)</sup>Article 223.f del TRLCSP.

## Resum

En aquest mòdul s'ha estudiat la contractació pública, posant especial atenció a la figura dels contractes administratius. Hem vist com històricament la contractació administrativa s'ha caracteritzat perquè una de les seves parts, l'Administració, té un conjunt de facultats que es justifiquen en la consecució d'unes finalitats que es dirigeixen a satisfer l'interès general.

L'activitat contractual des de les administracions públiques es pot dur a terme sota el règim jurídic administratiu o bé sota el règim jurídic privat. Això provoca, tant doctrinalment com legalment, una distinció entre contractes administratius i contractes privats. Tots dos casos, tanmateix, comparteixen uns requisits comuns respecte a la preparació i l'adjudicació. Tot això es justifica en la submissió de la contractació administrativa als principis de publicitat i concurrència.

La nova Llei de contractes del sector públic –continguda ara al Text refós del 2011– suposa un nou pas per a ampliar l'àmbit subjectiu d'aplicació de la legislació pública de contractes i incorporar les exigències del dret europeu a partir de la noció de poder adjudicador. En aquest sentit, hem examinat els diferents ens que integren el sector públic, els tipus de contractes, els requisits per a poder contractar amb les administracions públiques, els diferents procediments de selecció dels contractistes i les maneres d'adjudicar els contractes, així com, si escau, les prerrogatives administratives durant l'execució del contracte i els drets i deures del contractista.



## Glossari

**BOE** *m* Butlletí Oficial de l'Estat.

**BOP** *m* Butlletí Oficial de la Província.

**CE** *f* Constitució espanyola.

**classificació** *f* Consisteix en una tècnica administrativa que permet, com a "certificació", acreditar en qualsevol moment la solvència d'un contractista davant de la licitació d'un determinat tipus de contracte.

**contracte administratiu** *m* Contracte fet per una administració pública amb subjecció íntegra al dret administratiu i a la jurisdicció contenciosa, tant respecte a la preparació i adjudicació, com al compliment i la resolució.

**contracte privat de l'Administració** *m* Contracte fet per una administració pública, que, pel que fa a la preparació i adjudicació, se sotmet als principis de la contractació administrativa i a la jurisdicció contenciosa, i, pel que fa al compliment i la resolució, se sotmet al dret privat i a la jurisdicció ordinària.

**doctrina dels actes separables** *m* Elaboració doctrinal que identifica els elements comuns dels contractes públics, tant si són conclosos per administracions públiques com per particulars, i tant si se sotmeten al dret públic com al dret privat, en virtut de la qual se subjecta el que fa referència a la capacitat de les empreses, la publicitat, la preparació i l'adjudicació d'aquests contractes al dret administratiu i a la jurisdicció contenciosa.

**DOGC** *m* Diari oficial de la Generalitat de Catalunya.

**expedient de contractació** *m* Document obert per a cada contracte públic, en el qual es defineix l'objectiu del contracte, s'aprova la despesa que destina l'òrgan competent, s'estableixen les prestacions a les quals s'obligaran les parts i els criteris sobre els quals s'han de seleccionar els potencials contractistes

**factum principis** *m* Principi tradicional pel qual s'obliga l'Administració a compensar el contractista pels perjudicis que li causa una mesura administrativa aliena al contracte.

**forma d'adjudicació** *f* Sistema d'identificació del contractista amb qui s'ha de formalitzar el contracte d'entre aquells que hagin participat en el procediment de selecció.

**ius variandi** *m* Facultat que té l'Administració de modificar l'objecte del contracte, modificació que, dins d'uns límits, obliga al contractista.

**LCAP** *f* Llei de contractes de les administracions públiques (Llei 13/1995, de 18 de maig).

**LCE** *f* Llei de contractes de l'Estat (Decret 923/1965, de 8 d'abril, pel qual s'aprova el Text articulat de la Llei de contractes de l'Estat).

**LCSP** *f* Llei de contractes del sector públic (Llei 30/2007, de 30 d'octubre).

**licitació** *f* Procediment pel qual l'Administració coneix, estudia i selecciona les propostions presentades pels qui volen ser adjudicataris d'un determinat contracte.

**LPAC** *f* Llei de procediment administratiu comú de les administracions públiques (Llei 39/2015, d'1 d'octubre).

**LRJSP** *f* Llei de règim jurídic del sector públic (Llei 40/2015, d'1 d'octubre).

**LRJPAC** *f* Llei del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú. (Llei 30/1992, de 26 de novembre)

**mesa de contractació** *f* Òrgan col·legiat que té la funció d'examinar els procediments de selecció dels contractistes i formular les propostes d'adjudicació a l'òrgan de contractació.

**òrgan de contractació** *m* Òrgan que té la competència per a contractar en nom de l'Administració.

**plecs de condicions administratives i de prescripcions tècniques** *m pl* Documents elaborats en l'expedient de contractació en els quals s'estableixen les prestacions a què s'obliguen les parts i les condicions en les quals s'han de complir, i que són públics per a totes les persones interessades a contractar amb l'Administració.

**principis de la contractació administrativa** *m pl* Principis d'igualtat, publicitat, concurrència i no discriminació que presideixen la contractació i que implícitament impliquen la subjecció als principis de transparència i eficàcia i asseguruen el caràcter instrumental de la contractació pública respecte de la protecció dels interessos de l'Estat i dels contractistes.

**procediment de selecció** *m* Procediment que permetrà trobar aquells empresaris que podran presentar ofertes en el marc de la legislació de contractes del sector públic. Els procediments de selecció són el procediment obert, el restringit, el negociat, el diàleg competitiu, l'acord marc, el sistema dinàmic, la modalitat centralitzada (central de compres).

**regulació harmonitzada** *m* Normativa europea sobre contractació que, en última instància, persegueix l'existència d'un espai europeu de contractació pública.

**STC** *f* Sentència del Tribunal Constitucional.

**STJUE** *f* Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

**TRLCAP** *m* Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny).

**TRLCSP** *m* Text refós de la Llei de contractes del sector públic (Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre).

**TUE** *m* Tractat de la Unió Europea.

## Bibliografia

### Bibliografia bàsica

#### Apartats 1, 2 i 3

**Baño León, J. M.** (2000). "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas". *RAP* (núm. 151).

**Bassols Coma, M.** (1986). "Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación pública". *Noticias CEE* (núm. 21).

**Boquera Oliver, J. M.** (1999). "Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy". *RAP* (núm. 150).

**Entrena Cuesta, R.** (1957). "Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración". *RAP* (núm. 24).

**Esteve Pardo, J.** (1980). "Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo y entidades de derecho público que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado". *RAP* (núm. 92).

**Fernández Rodríguez, T. R.** (1974). "¿Contratos administrativos entre personas privadas? Sentencia de 16 de marzo de 1973. Sociedad Anónima Municipal de Nuestra Señora de la Piedad". *REDA* (núm. 1).

**García de Enterría, E.** (1963). "La figura del contrato administrativo". *RAP* (núm. 41).

**García-Trevijano Fos, J. A.** (1959). "Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del 'Hotel Andalucía-Palace' de Sevilla". *RAP* (núm. 28).

**Martín-Retortillo, S.** (1959). "La institución contractual en el Derecho Administrativo: entorno al problema de la igualdad de las partes". *RAP* (núm. 29).

**Meilán Gil, J. L.** (1982). "La actuación contractual de la Administración Pública española: Una perspectiva histórica". *RAP* (núm. 99).

#### Apartats 4 a 11

**Bermejo Vera, J.** (Dir.) (2008). *Diccionario de contratación pública*. Madrid: Iustel.

**Blanquer, D.** (2007). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. València: Tirant lo Blanch.

**Díez Sastre, S.** (2011). "El recurso especial en materia de contratación pública". *Anuario de Derecho Municipal* (núm. 5).

**Gimeno Feliu, J. M.** (2010). *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*. Madrid: Civitas.

**Moreno Molina, J. A.** (2009). "Un mundo para Sara. Una nueva categoría en el derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada". *RAP* (núm. 178).

**Parejo Alfonso, L.; Paloma Olmeda, A.** (Dir.) (2012). *El nuevo marco de la contratación pública*. Barcelona: Bosch.

**Saz, S. del** (2007). "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?". *RAP* (núm. 174).

