



Informe Jurídico destinado a técnicos de contratación administrativa
de las entidades públicas de la Región de Murcia

Septiembre de 2008



Ayuntamiento de Cehegin



Ayuntamiento de Puerto Lumbreras



Ayuntamiento de Molina de Segura



Grupo de Trabajo Contratación Administrativa

Javier Franco Román
AJE Región de Murcia

Encarna Belén Pérez Fernández
Ayuntamiento de Molina de Segura
Entidad de Conservación de Polígono Industrial La Estrella

Alicia Méndez
Oficina Info-Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena en La Unión

Pedro Manuel García Belmonte
Oficina Info-Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Murcia en Totana

Maria José Aragón
FREMM

Belén Guerrero
Ayuntamiento de Puerto Lumbreras

Margarita Villalgorido Soto
Instituto de Desarrollo Comunitario (IDC)

Ester Muñoz Sánchez
TIMUR

Domingo Navarro
UNDEMUR

Catalina de la Ossa Martínez
Ayuntamiento de Cehegin

Apoyo técnico:
Javier Sierra Rodríguez
Consultores CSA (www.consultorescsa.es)

Nota: los contenidos de este documento son fruto de los trabajos realizados por el Grupo de Trabajo Contratación Administrativa y no vinculan a sus entidades miembro, ni a la Red PuntoPyme e Instituto de Fomento de la Región de Murcia.

PRESENTACIÓN



En las siguientes páginas se expresan los contenidos de un informe jurídico realizado por los Dres. Manuel Fernández Salmerón y Antonio Gutiérrez Llamas a petición del Grupo de Trabajo “Contratación Administrativa”, conformado en el seno de la Red PuntoPyme en el marco de los proyectos de cooperación en red del Instituto de Fomento de la Región de Murcia.

El objetivo del Grupo de Trabajo ha sido en todo momento realizar una serie de actuaciones tendentes a difundir el conocimiento de las posibilidades de contratación con las Administraciones Públicas. En este sentido y en el desarrollo de las actividades, observamos una demanda expresada por el empresariado murciano de la falta de sensibilidad y adecuación de los procesos de contratación pública, no solamente en el aspecto procedimental, sino en la apreciación y valoración especial de las empresas autóctonas de la Región de Murcia.

Es conveniente resaltar que esta demanda del empresariado murciano no es una mera intención de acceso preferente, ya que se observa un profundo interés público en que los trabajos realizados para las administraciones murcianas sean llevados a cabo por entidades que conozcan la idiosincrasia de nuestro entorno, teniendo facilidad de comunicación y capacidad de respuesta inmediata generada por su cercanía geográfica.



Con la creciente complejidad administrativa y la mayor exigencia ciudadana de eficacia, eficiencias y calidad de los servicios públicos, mirar hacia nuestra Región nos permite obtener servicios mejor prestados y las Administraciones Públicas deben ser las primeras que lo fomenten, con el añadido de promover que la riqueza redunde en la ciudadanía regional, no sólo en el plano económico, sino en la estabilidad de permanencia del conocimiento y capital humano.

No obstante, todo esto debe partir del cumplimiento estricto de la legalidad vigente y por este motivo se encargó el trabajo a los profesores mencionados, con la finalidad de obtener los parámetros de flexibilidad y cauces oportunos para promover la contratación de las empresas de la Región de Murcia.

En definitiva, aquí se presenta uno de los resultados de este proyecto que se ha llevado a cabo en el primer semestre de 2008 y en el que han participado conjuntamente técnicos de ayuntamientos, organizaciones empresariales, asociaciones y Cámaras de Comercio en aras del apoyo al empresariado murciano y del desarrollo regional.

El Grupo de Trabajo

INFORME EN DERECHO EVACUADO, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 83 DE LA LEY ORGÁNICA 6/2001, DE 21 DE DICIEMBRE, DE UNIVERSIDADES Y EN LOS ESTATUTOS DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA, RELATIVO A UNA ASESORÍA JURÍDICA EN MATERIA DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PROMOVIDOS POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA

**MANUEL FERNÁNDEZ SALMERÓN
ANTONIO GUTIÉRREZ LLAMAS**

SUMARIO

PREVISIÓN DE MEDIDAS QUE, AMPARADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, PERMITAN EL FOMENTO DE EMPRESAS RADICADAS EN EL TERRITORIO DE LA REGIÓN DE MURCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PROMOVIDOS POR ÓRGANOS Y ENTIDADES DE ESA COMUNIDAD AUTÓNOMA, EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1.- *Marco jurídico general y evolución de la regulación de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. El Derecho comunitario y su influencia en el ordenamiento nacional: los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre no discriminación en el acceso a los contratos públicos y, en consecuencia, sobre el ámbito lícito disponible para el fomento o favorecimiento de la contratación pública en el respectivo territorio* **pág. 7**

2.- *La doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas en orden a la salvaguardia de los principios del Derecho europeo de la contratación pública que pudieran verse comprometidos en decisiones de intensificación de la contratación con ofertas vinculadas con la Región de Murcia. Ejemplos* **pág. 9**

3.- *La racionalización en el empleo de los procedimientos y las formas de adjudicación como posible vía para el reconocimiento y encaje lícitos de las singularidades y valores del sector empresarial murciano en la contratación pública de la CARM. Especial consideración la adjudicación mediante “diálogo competitivo”* **pág.11**

4.- *Especial referencia al ámbito de aplicación del procedimiento negociado, como forma de adjudicación que, bien administrada, puede contribuir al impulso, fomento e intensificación de la contratación pública con empresas de la Región de Murcia.* **pág. 13**

5.- *Otros posibles instrumentos de flexibilización: las limitaciones a la publicidad en el procedimiento contractual, los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de contratación y la subasta electrónica.* **pág. 20**

6.- *El ámbito subjetivo de la contratación pública. Posibilidades para la contratación de empresas de la Región de Murcia por entidades vinculadas al sector público pero excluidas del ámbito de aplicación de la LCSP. **pág. 26***

7.- *El impulso de la potestad normativa de la CARM en materia de contratación pública mediante el desarrollo de la legislación básica estatal. La anticipación en los pliegos contractuales de algunas de las medidas propuestas de lege ferenda.* **pág. 31**

PREVISIÓN DE MEDIDAS QUE, EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, PERMITAN EL FOMENTO DE EMPRESAS RADICADAS EN EL TERRITORIO DE LA REGIÓN DE MURCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PROMOVIDOS POR ÓRGANOS Y ENTIDADES DE ESA COMUNIDAD AUTÓNOMA

1. Marco jurídico general y evolución de la regulación de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. El Derecho comunitario y su influencia en el ordenamiento nacional: los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre no discriminación en el acceso a los contratos públicos y, en consecuencia, sobre el ámbito lícito disponible para el fomento o favorecimiento de la contratación pública en el respectivo territorio

La importancia socio-económica de los contratos públicos y su influencia en la consolidación del mercado común europeo, ha determinado la intervención de la Unión Europea en esta materia y, correlativamente, la obligación de los Estados miembros de adecuar su ordenamiento interno tanto al Derecho europeo originario (así, al Tratado de la Unión Europea, que contiene ciertos principios de obligada observancia por los Estados, como los de libre circulación de mercancías y servicios, libertad de establecimiento y de no discriminación) como al derivado que, en este concreto campo, presenta una profusión considerable. Entre las normas derivadas europeas más destacables se encuentran:

- En primer lugar la Directiva relativa a los tres tipos clásicos de contratos: servicios, suministros y obras (**Directiva 2004/18/CE**);
- En segundo lugar se encuentran las **Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE** relativas a las garantías de los contratistas y régimen de recursos en la adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras;
- Por último y sin ánimo exhaustivo, la **Directiva 2004/17/CE**, relativa a los contratos en los llamados sectores excluidos (agua, energía, transportes y servicios postales).

Por lo demás, resultan igualmente aplicables los tratados internacionales celebrados por España, bien de modo aislado o en el seno de organismos internacionales, así como los celebrados en el seno de la Unión Europea. De entre ellos destacan el **Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo**, el **Acuerdo sobre compras del sector público (GATT)** o el **Acuerdo sobre contratación pública de la Organización Mundial del Comercio**.

En cuanto a la normativa interna, en ejercicio de la competencia derivada del art. 149.1.18ª CE, las Cortes Generales dictaron en su día la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que vino a sustituir a la preconstitucional Ley de Contratos del Estado. No obstante, las sucesivas modificaciones sufridas por la Ley 13/1995 y, sobre todas ellas, la operada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que modificó más de la mitad de sus preceptos, aconsejaron la necesidad de proceder a la elaboración de un Texto refundido que sistematizara y unificara todas las

reformas operadas. Es así como se dictó el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la LCAP. No obstante, la necesidad de proceder a una adaptación de nuestra legislación de contratos públicos a la normativa comunitaria sobrevenida (Directiva 2004/18/CE) ha sido canalizada por el legislador mediante la aprobación de una nueva norma: la **Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP)**. En la medida en que no se oponga a lo dispuesto en ésta, continúa vigente el **Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP)**.

No obstante, una de las piezas esenciales del bloque normativo regulador de la contratación pública europea ha sido, lógicamente, la **Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**, que ha operado como motor de interpretación y avance en la disciplina comunitaria sobre contratación pública, a través de las decisiones evacuadas en dos tipos fundamentales de procedimientos: a) las condenas en recursos por incumplimiento y b) la fijación de doctrina en sentencias dictadas como consecuencia de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales de los Estados miembros.

2. La doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas en orden a la salvaguardia de los principios del Derecho europeo de la contratación pública que pudieran verse comprometidos en decisiones de intensificación de la contratación con ofertas vinculadas con la Región de Murcia. Ejemplos

Con la pretensión fundamental de proteger el funcionamiento armónico del mercado interior comunitario que los Tratados instauraron, la tarea del Derecho europeo en materia de contratos públicos se ha centrado esencialmente en el establecimiento de unas reglas comunes que sirvieran para garantizar la transparencia, la objetividad, la publicidad, la no discriminación y la libre competencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos celebrados por cualquier poder adjudicador de un Estado miembro. En este sentido, la STJCE de 20 de marzo de 1990, C-21/1988 ya indica que la incolumidad del principio de libre circulación de mercancías y servicios constituía el principal título habilitador para la intervención correctora del Tribunal en esta materia.

Pues bien, como ha sido destacado por autorizada doctrina, ese *corpus* de reglas viene constituido no sólo por las Directivas sobre contratos sino también y de forma relevante por los principios del Tratado CE tal y como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia. El primero de tales principios recogidos en el Tratado (art. 12) es el de no discriminación por razón de nacionalidad, que si bien no es aplicable, ni por el texto que lo consagra ni por su propio alcance, al interior de los Estados miembros, sí expresa, como veremos seguidamente, un profundo disvalor, consagrado al máximo nivel normativo, hacia cualquier adjudicación de contratos públicos que se fundamente en criterios no objetivos o técnicos y esconda cualquier intento de discriminación por razón del territorio o la localización de los ofertantes, así como por cualquier otra razón (STJCE de 22 de junio de 1993, C-243/1989). Esto significa que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad es una manifestación del más genérico principio de igualdad de trato. De hecho y como ha recordado MORENO MOLINA, la conocida STJCE de 13 de octubre de 2005, C-458/2003, *Parking Brixen GmbH*, indica claramente que “el principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de nacionalidad”.

El origen en los tratados ha justificado precisamente que los principios enunciados de igualdad y no discriminación, objetividad e imparcialidad rijan igualmente cuando se trate de contratos excluidos de las Directivas sobre contratación pública. Así, en la ya mencionada STJCE de 13 de octubre de 2005, C-458/2003, lo que refuerza su carácter de ejes vertebradores del Mercado interior europeo y verdaderos principios inspiradores de la actividad de los operadores económicos de conformidad con la voluntad de los Tratados.

Específicamente por lo que se refiere a la posible licitud o admisión de las **discriminaciones territoriales, incluso en las que no esté comprometido el elemento de la nacionalidad, en la adjudicación de los contratos públicos**, el TJCE ha sido tajante en su proscripción en términos genéricos. Así, en la

STJCE de 20 de marzo de 1990, *Du Pont de Nemours Italiana*, C-21/1988, censura nítidamente una normativa nacional que reserve a las empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional un porcentaje de contratos públicos de suministro. Ello incluye las discriminaciones territoriales *indirectas*, como la censurada por la STJCE de 5 de diciembre de 1989, C-3/1989), en la que el tribunal declaró contraria al Derecho comunitario una norma nacional que reservaba a sociedades con participación estatal mayoritaria la capacidad para celebrar contratos sobre sistemas informáticos para las Administraciones Públicas. Del mismo modo se pronuncia en la STJCE de 22 de septiembre de 1988, C-45/1987, en la que el Tribunal juzgó contrario al Derecho europeo de los contratos públicos una cláusula que discriminaba a todos aquellos ofertantes que no emplearan “materiales irlandeses”.

3. La racionalización en el empleo de los procedimientos y las formas de adjudicación como posible vía para el reconocimiento y encaje lícitos de las singularidades y valores del sector empresarial murciano en la contratación pública de la CARM. Especial consideración la adjudicación mediante “diálogo competitivo”

A modo de cuestión previa, conviene aclarar que la fase de adjudicación es aquella enderezada a la selección de la persona física o jurídica que llevará a cabo la realización de la prestación en un contrato del sector público. En relación con esta fase han de distinguirse los llamados *procedimientos de adjudicación* de las *formas de adjudicación*.

Los procedimientos de adjudicación son cuatro: **abierto**, **restringido**, **negociado** y el novedoso **diálogo competitivo**. En el procedimiento **abierto** todo empresario interesado puede presentar una proposición en el período señalado a tal fin en el anuncio de licitación, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores (art. 141 LCSP). En el **restringido** sólo podrán presentar proposición aquellos empresarios seleccionados por la Administración, previa solicitud de los mismos y en atención a su solvencia, estando igualmente prohibido en este procedimiento cualquier negociación de los términos del contrato con los licitadores (arts. 146 LCSP). Pero, junto a los procedimientos licitatorios típicos —abierto y restringido— la LCSP prevé un procedimiento no licitatorio, el **negociado**, que es a la vez un procedimiento de búsqueda del contratista y una forma de adjudicación. Es un procedimiento no licitatorio en cuanto que, a salvo el procedimiento negociado con publicidad, no requiere ésta (*vid.* arts. 153.2 y 162.1 LCSP).

Las formas de adjudicación o formas licitatorias son, por el contrario, los sistemas que la Ley dispone para la efectiva selección del contratista. Hasta la aprobación de la LCSP, han sido dos las formas de adjudicación: la **subasta** y el **concurso**, aplicables únicamente a los procedimientos abierto y restringido. En la **subasta** la selección del contratista se basaba sólo en criterios económicos, adjudicándose el contrato a aquel empresario que haya ofertado el precio más bajo sin exceder el *tipo de licitación* o precio máximo (art. 74.2 LCAP). En el **concurso** la selección se realizaba en favor de quien hubiera formulado la propuesta más ventajosa, no sólo desde el punto de vista económico, sino en su conjunto y teniendo en cuenta diversas variables (entre las que la LCAP enumeraba algunas: plazo de ejecución o entrega, coste de utilización, calidad, rentabilidad, valor técnico, características estéticas o funcionales, posibilidad de repuestos, mantenimiento, asistencia técnica, servicio post venta, etcétera; *vid.* arts. 74.3 y 86.1 LCAP).

La LCSP abandona esta tradicional terminología y se refiere genéricamente a la selección de la “oferta económicamente más ventajosa”. No obstante, en realidad mantiene ambas modalidades de adjudicación pues para la selección de esa oferta el órgano de contratación puede atender a un único

criterio de valoración (el precio) o a varios, de modo que volvemos a encontrarnos con la subasta y el concurso, respectivamente (art. 134 LCSP).

Por último, el denominado **diálogo competitivo** consiste en que el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta (art. 163 LCSP). Este procedimiento es el ordinario para la adjudicación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (art. 164.3 LCSP), lo que no ha dejado de ser criticado.

En efecto, ya en el año 1998, la Comisión Europea, en su Comunicación de 11 de marzo de 1998 titulada *La contratación Pública en la Unión Europea*, recomendaba la necesidad de reforzar los mecanismos de diálogo técnico entre compradores y proveedores en los siguientes términos: “Numerosas contribuciones confirmarán la constatación de la Comisión de que, en particular en los contratos especialmente complejos y en constante evolución, como por ejemplo en el ámbito de la alta tecnología, los compradores saben cuáles son sus necesidades pero no saben previamente cuál es la mejor técnica para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos resulta necesaria una discusión del contrato y un diálogo entre compradores y proveedores”; añadiendo que, hasta aquel momento, “los procedimientos de derecho común previstos por las Directivas “clásicas” sólo dejan un margen muy reducido para la discusión a lo largo del procedimiento de adjudicación, por lo que son considerados como demasiado rígidos para este tipo de actuaciones”.

No obstante, debe advertirse de que aunque el diálogo competitivo sea un elemento flexibilizador y, en consecuencia, constituya un instrumento potencialmente adecuado a las finalidades perseguidas a los efectos de este informe, su uso se sujeta a unos presupuestos tasados: es un procedimiento excepcional, previsto para contratos de especial complejidad y siempre y cuando no procedan los restantes procedimientos de adjudicación. Según ha señalado la doctrina (PÉREZ ROLDÁN), el diálogo competitivo consta de las siguientes fases: 1) *Anuncio de la licitación* exponiendo las necesidades del órgano de contratación (abierto o restringido). El órgano adjudicador debe dar a conocer a través de dicho anuncio además de sus necesidades, los requisitos de la contratación; 2) *Diálogo* entre el órgano de contratación y los candidatos seleccionados, a fin de definir los medios adecuados para satisfacer sus “concretas necesidades”, respetando los principios de igualdad y confidencialidad; 3) *Definición de una solución*, precisando el objeto final del contrato, e invitación a los participantes a que presenten su oferta final; 4) *Presentación, aclaración y precisión de las ofertas*; Y 5) *Adjudicación* conforme a los criterios establecidos en el anuncio de licitación y al criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

4. Especial referencia al ámbito de aplicación del procedimiento negociado, como forma de adjudicación que, bien administrada, puede contribuir al impulso, fomento e intensificación de la contratación pública con empresas de la Región de Murcia

Ya la Ley 53/1999, de modificación parcial de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, de la que trajo causa el Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP), derogado por la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se proponía como objetivo general, expresamente destacado en la Exposición de Motivos, la simplificación de los procedimientos de contratación, manteniendo el respeto a los principios básicos de publicidad, libre concurrencia y transparencia. Principios que reitera y potencia la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (art. 1 y concordantes).

Así, pues, el sistema básico (ex. art. 149.1.18 CE) de la LCSP tiene como principios informadores de la contratación pública garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (art. 1). Incluso, en la vis expansiva del ámbito subjetivo del LCSP operada con ocasión de la jurisprudencia en la materia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –en particular, la STJUE de 13-01-2005, condenatoria al Reino de España por incumplimiento en la transposición de las Directivas sobre procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, de la que trajo causa directa la modificación del TRLCAP propiciada por el Título IV del R.D.-Ley 5/2005–, dichos principios resultan de aplicación a la actividad contractual de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas territoriales o de sus entes públicos instrumentales (ex. art. 2.1 y disposición adicional sexta del TRLCAP y, actualmente, art. 3 de la vigente LCSP). No obstante, dichos principios no tienen un carácter absoluto, configurándose como una regla general que admite expresamente un conjunto de excepciones directamente establecidas por el legislador en atención a la naturaleza, objeto y características de determinados contratos.

A este fin responde, en buena medida, la regulación del procedimiento negociado, que excepciona los procedimientos abierto, restringido y de diálogo competitivo. Como se ha referido en la exposición preliminar de este Informe, dentro de los procedimientos de adjudicación configurados en la LCSP, se contempla el denominado, ya por la anterior legislación básica en la materia, *procedimiento negociado*, que además admite la doble variante de tramitación *con o sin publicidad*. Este procedimiento se regula en los artículos 153 y ss. de la LCSP y se caracteriza básicamente porque la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. En consecuencia, en aquellos supuestos legalmente admitidos, **el procedimiento negociado, en particular, en su variante sin publicidad, puede constituir una vía para el fomento de la contratación**

con empresas radicadas en la Región de Murcia, especialmente cuando se motiven razones de cercanía, celeridad o especificidad con el objeto contractual para circunscribir la solicitud de ofertas a empresas murcianas, que estén obviamente capacitadas para la realización del objeto contractual.

El procedimiento negociado será objeto de publicidad previa en los casos previstos en los artículos 161 y concordantes LCSP, en los que será posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado. En los restantes supuestos, no será necesario dar publicidad al procedimiento, asegurándose la concurrencia mediante el expediente de solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, *siempre que ello sea posible*. Los órganos de contratación podrán articular el procedimiento negociado en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta facultad. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados. Durante la negociación, los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. Asimismo, los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa. En todo caso, en el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo.

La sistemática de la LCSP distingue entre diversos tipos de contratos nominados a la hora de configurar los contratos públicos susceptibles de adjudicarse por el procedimiento negociado, además de una serie de supuestos comunes o generales. En este sentido, se contemplan como supuestos generales (art. 154) los siguientes:

a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 103, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.

b) En casos excepcionales, cuando se trate de contratos en los que, por razón de sus características o de los riesgos que entrañen, no pueda determinarse previamente el precio global.

c) Cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente. Tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada, se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, si ésta así lo solicita.

d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado.

e) Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 96.

f) Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d).

g) Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

De cara al objeto de este Informe –la intensificación de la contratación pública con empresas de la Región de Murcia–, cabría alzar el supuesto d) –*cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado*– habida cuenta que la adecuada motivación en los pliegos contractuales en el sentido de que el objeto del contrato únicamente puede realizarse por un empresario de la Región de Murcia *por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva* puede coadyuvar a la consecución del objetivo perseguido. Ciertamente, a fin de evitar cualquier sombra de fraude de los principios legales básicos, deberá justificarse de forma motivada en el expediente de contratación la concurrencia del referido supuesto.

Asimismo, en supuestos de actuaciones calificadas de urgentes por la Administración Pública, con la motivación adecuada en el expediente de contratación, cabría tramitar un procedimiento negociado al amparo del supuesto e) –*cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo,*

demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 96–.

Además de los precitados supuestos generales para la aplicación del procedimiento negociado, la LCSP expresamente contempla la viabilidad de dicho procedimiento de adjudicación en diferentes supuestos de aplicación a distintos tipos de contratos nominados, que, sin duda, pueden representar un ámbito lícito para el fomento de la contratación con empresas de la Región de Murcia. Así, para contratos de obras (art. 155):

a) Cuando las obras se realicen únicamente con fines de investigación, experimentación o perfeccionamiento y no con objeto de obtener una rentabilidad o de cubrir los costes de investigación o de desarrollo.

b) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del precio primitivo del contrato. Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente.

c) Cuando las obras consistan en la repetición de otras similares adjudicadas por procedimiento abierto o restringido al mismo contratista por el órgano de contratación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial y que el importe de las nuevas obras se haya computado al fijar la cuantía total del contrato.

Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de tres años, a partir de la formalización del contrato inicial.

d) En todo caso, cuando su valor estimado sea inferior a un millón de euros.

En el caso de contratos de gestión de servicios públicos (art. 156):

a) Cuando se trate de servicios públicos respecto de los cuales no sea posible promover concurrencia en la oferta.

b) Los de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años.

c) Los relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertados con medios ajenos, derivados de un Convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley.

En el caso de contratos de suministros (art. 157):

a) Cuando se trate de la adquisición de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, previa su valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español u organismo reconocido al efecto de las Comunidades Autónomas, que se destinen a museos, archivos o bibliotecas.

b) Cuando los productos se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo; esta condición no se aplica a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo.

c) Cuando se trate de entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, por regla general, ser superior a tres años.

d) Cuando se trate de la adquisición en mercados organizados o bolsas de materias primas de suministros que coticen en los mismos.

e) Cuando se trate de un suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza.

f) En todo caso, cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros.

Para los contratos de servicios, podrán adjudicarse por procedimiento negociado en los siguientes supuestos, además de en los supuestos generales (art. 158):

a) Cuando debido a las características de la prestación, especialmente en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual y en los comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, no sea posible establecer sus condiciones con la precisión necesaria para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido.

b) Cuando se trate de servicios complementarios que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero que debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarios para ejecutar el servicio tal y como estaba descrito en el proyecto o en el contrato sin modificarlo, y cuya ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para éste o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que los servicios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento y que el importe acumulado de los servicios complementarios no supere el 50 por ciento del precio primitivo del contrato. Los demás servicios complementarios que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente.

c) Cuando los servicios consistan en la repetición de otros similares adjudicados por procedimiento abierto o restringido al mismo contratista por el órgano de contratación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial y que el importe de los nuevos servicios se haya computado al fijar la cuantía total del contrato.

Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de tres años, a partir de la formalización del contrato inicial.

d) cuando el contrato en cuestión sea la consecuencia de un concurso y, con arreglo a las normas aplicables, deba adjudicarse al ganador. En caso de que existan varios ganadores se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones.

e) En todo caso, cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros.

Por último, conviene destacar en orden a la aplicación del procedimiento negociado, la cláusula general configurada en el art. 159 LCSP que posibilita esta forma de adjudicación, con carácter general, cuando el valor estimado del contrato sea inferior a 100.000 euros, salvo que se disponga otra cosa en las normas especiales por las que se regulen. Indudablemente, esta previsión

general de la LCSP, bien administrada, puede constituir un notable instrumento en manos de la CARM, de las Entidades Locales de la Región y de otros poderes adjudicadores regionales para el impulso, fomento e intensificación de la contratación pública con empresas de la Región de Murcia.

5. Otros posibles instrumentos de flexibilización: las limitaciones a la publicidad en el procedimiento contractual, los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de contratación y la subasta electrónica

Siempre en la inteligencia de que los principios ya examinados de la contratación pública deben ser escrupulosamente observados en todo procedimiento de selección de contratistas seguido ante cualquier poder adjudicador, podrían eventualmente, aun con alcance ciertamente desigual, individualizarse otros supuestos en los que podría tener encaje una cierta potenciación del elemento regional en los procedimientos de contratación seguidos ante la Administración Pública de la CARM.

El primero de ellos, aun en su elementalidad, consiste en reparar en que el régimen más intenso y exigente de **publicidad de los actos del procedimiento contractual** (preparación y adjudicación), verdadero principio basilar de la normativa europea, sólo se aplica cuando los contratos a celebrar superan los denominados “umbrales comunitarios” (arts. 14 a 17 LCSP). Así, aquellos que superen los mencionados umbrales (esto es, se consideren contratos sujetos a regulación armonizada) se someten a las normas de publicidad dispuestas en los arts. 126 y concordantes LCSP, lo que implica en todo caso la publicidad en el “Diario Oficial de la Comunidad Europea”. Por el contrario, cuando dichos umbrales no sean superados y el poder adjudicador pertenezca a una Comunidad Autónoma, esa publicidad podrá quedar limitada a un anuncio en el boletín diario oficial autonómico que corresponda.

En segundo lugar, los **acuerdos marco** podrían constituir un elemento reforzador de la vinculación entre el sector empresarial murciano y la CARM a estos efectos. Se trata de:

“[...] acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada” (art. 180 LCSP).

Con este instrumento se pretende (como señala PÉREZ ROLDÁN) la racionalización técnica de la contratación, en cuanto que pretende hacer posible la celebración y adjudicación de contratos públicos en los términos y condiciones fijados por un acuerdo anterior dirigido a ello, sobre todo, en lo relativo a los precios y las cantidades.

Entre sus condiciones de verificación se encuentran, no obstante, las siguientes:

2. Cuando el acuerdo marco se concluya con varios empresarios, el número de éstos deberá ser, al menos, de tres, siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación.

3. La duración de un acuerdo marco no podrá exceder de cuatro años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados.

Artículo 181. Procedimiento de celebración de acuerdos marco.

1. Para la celebración de un acuerdo marco **se seguirán las normas de procedimiento establecidas en el Libro II, y en el Capítulo I del Título I de este Libro.**

2. **La celebración del acuerdo marco se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación y, en un plazo no superior a cuarenta y ocho días, se publicará además en el «Boletín Oficial del Estado» o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias.** La posibilidad de adjudicar contratos sujetos a regulación armonizada con base en el acuerdo marco estará condicionada a que en el plazo de cuarenta y ocho días desde su celebración, se hubiese remitido el correspondiente anuncio de la misma al «Diario Oficial de la Unión Europea» y efectuado su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

3. En los casos a que se refiere el artículo 137.2, el órgano de contratación podrá no publicar determinada información relativa a la celebración del acuerdo marco, justificándolo debidamente en el expediente.

Artículo 182. Adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco.

1. Solo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél. En estos contratos, en particular en el caso previsto en el apartado 3 de este artículo, las partes no podrán, en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco.

2. Los contratos basados en el acuerdo marco se adjudicarán de acuerdo con lo previsto en los apartados 3 y 4 de este artículo.

3. **Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con un único empresario, los contratos basados en aquél se adjudicarán con arreglo a los términos en él establecidos.** Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta.

4. Cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, **sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación.** Cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a

una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:

a) Por cada contrato que haya de adjudicarse, se consultará por escrito a todas las empresas capaces de realizar el objeto del contrato; no obstante, cuando los contratos a adjudicar no estén sujetos, por razón de su objeto y cuantía, a procedimiento armonizado, el órgano de contratación podrá decidir, justificándolo debidamente en el expediente, no extender esta consulta a la totalidad de los empresarios que sean parte del acuerdo marco, siempre que, como mínimo, solicite ofertas a tres de ellos.

b) Se concederá un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico, teniendo en cuenta factores tales como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta.

c) Las ofertas se presentarán por escrito y su contenido será confidencial hasta el momento fijado para su apertura.

d) De forma alternativa a lo señalado en las letras anteriores, el órgano de contratación podrá abrir una subasta electrónica para la adjudicación del contrato conforme a lo establecido en el artículo 132.

e) El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco.

f) Si lo estima oportuno, el órgano de contratación podrá decidir la publicación de la adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 138.

En tercer lugar, se encuentran los denominados **“Sistemas dinámicos de contratación”** previstos en los arts. 183 a 186 LCSP. Un SDC se define como “un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones”.

Sus elementos configuradores son, sin embargo y como no podía ser de otro modo, estrictamente compatibles con los principios de contratación ya analizados, de modo que (art. 183 LCSP):

2. **La duración de un sistema dinámico de contratación no podrá exceder de cuatro años**, salvo en casos excepcionales debidamente justificados.

Artículo 184. Implementación.

1. **El sistema dinámico de contratación se desarrollará de acuerdo con las normas del procedimiento abierto a lo largo de todas sus fases y hasta la adjudicación de los correspondientes contratos,** que se efectuará en la forma prevista en el artículo 186. Todos los licitadores que cumplan los criterios de selección y que hayan presentado una oferta indicativa que se ajuste a lo señalado en los pliegos serán admitidos en el sistema.

2. Para la implementación de un sistema dinámico de contratación se observarán las siguientes normas:

a) El órgano de contratación deberá **publicar un anuncio de licitación,** en la forma establecida en el artículo 126, en el que deberá indicar expresamente que pretende articular un sistema dinámico de contratación.

b) En los pliegos deberá precisarse, además de los demás extremos que resulten pertinentes, la naturaleza de los contratos que podrán celebrarse mediante el sistema, y toda la información necesaria para incorporarse al mismo y, en particular, la relativa al equipo electrónico utilizado y a los arreglos y especificaciones técnicas de conexión.

c) **Desde la publicación del anuncio y hasta la expiración del sistema, se ofrecerá acceso sin restricción, directo y completo, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, a los pliegos y a la documentación complementaria.**

En el anuncio a que se refiere la letra a) anterior, se indicará la dirección de Internet en la que estos documentos pueden consultarse.

3. **El desarrollo del sistema, y la adjudicación de los contratos en el marco de éste deberán efectuarse, exclusivamente, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos.**

4. **La participación en el sistema será gratuita para las empresas, a las que no se podrá cargar ningún gasto.**

Artículo 185. Incorporación de empresas al sistema.

1. **Durante la vigencia del sistema, todo empresario interesado podrá presentar una oferta indicativa a efectos de ser incluido en el mismo.**

2. La evaluación de las ofertas indicativas deberá efectuarse en un plazo máximo de quince días a partir de su presentación. Este plazo podrá prorrogarse por el órgano de contratación, siempre que, entretanto, no convoque una nueva licitación.

3. El órgano de contratación deberá comunicar al licitador su admisión en el sistema dinámico de contratación, o el rechazo de su oferta indicativa, que solo procederá en caso de que la oferta no se ajuste a lo

establecido en el pliego, en el plazo máximo de dos días desde que se efectúe la evaluación de su oferta indicativa.

4. Las ofertas indicativas podrán mejorarse en cualquier momento siempre que sigan siendo conformes al pliego.

Artículo 186. Adjudicación de contratos en el marco de un sistema dinámico de contratación.

1. **Cada contrato específico** que se pretenda adjudicar en el marco de un sistema dinámico de contratación **deberá ser objeto de una licitación.**

2. **Cuando, por razón de su cuantía, los contratos a adjudicar estén sujetos a regulación armonizada, antes de proceder a la licitación los órganos de contratación publicarán un anuncio simplificado, en los medios que se detallan en el artículo 126, invitando a cualquier empresario interesado a presentar una oferta indicativa, en un plazo no inferior a quince días, que se computarán desde el envío del anuncio a la Unión Europea.** Hasta que se concluya la evaluación de las ofertas indicativas presentadas en plazo no podrán convocarse nuevas licitaciones.

3. **Todos los empresarios admitidos en el sistema serán invitados a presentar una oferta para el contrato específico que se esté licitando,** a cuyo efecto se les concederá un plazo suficiente, que se fijará teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para prepararla, atendida la complejidad del contrato. El órgano de contratación podrá, asimismo, abrir una subasta electrónica conforme a lo establecido en el artículo 132.

4. El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada de acuerdo con los criterios señalados en el anuncio de licitación a que se refiere el artículo 184.2.a). Estos criterios deberán precisarse en la invitación a la que se refiere el apartado anterior.

5. El resultado del procedimiento deberá anunciarse dentro de los cuarenta y ocho días siguientes a la adjudicación de cada contrato en la forma prevista en el apartado 1 del artículo 138, siendo igualmente de aplicación lo previsto en su apartado 4. No obstante, estos anuncios podrán agruparse trimestralmente, en cuyo caso el plazo de cuarenta y ocho días se computará desde la terminación del trimestre.

Por último, conviene realizar una sucinta referencia a la **subasta electrónica** como novedosa manifestación de la adaptabilidad de esta ya vetusta forma de adjudicación y que se prevé en el art. 132 LCSP. En efecto, se trata de un “proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su

clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticos”. De manera que, en la medida en que el empresariado regional emprenda las oportunas tareas de renovación y actualización tecnológica se verán en condiciones idóneas para ampliar su presencia, en mayores condiciones de competencia, en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos promovidos por la CARM¹. Adviértase que, en todo caso, la LCSP dispone que “No podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato”.

¹ Téngase en cuenta que cuando el poder adjudicador decida el recurso a la subasta electrónica, todo el procedimiento se tramitará en esta forma, incluso los actos previos a la adjudicación. Así, dispone la LCSP que “Antes de proceder a la subasta electrónica, el órgano de contratación efectuará una primera evaluación completa de las ofertas de conformidad con los criterios de adjudicación y a continuación invitará simultáneamente, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles a que presenten nuevos precios revisados a la baja o nuevos valores que mejoren la oferta” (art. 132.5).

6. El ámbito subjetivo de la contratación pública. Posibilidades para la contratación de empresas de la Región de Murcia por entidades vinculadas al sector público pero excluidas del ámbito de aplicación de la LCSP

Como no podía ser de otro modo, la presencia de una Administración Pública es inexcusable para la existencia de un contrato administrativo. Pero procede ahora adelantar cuáles son las Administraciones Públicas sometidas a la disciplina de los contratos establecida por la LCSP que, como sabemos, es una norma básica dictada por el Estado con fundamento en el art. 149.1.18ª CE. En todo caso, se verá inmediatamente que el ámbito subjetivo de la legislación de contratos públicos va bastante más allá del concepto estricto de Administración Pública, alcanzando a sujetos de diversa naturaleza que comparten, sin embargo, su vinculación, aun con diverso título, al ámbito de lo público. Esta realidad ha determinado finalmente incluso un cambio terminológico en la propia Ley, que ha pasado a denominarse “de Contratos del Sector Público” y no ya “de las Administraciones Públicas” como hasta 2007.

La determinación del ámbito subjetivo de la normativa contractual pública ha sido —como en modificaciones legislativas anteriores— uno de los detonantes de la promulgación de la nueva LCSP y de la consiguiente derogación de la LCAP, Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En efecto, la trasposición de la **Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios**, cuyo plazo de incorporación al Derecho interno finalizó el 31 de enero de 2006 con la consiguiente condena a España por parte del TJCE, ha sido en gran medida la razón de ser de la nueva Ley. Pues bien, el ámbito subjetivo de la mencionada Directiva recoge en lo esencial las interpretaciones que al respecto ha ido acuñando el TJCE y en virtud de las cuales se ha condenado repetidamente a España.

En este sentido, el art. 3 LCSP establece que la Ley será de aplicación, aun con alcance variable, a tres categorías de sujetos que, no obstante, se superponen parcialmente. En primer lugar, la LCSP se refiere a) a las *Administraciones Públicas* (art. 3.2); en segundo lugar, b) a los *poderes adjudicadores*, que es la terminología acuñada y empleada por el Derecho Comunitario (Directiva 2004/18/CE) y, por último, hace referencia c) a *otros sujetos del sector público* (art. 3.1 LCSP).

a) Por lo que se refiere a las ***Administraciones Públicas***, a las que se aplica en su totalidad la LCSP, se trata de una categoría que comprende los siguientes entes: las Administraciones Públicas territoriales², la Seguridad Social, los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas, las

² Luego se excluyen del concepto las Administraciones locales que no sean territoriales, como las entidades locales inframunicipales, las comarcas, las áreas metropolitanas o las mancomunidades municipales

Autoridades Regulatoras independientes y las entidades de derecho público en las que concurra *alguna* de las siguientes condiciones:

- 1.^a que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o
- 2.^a que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios³.

De este último grupo deben excluirse, no obstante, las *Entidades Públicas Empresariales* (art. 3.2 e LCSP). Por el contrario, la Ley asimila a las *Administraciones Públicas* los órganos competentes de las instituciones de relevancia constitucional o estatutaria que, sin embargo, no tienen la consideración estricta de tales Administraciones Públicas (Congreso, Senado, CGPJ, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo e instituciones autonómicas equivalentes).

Pues bien, únicamente las Administraciones Públicas, con el alcance expresado, pueden celebrar *contratos administrativos*, al margen de los contratos privados previstos en la LCSP que puedan concertar.

b) En segundo lugar, la LCSP se refiere a la figura de los **poderes adjudicadores**. Como se dijo, en esta categoría se incluyen también las Administraciones Públicas, pero, al margen de ellas, tienen la consideración de poderes adjudicadores “todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia⁴ distintos de los expresados en la letra a) que

- 1) hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- 2) siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”.

También lo serán “las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores” (art. 3.3 LCSP)⁵.

Esta categoría, directamente proveniente del Derecho Comunitario hace referencia a todos aquellos sujetos, abstracción hecha de su naturaleza específica (pública o privada) en cada uno de los ordenamientos estatales, que adjudican contratos con cargo, total o parcialmente, a fondos públicos y con ella se trata de evitar la huida de tales sujetos de las reglas esenciales de la contratación pública comunitaria.

³ Estos requisitos los cumplen muchos entes de nuestro Derecho, entre los que podrían entenderse comprendidas las Juntas de compensación previstas en materia de gestión urbanística.

⁴ Pública o privada, pues.

⁵ Así, por ejemplo, la Federación Española de Municipios y Provincias o, por remitirnos al ámbito autonómico murciano, la Federación de Municipios de la Región de Murcia.

Pues bien, los poderes adjudicadores sólo celebran contratos sometidos a *Derecho Privado*. Ahora bien, dentro de estos, se distinguen dos categorías a su vez: 1) **Contratos sujetos a regulación armonizada** y 2) **Contratos no sujetos a regulación armonizada**. Los primeros son, desde la óptica del grado de aplicación de la LCSP, una categoría intermedia entre los administrativos y los puramente privados no sujetos a regulación armonizada, de modo que suponen un *grado medio* en la aplicación de la Ley. En ellos debe observarse un procedimiento administrativo para la selección del contratista y la adjudicación del contrato que consiste, básicamente, en las mismas reglas que se aplican a los contratos administrativos con ciertos “recortes” (art. 174 LCSP). Por el contrario, en los contratos no sujetos a regulación armonizada la presencia de la variable “*pública*” es menor y, por lo tanto, el grado en la aplicación de las exigencias de esta naturaleza es también inferior. En todo caso, en la adjudicación de estos contratos deben seguirse los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (art. 175 LCSP).

c) En tercer y último lugar, la LCSP contempla un tercer grupo subjetivo: los **restantes entes integrantes del sector público**. Según se señaló, nos encontramos ante el mayor de los tres círculos concéntricos que comprenden el ámbito subjetivo de la LCSP, de modo que, como se vio, las dos categorías expuestas con anterioridad se incluyen en buena medida en esta. En sentido estricto, esto es, excluidas las Administraciones Públicas y los demás poderes adjudicadores, integran este grupo:

- 1) Las entidades públicas empresariales que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil⁶;
- 2) Las sociedades mercantiles en las que la participación pública, directa o indirecta, sea superior al 50 por 100 del capital social, siempre que la misma se haya creado para satisfacer necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil;
- 3) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Estos sujetos sólo celebran contratos privados, pero, al igual que ocurría con los no sujetos a regulación armonizada celebrados por poderes adjudicadores, en su celebración y adjudicación deberán observarse los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad

⁶ Este índice —dice el TJCE— puede obtenerse a través de diversos elementos, como la existencia o no de ánimo e lucro, la existencia o falta de competencia en el mercado, la asunción o no de riesgos derivados de la actividad o la existencia o no de una eventual financiación pública de la actividad, entre otras. El TJCE ha apostillado en consecuencia que “si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil” (STJCE de 16 de octubre de 2003, C-283/00, SIEPSA, f.j. 82).

y no discriminación (art. 176 LCSP). Ello se completa con la obligación legal de que estas entidades aprueben unas *instrucciones internas* en materia de contratación que aseguren la efectividad de tales principios, así como que el contrato se adjudicará en todo caso a la oferta económicamente más ventajosa, directrices que deberán estar accesibles para todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad (art. 42 LCSP).

d) Una vez expuesta esta caracterización subjetiva e la contratación pública, debe tenerse en cuenta que el ámbito de la nueva regulación es muy penetrante, de modo que, a pesar de que la regla general consiste en que **los sujetos privados no participados por o vinculados a poderes adjudicadores no se someten a la LCSP**, a pesar de ello deben tenerse en cuenta varias matizaciones a esto:

a) Los denominados *contratos subvencionados*: En el caso de ciertos contratos⁷ que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por ciento de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, los mismos quedan sometidos a la disciplina de los contratos sujetos a regulación armonizada, **sea cual sea la naturaleza del sujeto adjudicador o contratante**, lo que supone, como ya señalamos, el sometimiento a ciertas normas públicas en la preparación y adjudicación, recursos y medidas cautelares (arts. 121, 177, etc., LCSP) y, en consecuencia, el sometimiento de los consiguientes litigios a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Los contratos de obras celebrados por concesionarios de obra pública (art. 250 LCSP): cuando los concesionarios de obras públicas deban adjudicar contratos, la LCSP establece una serie de límites en función de los distintos supuestos posibles, que se concretan, básicamente, en la necesidad de cumplir con las normas de publicidad general (art. 126 LCSP) y en la tramitación interna de una suerte de procedimiento de adjudicación.

* **Conclusión:** Como puede comprobarse, las posibilidades de contratación con empresas regionales por entidades no comprendidas en el ámbito subjetivo de la LCSP es ciertamente escasa. En puridad, tales sujetos excluidos se contraen a entidades o asociaciones no vinculadas organizativa ni presupuestariamente a la CARM, tales como las Corporaciones de Derecho Público y, en general, entidades integrantes del denominado “Tercer sector”⁸

⁷ Se trata de determinados contratos de obras y servicios (art. 17 LCSP): a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.278.000 euros. b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 211.000 euros.

⁸ A pesar de que, en algunos supuestos, han sido sometidas a la normativa contractual pública, como es el caso de Navarra, de conformidad con lo dispuesto en su Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

(Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Federaciones deportivas, Cofradías de Pescadores, Comunidades de Usuarios al amparo de la Legislación de Aguas, etc.).

7. El impulso de la potestad normativa de la CARM en materia de contratación pública mediante el desarrollo de la legislación básica estatal. La anticipación en los pliegos contractuales de algunas de las medidas propuestas de ley ferenda

El reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la regulación de los contratos del sector público, como ha quedado apuntado *supra*, se incardina en la técnica de distribución de competencias normativas conocida como *bases más desarrollo*, que atribuye a la titularidad estatal la competencia exclusiva de la *legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas* (art. 149.1.18ª CE) y, en consecuencia, posibilita a las CCAA la asunción de la competencia sobre *legislación de desarrollo* de las bases estatales. En este sentido, algunas CCAA han dictado su propia legislación de desarrollo en esta materia –de especial importancia en el caso de Navarra, mediante la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, que derogó la anterior Ley Foral 10/1998, de 16 de junio–, proceso intensificado en las últimas reformas estatutarias iniciadas en el año 2006, que profundizan en las posibilidades competenciales en este ámbito (*ad.ex.*: art. 159.3 de la Ley Orgánica 6/2006, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña).

Tal posibilidad debiera ser impulsada por la CARM, incluso asumiendo expresamente en su Estatuto de Autonomía, cuya reforma lleva algún tiempo estudiándose en el seno de la Asamblea Regional –ya en la anterior legislatura (VI) se constituyó, en octubre de 2005, en el seno de la Asamblea Regional, una Comisión Especial para el estudio y valoración de una eventual reforma del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, que ha limitado su labor, en estos años, a la comparecencia de diversos representantes de instituciones sociales, económicas, educativas y otras de muy variada condición–, a fin de incluirse una referencia expresa, concretándose exhaustivamente las facultades y la potestad legislativa que asume la CARM en materia de contratos del sector público de la Administración General de la CARM y, en su caso, de los Entes Locales de la CARM.

En este marco competencial, la CARM podría aprobar su propia Ley de Contratos del Sector Público de la Región de Murcia, que en desarrollo de la legislación básica del Estado y, en consecuencia, con pleno respecto a los principios y a la normativa comunitaria, regulase un conjunto de previsiones normativas que, entre otros aspectos, coadyuvasen al fomento en este sector de empresas radicadas o con especial vinculación con la Región de Murcia.

Una Ley Regional de Contratación Pública de la CARM podría regular aspectos de interés para el fomento indirecto de la contratación con empresas murcianas. En este sentido, entre otras posibles medidas normativas, podría incidirse en los siguientes ámbitos, sin perjuicio de que algunas de ellas puedan impulsarse inmediatamente, a través de los pliegos contractuales, sin necesidad de esperar a una Ley Regional de Contratos Públicos de la CARM:

- a) Se podrían desarrollar los medios para acreditar la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, regulados con carácter básico en los arts. 64-68 LCSP. Especialmente, cabría un desarrollo de los medios para acreditar la solvencia técnica y profesional **vinculados a ámbitos contractuales y cuestiones específicas de la Región de Murcia** o, bien, que **demanden conocimientos o experiencia técnica o profesional adquiridos necesariamente** –por su vinculación con el objeto contractual– **en la Región de Murcia** (*ad.ex.*: descripción de las instalaciones técnicas en la Región de Murcia, en desarrollo del art. 66.1.c LCSP).
- b) Asimismo, se podría reforzar para determinados objetos contractuales, a fin de su ponderación cualificada en los pliegos contractuales, **la ubicación o radicación de la sede social o las principales instalaciones empresariales en la Región de Murcia** (*ad.ex.*: suministros de productos perecederos, con denominación de origen de la Región de Murcia o que requieran una capacitación o cualificación inexorablemente vinculada con la misma).
- c) Además, la LCSP, merced a lo dispuesto en la disposición adicional novena, que establece la exención de la exigencia de clasificación para las Universidades Públicas –*No será exigible la clasificación a las Universidades Públicas para ser adjudicatarias de contratos en los supuestos a que se refiere el apartado 1 del artículo 83 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*– enmarca la posibilidad de fomentar convenios entre el sector empresarial murciano con las Universidades de la Región, a fin de aportar los cualificados medios personales y materiales de las Universidades Públicas de la Región de Murcia (*ad.ex.*: títulos académicos del Personal Docente e Investigador, *curricula*, experiencia profesional, laboratorios, bibliotecas, bases de datos, recursos informáticos, etc.) Por esta vía podría coadyuvarse a una mejor clasificación de las empresas murcianas, en desarrollo de las previsiones configuradas en el art. 66 de la LCSP y, asimismo, a la mejor ponderación de su cualificación técnica y profesional en los pliegos contractuales, sobre todo en aquellos objetos contractuales vinculados a conocimientos, realidades, productos, servicios, medios (...) específicos de la Región de Murcia.
- d) Regulación del régimen jurídico de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CARM y sus funciones (desplazando regulaciones no básicas de la LCSP, como la comprobación de los elementos de la clasificación: *Los órganos competentes en materia de clasificación podrán solicitar en cualquier momento de las empresas clasificadas o pendientes de clasificación los documentos que estimen necesarios para comprobar las declaraciones y hechos manifestados por las mismas en los expedientes que tramiten, así como pedir informe a cualquier órgano de las Administraciones públicas sobre estos extremos, ex. art. 60*).
- e) Regulación de desarrollo de las garantías contractuales configuradas con carácter básico en la LCSP.

- f) Regulación del requerimiento a los empresarios de documentación e información complementaria.
- g) Regulación de la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad (art. 69 LCSP).
- h) Regulación de la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión ambiental (art. 70 LCSP).

Este es nuestro dictamen, que sometemos a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Murcia, a 23 de septiembre de 2008

MANUEL FERNÁNDEZ SALMERÓN
ANTONIO GUTIÉRREZ LLAMAS
Profesores Titulares de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia