



CONSULTA 016/2024. Los Entes públicos en su papel de “operador económico”.

CONSULTA

“Queremos celebrar un contrato para el Seguimiento de Dispositivos Experimentales en Masas Forestales para varias anualidades. Sería un contrato de servicios, y queremos usar en procedimiento negociado sin publicidad por la singularidad de la instalación y seguimiento de los dispositivos experimentales (con fines de investigación), así como por las características del Ente que lo lleva a cabo, que tiene la particularidad de que la instalación y seguimiento lo realiza desde el inicio el XX, dependiente del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y que se venía financiando a través de diferentes convenios, subvenciones, algún contrato menor, y ahora se va a financiar con cargo a otro tipo de fondos, que exigen que se haga a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Expuesta la situación, y por tratarse de un procedimiento excepcional de la LCSP, así como la naturaleza del Ente público que está realizando los trabajos experimentales y con fines de investigación (no es una licitadora con ánimo de lucro como suele darse habitualmente en las licitaciones), a la hora de elaborar el PCAP nos surgen varias dudas que exponemos a continuación (no hay modelo de este procedimiento, he leído en una consulta que le enviáis unos modelos de contratos que habías hecho desde la Consejería de Hacienda, Administraciones Públicas y Transformación Digital, pero no aparecían junto a la consulta para bajarlos):

-Exigencia de Garantía Definitiva, entendemos que hay que exigirla pero, ¿se le podría eximir por ser ente público?

-Habilitación empresarial, exigencia Solvencia económica y financiera, y técnica y profesional, ¿se le podría eximir por ser ente público?. En caso negativo, ¿cuáles serían los criterios más adecuados como medios de acreditación?. La solvencia técnica se podría escoger alguno de los que señala el art. 90 LCSP, pero la solvencia económica no es tan clara en este caso por la naturaleza no mercantil del Ente.

-La adscripción de medios personales, se exige que se respeten los derechos laborales, salariales, etc, conforme a los convenios colectivos de aplicación. En este caso al ser funcionarios y/o personal laboral indefinido, ¿es necesario hacer alguna referencia a esta particularidad?



-Como criterio de adjudicación, y siendo un negociado sin publicidad, ¿podría ser el precio el único criterio conforme al art. 145, apartado 3, letra g)? “Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación”.

RESPUESTA

Para responder a la consulta planteada, hemos de partir de lo dispuesto por la entidad consultante; así, tal y como señala, las actuaciones que debe llevar a cabo el órgano de contratación exigen que se tramiten de conformidad con lo dispuesto en la LCSP. También indica que el procedimiento a través del cual se adjudicaría el contrato, sería el procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad (entiende este servicio que, aunque no se haya indicado expresamente, así se deduce del escrito de consulta *“por la singularidad de la instalación y seguimiento de los dispositivos experimentales (con fines de investigación), así como por las características del Ente que lo lleva a cabo, que tiene la particularidad de que la instalación y seguimiento lo realiza desde el inicio el XX”*). En este caso, se indica que la entidad que podría realizar el servicio es el XX, organismo público de investigación, integrado en la XY.

Sobre la posición de un ente público como adjudicatario de un contrato, resulta interesante el artículo “Reglas aplicables a los entes públicos cuando actúan como operadores económicos (contratistas)”, publicado en el Observatorio de Contratación Pública, y cuya autoría corresponde al profesor José María Gimeno Feliú, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. De este artículo, extraemos lo siguiente (el resaltado es nuestro):

*“Un ejemplo claro lo encontramos en los supuestos de entidades como las Universidades Públicas, Consorcios, **OPIs** e incluso empresas públicas, que pueden tener una **doble vertiente**: la de **poder adjudicador** (art. 3.2 LCSP) y la de **operador económico** (contratista). Esta dualidad ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la Sentencia de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari, donde recuerda que las administraciones públicas pueden concurrir a licitaciones públicas siempre que estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado (lo que les impide la realización de falsos convenios que oculten un contrato público: por todas STJUE de 8 de mayo de 2014, Technische Universität Hamburg-Harburg). Esta jurisprudencia confirma la premisa de que, frente a una concepción subjetiva, lo que interesa es*



la perspectiva objetiva de cuando existe contrato público (porque hay sujetos públicos que pueden tener un doble rol)”.

Así pues, el XX, en el supuesto planteado, detentaría el papel de “operador económico”, al mismo nivel, y con los mismos derechos y obligaciones que la LCSP establece para cualquier entidad que pretenda contratar con el sector público.

Teniendo en cuenta que, tal y como se ha señalado, un ente público puede detentar el papel de operador económico, pudiendo licitar, en condiciones de igualdad, con el resto de operadores económicos de carácter privado, no concurriría ninguna circunstancia excepcional que debiera tener en cuenta el órgano de contratación a la hora de tramitar el procedimiento de contratación correspondiente. En consecuencia, podemos indicar lo siguiente:

- Sobre la elección del **procedimiento negociado sin publicidad** por razones de exclusividad, para adjudicar el contrato:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la LCSP, el procedimiento negociado sin publicidad se configura como excepcional **pues únicamente podrá utilizarse en los supuestos expresamente tasados por la LCSP**, ya que supone una excepción del principio de concurrencia y del de publicidad (principios básicos y fundamentales del derecho de la contratación pública). Por su parte, el artículo 170.1 de la LCSP, establece que *Los órganos de contratación únicamente harán uso del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación cuando se dé alguna de las situaciones que establece el artículo 168 (...)”*. Así pues, la entidad consultante deberá justificar, y motivar adecuadamente en el expediente, que se da alguno de los supuestos previstos en el artículo 168 de la LCSP, que posibilitan su utilización (artículo 116.4.a) de la LCSP).

- Sobre la **exigencia de garantía definitiva**:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 de la LCSP, la constitución de la garantía definitiva resulta una obligación exigible al licitador que haya presentado la mejor oferta. Únicamente podrá excepcionarse, tal y como señala el citado precepto, cuando el órgano de contratación, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, considere conveniente eximir al adjudicatario de esta obligación; en cualquier caso, deberá justificarlo en el pliego de cláusulas administrativas particulares. No obstante, esta excepción no será posible en el caso de contratos de obras, ni de concesión de obras.



➤ Sobre **habilitación profesional, y solvencia económica y técnica**:

En este punto, es preciso recordar lo dispuesto en el artículo 65 de la LCSP que establece que “1. **Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional** o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas (...) 2. Los contratistas deberán contar, asimismo, con la **habilitación empresarial o profesional** que, **en su caso**, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”.

Respecto de los medios acreditativos de la solvencia, resulta ilustrativa, la Resolución nº 593/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC):

“(...) Al respecto hemos de exponer la doctrina del Tribunal sobre la elección de los criterios de solvencia de las licitadoras en los procedimientos de contratación, recogida entre otras en la Resolución 362/2018: (...) Corresponde, por tanto, al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia.

Esta decisión del órgano de contratación no puede ser, sin embargo, una decisión arbitraria, sino que está sujeta a requisitos de legalidad y proporcionalidad. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 36/07, de 5 de julio de 2007), en interpretación de tales preceptos de conformidad con la jurisprudencia comunitaria, señala que los criterios de solvencia “han de cumplir cinco condiciones: que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato, -que sean criterios determinados, -que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato, -que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate -y que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio”...(…). Esta doctrina impone la obligación de determinar tales criterios y, a su vez, impide que puedan ser aplicados criterios o condiciones que no han sido expresados. (...) El Considerando 83 de la citada Directiva señala que: «La imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las PYME en la contratación pública. Los requisitos deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. En particular, los poderes



adjudicadores no deben estar autorizados a exigir a los operadores económicos un volumen de negocios mínimo que no sea proporcional al objeto del contrato. El requisito normalmente no debe exceder como máximo el doble del valor estimado del contrato (...)”.

Así pues, corresponde al órgano de contratación, la elección de los medios concretos de solvencia, tanto económica, como técnica, que deban exigirse en los pliegos, teniendo en cuenta que los mismos deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato.

Sobre la habilitación profesional, indicar que se trata de un *“requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto”* (Informe 1/2009, Junta Consultiva de Contratación Administrativa). *“En relación con la naturaleza jurídica de la habilitación profesional este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones reconociendo su condición de requisito de legalidad y aptitud para contratar, y no de calidad y solvencia técnica, siguiendo el criterio fijado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 1/2009, de 25 de septiembre”*. (Resolución 1099/2021 del TACRC).

De acuerdo con lo anterior, no cabe exigirla discrecionalmente por el órgano de contratación; en este sentido, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (Resolución 14/2018), ha señalado: *“A la vista de que el informe del órgano de contratación no lo asevera, y de acuerdo con las resoluciones mencionadas, parece desprenderse que para la ejecución del contrato cuyos pliegos se recurren, cuyo objeto es la verificación de las comprobaciones previstas en el artículo 125 del Reglamento (UE) 1303/2013, no es legalmente necesaria la inscripción en el ROAC, por lo que tal inscripción no podría configurarse como requisito de habilitación profesional”*.

Así pues, el órgano de contratación deberá atender a las características de la prestación que sea objeto del contrato para exigir, en su caso, la correspondiente habilitación profesional que dé cobertura legal al ejercicio de aquélla.

➤ **Sobre la adscripción de medios personales:**

En primer lugar, hemos de advertir que no hay que confundir la adscripción de medios personales y materiales a que se refiere el artículo 76 de la LCSP, con la solvencia técnica que regula la LCSP, para los distintos tipos de contrato, en sus artículos 88-91. Así, mientras que esta última constituye un requisito de aptitud que deber reunir toda licitadora que desee participar



en un procedimiento de contratación (artículo 65 de la LCSP), de conformidad con lo que el órgano de contratación haya dispuesto en los correspondientes pliegos, la adscripción de medios es un **requisito adicional de solvencia** que no debe establecerse obligatoriamente en los mismos. Así lo indica el TACRC, en su Resolución 28/2023 (Recurso nº 1641/2022):

“(…) Así, el artículo 76.2 de la LCSP permite que los órganos de contratación pueden exigir a los licitadores que, además de acreditar su solvencia o clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales o personales suficientes para ello, configurando una obligación adicional de proporcionar a la ejecución del contrato unos medios, materiales o personales, concretos, de entre aquéllos que sirvieron para declarar al empresario apto para contratar con la Administración.

Esta concreción de las condiciones de solvencia no puede confundirse con la solvencia profesional o técnica, pues la solvencia es un requisito de admisión, de carácter eliminatorio y no valorativo, de modo que quienes no cumplan los requisitos exigidos son excluidos de la licitación. (…)”.

No obstante, la LCSP exige, en el caso de que el órgano de contratación opte por exigir este medio adicional de solvencia, que dicha adscripción sea *“razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación”* (ex artículo 76.3 de la LCSP).

La regulación de la adscripción de “medios personales” hemos de entenderla referida a perfiles técnicos concretos (tipo de titulaciones, grado de experiencia...), que el órgano de contratación considere necesarios para una mejor ejecución del contrato. No nos estamos refiriendo a un determinado personal, como pudiera ocurrir en el caso de la subrogación, si no a que el personal que la entidad suscriba a la ejecución del contrato, reúna la cualificación que el órgano de contratación haya determinado previamente en el pliego y que considere necesaria para la ejecución del contrato; por ello, este servicio no entiende la cuestión suscitada por la entidad consultante: *“La adscripción de medios personales, se exige que se respeten los derechos laborales, salariales, etc, conforme a los convenios colectivos de aplicación. En este caso al ser funcionarios y/o personal laboral indefinido, ¿es necesario hacer alguna referencia a esta particularidad?”*.



Por tanto, será el órgano de contratación quien, atendiendo a la naturaleza, condiciones y complejidad del contrato, establezca en los pliegos rectores del mismo, además de las **condiciones de solvencia (económica y técnica) obligatorias**, exigidas en los artículos 87, y 88-91 de la LCSP, los requisitos adicionales de solvencia establecidos en el artículo 76 de la LCSP, con la única salvedad de que, como ya hemos señalado anteriormente, sean razonables, justificados y proporcionales a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación.

➤ Sobre la elección de los criterios de adjudicación:

En primer lugar, hemos de indicar que los criterios de adjudicación se regulan en el artículo 145 de la LCSP:

“1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148.

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

(...)

3. La aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:

(...)

g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

(...)

5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.



b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores. (...)”.

Sobre la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad, el artículo 170 de la LCSP dispone:

“1. Los órganos de contratación únicamente harán uso del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación cuando se dé alguna de las situaciones que establece el artículo 168 y lo tramitarán con arreglo a las normas que establece el artículo 169, en todo lo que resulten de aplicación según el número de participantes que concurran en cada caso, a excepción de lo relativo a la publicidad previa.

2. Cuando únicamente participe un candidato, la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, siempre y cuando sea posible, deberá negociar con él en los términos que se señalan en el apartado 5 del artículo 169”.

Por su parte, el artículo 169, en su apartado 8, establece:

“8. Cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todos los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas. A continuación, la mesa de contratación verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos, y que cumplen todos los requisitos establecidos en el pliego; valorará las mismas con arreglo a los criterios de adjudicación; elevará la correspondiente propuesta; y el órgano de contratación procederá a adjudicar el contrato”.

Así pues, no se establece ninguna circunstancia excepcional en la LCSP, respecto de los criterios de adjudicación, cuando el procedimiento de adjudicación es el negociado sin publicidad, por lo que resulta plenamente aplicable lo establecido en el artículo 145 de la LCSP.



Sobre la elección de los criterios de adjudicación, traemos a colación lo señalado por el TACRC en su Resolución 55/2023, de 2 de febrero:

“(…) Es doctrina consolidada de este Tribunal la de entender que la elección de los criterios de adjudicación es una cuestión sometida a la discrecionalidad del órgano de contratación, debiendo en el ejercicio de dicha potestad respetar los requisitos del precepto transcrito, entre los que cabe destacar la necesidad de su vinculación al objeto del contrato, su formulación de forma objetiva con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, sin conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; y que garanticen la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. (...)”.

De acuerdo con lo expuesto, la elección de los criterios de adjudicación del contrato es una potestad privativa del órgano de contratación, que conoce los requerimientos técnicos de la prestación que necesita contratar. La elección de dichos criterios deberá hacerse respetando siempre los requisitos a que se refiere el artículo 145.5, debiendo, en todo caso, quedar justificada en el expediente (artículos 116.4.c) y 145.1 de la LCSP).

Finalmente indicar que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y en ningún caso resulta vinculante.

EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN