

# Pliego de Cláusulas administrativas particulares para regir los contratos de obras adjudicados a través de un procedimiento abierto en el que se apliquen varios criterios para su adjudicación

## ÍNDICE: I. ASPECTOS GENERALES

[Cláusula 1.<sup>a</sup> Objeto del pliego](#)

[Cláusula 2.<sup>a</sup> Objeto del contrato](#)

[Cláusula 3.<sup>a</sup> Régimen jurídico](#)

[Cláusula 4.<sup>a</sup> Necesidades públicas a satisfacer mediante el contrato](#)

[Cláusula 5.<sup>a</sup> Órgano de contratación](#)

[Cláusula 6.<sup>a</sup> Valor estimado y presupuesto base de licitación](#)

[Cláusula 7.<sup>a</sup> Existencia de crédito adecuado y suficiente](#)

[Cláusula 8.<sup>a</sup> Tramitación del expediente a efectos de adjudicación del contrato](#)

## II. LICITACIÓN

[Cláusula 9.<sup>a</sup> Procedimiento de adjudicación](#)

[Cláusula 10.<sup>a</sup> Mesa de contratación](#)

[Cláusula 11.<sup>a</sup> Capacidad para contratar](#)

[Cláusula 12.<sup>a</sup> Solvencia del contratista](#)

[Cláusula 13.<sup>a</sup> Clasificación de los licitadores](#)

[Cláusula 14.<sup>a</sup> Especificación del personal que van a ejecutar la prestación y compromiso de adscripción de medios](#)

[Cláusula 15.<sup>a</sup> Garantía provisional](#)

[Cláusula 16.<sup>a</sup> Criterios de adjudicación](#)

[Cláusula 17.<sup>a</sup> Valoración de los criterios de adjudicación](#)

[Cláusula 18.<sup>a</sup> Admisibilidad de variantes y mejoras y valoración de las mismas](#)

[Cláusula 19.<sup>a</sup> Determinación del adjudicatario en caso de empate](#)

[Cláusula 20.<sup>a</sup> Ofertas que contengan valores anormales o desproporcionados.](#)

[Cláusula 21.<sup>a</sup> Condiciones especiales de ejecución del contrato](#)

[Cláusula 22.<sup>a</sup> Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración](#)

[Cláusula 23.<sup>a</sup> Presentación de proposiciones. Legitimación y efectos](#)

[Cláusula 24.<sup>a</sup> Presentación de proposiciones. Plazo y medios de presentación](#)

[Cláusula 25.<sup>a</sup> Contenido y forma de las proposiciones](#)

[Cláusula 26.<sup>a</sup> Apertura y calificación de la documentación administrativa](#)

[Cláusula 27.<sup>a</sup> Admisión de licitadores](#)

[Cláusula 28.<sup>a</sup> Apertura de las proposiciones y valoración de las ofertas](#)

[Cláusula 29.<sup>a</sup> Requerimiento al primer clasificado](#)

[Cláusula 30.<sup>a</sup> La adjudicación y su notificación](#)

[Cláusula 31.<sup>a</sup> Formalización del contrato](#)

[Cláusula 32.<sup>a</sup> Publicidad de la formalización](#)

## III. EJECUCIÓN

[Cláusula 33.<sup>a</sup> Ejecución del contrato. Plazo de ejecución](#)

[Cláusula 34.<sup>a</sup> Comprobación del replanteo](#)

[Cláusula 35.<sup>a</sup> Obligaciones y responsabilidades del contratista](#)

[Cláusula 36.<sup>a</sup> Confidencialidad y protección de datos](#)

[Cláusula 37.<sup>a</sup> Penalidades por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación](#)

[Cláusula 38.<sup>a</sup> Demora e incumplimientos](#)

[Cláusula 39.<sup>a</sup> Modificaciones del contrato no previstas en el pliego](#)

[Cláusula 40.<sup>a</sup> Revisión de precios](#)

[Cláusula 41.<sup>a</sup> Régimen de pago del precio](#)

[Cláusula 42.<sup>a</sup> Cumplimiento del contrato y recepción de las obras](#)

[Cláusula 43.<sup>a</sup> Plazo de garantía y responsabilidad por vicios ocultos](#)

[Cláusula 44.<sup>a</sup> Cesión del contrato](#)

[Cláusula 45.<sup>a</sup> Subcontratación](#)

[Cláusula 46.<sup>a</sup> Resolución del contrato](#)

[Cláusula 47.<sup>a</sup> Prerrogativas de la Administración](#)

[Cláusula 48.<sup>a</sup> Jurisdicción y recursos](#)

## I. ASPECTOS GENERALES

Cláusula 1.<sup>a</sup> Objeto del pliego.–El presente pliego regirá la adjudicación, formalización y los efectos del contrato de obras definido en su cláusula 2.<sup>a</sup>2.

Cláusula 2.<sup>a</sup> Objeto del contrato.–El contrato regido por este pliego de cláusulas administrativas particulares tiene por objeto la realización de las obras de3 ..... tal y como se hallan definidas en el proyecto de obras aprobado por resolución del órgano de contratación de ..... de ..... de .....4 y que fue objeto de replanteo en fecha ..... de ..... de .....5.

Dicho objeto corresponde al código 45 ..... de la nomenclatura de la CPV de la Comisión Europea6.

El objeto de este contrato no se ha dividido en lotes pues por su naturaleza dicha división dificultaría la correcta ejecución de la prestación7.

Se prevé la posible modificación8 del objeto de este contrato en caso de que al producirse el/los hecho/s de ..... cambien las necesidades públicas en la forma prevista en la cláusula 4.<sup>a</sup> de este pliego y el órgano de contratación decida que las mismas han de satisfacerse mediante este contrato, debiendo entonces ejecutarse la solución constructiva alternativa recogida en el proyecto. La eventual modificación no podrá suponer en ningún caso un incremento superior al .....% del precio del contrato.

El órgano de contratación notificará por escrito al adjudicatario del contrato la concurrencia del hecho antes citado que altera las necesidades públicas, concediéndole audiencia por un plazo de 3 días, resolviendo a continuación el órgano de contratación lo que estime oportuno. La modificación se formalizará en la forma prevista en el artículo 153 del LCSP y en la cláusula 31.<sup>a</sup> de este pliego, en el plazo de 5 días desde que el adjudicatario reciba la notificación de la resolución citada9.

Cláusula 3.<sup>a</sup> Régimen jurídico.–El contrato a que se refiere este pliego tiene naturaleza administrativa y se regirá, sucesiva y supletoriamente, por las siguientes fuentes: la Ley de Contratos del Sector Público; el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en cuanto no se oponga a lo previsto en la LCSP; el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo que no haya resultado derogado por la citada Ley de Contratos del Sector Público y por el Real Decreto 817/2009; las normas de derecho administrativo distintas de las anteriores en lo que resulten de aplicación; las normas de derecho privado en el mismo caso; el presente pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que fue aprobado por resolución del órgano de contratación de ..... de ..... de .....10.

Las cláusulas números ..... y ..... de este pliego de cláusulas administrativas particulares son contrarias al contenido de las cláusulas números ..... y ..... del pliego de cláusulas administrativas generales, habiendo evacuado informe favorable la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en fecha ..... de ..... de .....11.

Los documentos contractuales se entenderán modificados por las mejores condiciones de ejecución contenidas en la oferta del adjudicatario en la forma determinada en las cláusulas 30.<sup>a</sup> y 31.<sup>a</sup>

Cláusula 4.<sup>a</sup> Necesidades públicas a satisfacer mediante el contrato.–La celebración del contrato tiene por objeto satisfacer la necesidad de .....12. Si se produjera el/los hecho/s de ..... las necesidades públicas que podrían ser satisfechas mediante la ejecución de este contrato serían .....13.

Cláusula 5.<sup>a</sup> Órgano de contratación.–El órgano de contratación es14 .....

La información relativa al perfil del contratante del órgano de contratación puede ser consultada en la siguiente dirección electrónica: .....

El órgano tiene la facultad de adjudicar el contrato objeto de este pliego y ostenta las prerrogativas de interpretarlo, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta, y las demás que le atribuyan las normas aplicables. Los acuerdos que dicte serán inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio del derecho del contratista a su impugnación ante la jurisdicción competente.

Se ha nombrado responsable del contrato15 y Director facultativo de la obra, con las funciones y competencias que se establecen en la cláusula 34.<sup>a</sup> y otras de este pliego a ....., designado por resolución del órgano de contratación de ..... de ..... de .....

Cláusula 6.<sup>a</sup> Valor estimado y presupuesto base de licitación16.–El valor estimado del contrato es de ..... euros.

El presupuesto base de licitación asciende17 a ..... euros y se desglosa en:

- Costes directos: ..... euros IVA incluido.
- Costes indirectos: ..... euros IVA incluido.
- Costes salariales: ..... euros IVA incluido.
- Otros eventuales gastos:

Y se distribuye en las siguientes anualidades18:

1.<sup>a</sup> anualidad: ..... euros.

2.<sup>a</sup> anualidad: ..... euros.

En el supuesto de que el objeto del contrato se divida en lotes, el presupuesto base de cada lote será el siguiente:

Lote 1: .....

Lote 2: .....

Lote 3: .....

El importe de la partida correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido19 asciende a ..... euros.

Las proposiciones que se presenten superando el presupuesto base de licitación serán automáticamente desechadas20.

Cláusula 7.<sup>a</sup> Existencia de crédito adecuado y suficiente.–Existe el crédito presupuestario preciso para atender a las obligaciones económicas que se deriven de este contrato, con cargo a la partida presupuestaria ....., proyecto de inversión .....

Dado que la ejecución del contrato ha de iniciarse en el ejercicio siguiente procede señalar que existe normalmente crédito suficiente y adecuado en los Presupuestos de .....21.

La ejecución del contrato en ejercicios futuros quedará condicionada a la existencia de crédito adecuado y suficiente22.

Este contrato deberá someterse a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea y a los actos fijados en virtud de él y será coherente con las actividades, políticas y prioridades comunitarias en pro de un desarrollo sostenible y mejora del medio ambiente, debiendo promover el crecimiento, la competitividad, el empleo y la inclusión social, así como la igualdad entre hombres y mujeres, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 1083/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión. La ejecución del contrato al que sirve de base este pliego incluirá las actuaciones publicitarias de obligado cumplimiento que exige el artículo 8 del Reglamento (CE) núm. 1828/2006 de la Comisión, para el supuesto de obras cofinanciadas con cargo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo o al Fondo de Cohesión23.

Cláusula 8.<sup>a</sup> Tramitación del expediente a efectos de adjudicación del contrato.–La tramitación del expediente para la adjudicación de este contrato es la ordinaria regulada en los artículos 116 y 117 de la LCSP.

La tramitación del expediente para la adjudicación de este contrato es la de urgencia regulada en el artículo 119 de la LCSP, habiendo sido declarada dicha urgencia por resolución del órgano de contratación de fecha ..... de ..... de ..... por ello todos los plazos señalados en este pliego deben entenderse reducidos a la mitad, salvo24:

- el plazo contemplado en la cláusula 31.<sup>a</sup>, como período de espera antes de la formalización del contrato que no se reducirá.

– el plazo de presentación de proposiciones que será de 25 .....

– el plazo de para facilitar al licitador la información adicional solicitada, será de 4 días a más tardar antes de que finalice el antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas<sup>26</sup>.

## II. LICITACIÓN

Cláusula 9.<sup>a</sup> Procedimiento de adjudicación.–El contrato se adjudicará a través del procedimiento abierto a la oferta económicamente más ventajosa<sup>27</sup>, la cual se determinará aplicando varios criterios<sup>28</sup>.

Cláusula 10.<sup>a</sup> Mesa de contratación<sup>29</sup>.–Las ofertas serán valoradas por la Mesa de contratación, que estará compuesta por:

– D./D.<sup>a</sup> ....., (cargo), quien actuará como Presidente.

– D./D.<sup>a</sup> ....., (cargo), y D./D.<sup>a</sup> ....., (cargo), que actuarán como vocales.

– D./D.<sup>a</sup> ....., Letrado integrado en los Servicios Jurídicos de esta Administración, el cual podrá ser sustituido por cualquier otro Letrado integrado en los citados Servicios Jurídicos en caso de ausencia o enfermedad o cuando las necesidades del servicio impidan la concurrencia de D./D.<sup>a</sup> .....

– D./D.<sup>a</sup> ....., Interventor del Servicio de Control Interno de esta Administración, el cual podrá ser sustituido por cualquier otro integrado en el citado Servicio de Control Interno en caso de ausencia o enfermedad o cuando las necesidades del servicio impidan la concurrencia de D./D.<sup>a</sup> .....

– D./D.<sup>a</sup> ....., (cargo), de este órgano de contratación, quien actuará como Secretario, el cual podrá ser sustituido por D./D.<sup>a</sup> ....., (cargo), también adscrito a este órgano de contratación, en caso de ausencia o enfermedad o cuando las necesidades del servicio impidan la concurrencia de D./D.<sup>a</sup> .....

Cláusula 11.<sup>a</sup> Capacidad para contratar<sup>30</sup>.–Sólo podrán celebrar este contrato las personas<sup>31</sup> que tengan capacidad jurídica y de obrar, no se encuentren incurso en prohibición para contratar<sup>32</sup> y [acrediten su solvencia]/[se encuentren debidamente clasificadas]<sup>33</sup>.

– Capacidad jurídica: tendrán capacidad jurídica para celebrar este contrato las personas físicas en todo caso y las jurídicas cuando el objeto de este contrato, tal y como está definido en la cláusula 2.<sup>a</sup> de este pliego, esté comprendido dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios<sup>34</sup>. Cuando, por así determinarlo la normativa aplicable, se le requirieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, estos deberán ser acreditados por el licitador al concurrir en el mismo.

Podrán también celebrar este contrato las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente a ese efecto.

La unión de empresarios no tendrá que constituirse hasta que se haya producido la adjudicación del contrato a su favor.

Si la unión no se ha constituido antes de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.

En caso de modificación en la composición de la unión de empresarios o de sucesión de alguno de ellos, tanto durante el procedimiento de licitación como de ejecución se aplicará lo dispuesto en los párrafos 8 y 9 del artículo 69 de la LCSP.

Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente frente a la Administración y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta su extinción, sin perjuicio de la

existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa. La duración de la unión temporal coincidirá con el contrato hasta su extinción.

– Capacidad de obrar: sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos siguientes, tendrán capacidad de obrar para celebrar este contrato las personas físicas mayores de edad que se hallen en la plenitud de sus derechos sin haberseles declarado forma alguna de incapacitación y las personas jurídicas en todo caso. La capacidad acabada de exponer se reconoce tanto para las personas españolas como para las que posean nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que, conforme a la legislación del Estado en el que estén establecidas se hallen habilitadas para realizar la prestación objeto de este contrato.

Los licitadores deberán contar con la habilitación empresarial o profesional, que en su caso exija la legislación tanto española como del Estado miembro de la Unión Europea en donde esté establecido el licitador, para realizar la prestación que constituye el objeto de este contrato<sup>35</sup>.

Las personas físicas o jurídicas de Estados no pertenecientes a la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo sólo podrán participar en la licitación de este contrato si su Estado de procedencia admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración y con los entes, organismos o entidades del sector público asimilables a los enumerados en el artículo 3 de la LCSP en forma sustancialmente análoga y siempre que tengan sucursal abierta en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones, que esté inscrita en el Registro Mercantil.

Carecerán de capacidad de obrar y no podrán por tanto licitar el presente contrato las personas físicas o jurídicas que estuvieren incurso en alguna de las prohibiciones para contratar establecidas en los párrafos 1 y 2 del artículo 71 de la LCSP.

No podrá participar en la licitación de este contrato la empresa XXXX al participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o haber asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación<sup>36</sup>.

Cláusula 12.<sup>a</sup> Solvencia del contratista.–Sólo podrán celebrar este contrato quienes acrediten estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica<sup>37</sup> que se establecen a continuación.

Los licitadores acreditarán su solvencia económica y financiera<sup>38</sup>, en los casos en que no proceda ser sustituida por la correspondiente clasificación, a través de los siguientes medios<sup>39</sup>:

– Volumen anual de negocios<sup>40</sup>, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior a .....<sup>41</sup> lo que se acreditará por medio de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

– Existencia de un patrimonio neto<sup>42</sup> al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior a ..... Lo que se acreditará mediante certificación de las cuentas anuales depositadas, o si aún no se hubieran depositado certificación de su aprobación por el órgano de administración competente.

– Si se tratase de una sociedad que no pueda presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, acreditación de que el periodo medio de pago a proveedores del empresario no supere el límite que a estos efectos se establezca por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública teniendo en cuenta la normativa sobre morosidad, lo que se acreditará por declaración responsable.

En todo caso, la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de solvencia económica y financiera del empresario.

Cuando por una razón válida, un licitador no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que la Mesa de contratación considere apropiado.

Los licitadores acreditarán su solvencia técnica<sup>43</sup>, en los casos en que no proceda ser sustituida por la correspondiente clasificación, a través de los siguientes medios<sup>44</sup>:

– Relación de haber ejecutado en los últimos cinco años<sup>45</sup> obras del mismo grupo de clasificación<sup>46</sup> de las que son objeto del contrato regido por el presente pliego, por, al menos, .....<sup>47</sup> euros. Las obras relacionadas deberán estar avaladas por certificados de buena ejecución; estos certificados indicarán el importe, las fechas y el lugar de ejecución de las obras y se precisará si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y se llevaron normalmente a buen término; en su caso, dichos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente. Las obras ejecutadas por una sociedad extranjera filial del contratista de obras tendrán la misma consideración que las directamente ejecutadas por el propio contratista, siempre que este último ostente directa o indirectamente el control de aquella en los términos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio. Cuando se trate de obras ejecutadas por una sociedad extranjera participada por el contratista sin que se cumpla dicha condición, solo se reconocerá como experiencia atribuible al contratista la obra ejecutada por la sociedad participada en la proporción de la participación de aquel en el capital social de esta.

– Declaración de contar la empresa con, al menos, ..... técnicos superiores o ..... técnicos medios ..... o de contar con asistencia técnica, contratada ..... disponible para la ejecución de las obras, haciendo especial referencia a los responsables del control de calidad.

– Relación de los títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y del responsable o responsables de las obras<sup>48</sup>, debiendo existir entre ellos, al menos, ..... técnicos superiores o ..... técnicos medios, etc.

– Indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario aplicará al ejecutar el contrato, que deberán consistir, al menos, en ....., .....

– Declaración de que la plantilla media anual de la empresa en los últimos tres años ha superado los ..... empleados, incluyendo, al menos, ..... Directores-Gerentes o ..... Directores técnicos.

– Declaración de disponer para la ejecución de las obras objeto de ese contrato de, al menos, la siguiente maquinaria: ....., ....., ..... y el material y equipo técnico que se detalla a continuación: ....., ....., .....

Todo licitador podrá acreditar su solvencia técnica<sup>49</sup> aportando el compromiso documental de otras empresas<sup>50</sup> de poner a su disposición determinados medios para ejecutar el contrato.

Cada uno de los empresarios que concurren en unión temporal, constituida o con compromiso de constitución en caso de adjudicación del contrato, deberá acreditar su solvencia conforme a lo expuesto en estas cláusulas acumulándose las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la unión temporal.

Cláusula 13.<sup>a</sup> Clasificación de los licitadores.–Habida cuenta que el valor estimado del contrato alcanza los 500.000 euros, según se establece en la cláusula 6.<sup>a</sup> de este pliego, en aplicación del artículo 77.1 de la LCSP todos los licitadores habrán de estar debidamente clasificados.

La clasificación exigible para licitar este contrato será la siguiente:

Grupo ....., subgrupos ....., ..... y .....

Grupo ....., subgrupos ....., ..... y .....

Grupo ....., subgrupos ....., ..... y .....

Categoría: .....

Los licitadores que sean empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en caso de no estar clasificados, deberán acreditar su solvencia en la forma prevista en la cláusula 12.<sup>a</sup> de este pliego<sup>51</sup>.

Cada uno de los empresarios que concurren en unión temporal, constituida o con compromiso de constitución en caso de adjudicación del contrato, deberá estar clasificado como empresa de obras y se considerará que la unión está clasificada en los subgrupos exigidos en esta cláusula cuando cualquiera de sus integrantes lo esté, individualmente, en diferentes subgrupos. Dentro del subgrupo, la categoría de la unión será la que tenga el único empresario de la unión clasificado en él o, en caso de estar clasificado más de uno, la que corresponda a la suma de

los valores medios de los intervalos de las respectivas categorías ostentadas, en la forma establecida en el apartado 4 del artículo 52 del Reglamento del TRLCAP.

En las uniones temporales que liciten contratos para los cuales sea exigible la clasificación y concurren extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, éstos solamente deberán acreditar su solvencia en los términos antes vistos.

Cláusula 14.<sup>a</sup> Especificación del personal que van a ejecutar la prestación y compromiso de adscripción de medios<sup>52</sup>.—Los licitadores que sean personas jurídicas deberán especificar en su oferta los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.

Los licitadores deberán comprometerse de forma expresa al presentar su oferta a adscribir a la ejecución del contrato los siguientes medios<sup>53</sup>:

– Medios personales:

..... técnicos superiores.

..... técnicos medios.

– Medios materiales:

..... máquinas del tipo .....

El incumplimiento del compromiso por causa imputable al adjudicatario dará lugar a la imposición de penalidades<sup>54</sup> del siguiente modo:

– Las penalidades se graduarán mediante una escala proporcional que alcanzará su máximo, que será el 10% del presupuesto de licitación, cuando el licitador no adscriba a la ejecución de la obra el medio concreto en grado alguno, comenzando dicha escala en el punto en que el licitador aporte plenamente el medio al que se comprometió.

– La gradación de las penalidades se realizará mediante la escala acabada de exponer para todos y cada uno de los medios a que se extienda el compromiso del adjudicatario, aunque en ningún caso podrán imponerse penalidades cuya cuantía, aislada o conjuntamente, supere el 10% del presupuesto de licitación.

Los incumplimientos del adjudicatario de tal entidad que, aislados o conjuntamente, diesen lugar a penalidades que debieran superar el 10% del presupuesto de licitación se considerarán vulneración de obligación contractual esencial a los efectos de constituir la causa de resolución del contrato recogida en la letra f) del artículo 211 de la LCSP.

Cláusula 15.<sup>a</sup> Garantía provisional<sup>55</sup>.—Los licitadores, salvo aquellos que estén exonerados expresamente por disposición legal, deberán constituir una garantía para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la perfección del contrato.

La garantía, que tendrá una cuantía de ..... euros<sup>56</sup>, podrá prestarse en cualquiera de las formas previstas en el artículo 108.1 de la LCSP, debiendo depositarse en la Caja General de Depósitos de esta Administración cuando se constituya en efectivo, y ante el órgano de contratación cuando se trate de certificados de inmovilización de valores anotados, de avales o de certificados de seguro de caución.

La garantía provisional será incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación.

La garantía provisional constituida por los licitadores que no hayan resultado adjudicatarios del contrato les será devuelta inmediatamente después de la adjudicación del contrato.

La garantía provisional del licitador seleccionado como adjudicatario le será retenida hasta que proceda a la constitución de la garantía definitiva, para lo que podrá aplicar el importe de la garantía provisional; si optase por no aplicarlo, constituyendo la garantía definitiva íntegramente, la garantía provisional se cancelará simultáneamente a la constitución de la definitiva.

Cláusula 16.<sup>a</sup> Criterios de adjudicación<sup>57</sup>.—Para la adjudicación del contrato se aplicarán los siguientes criterios<sup>58</sup> con la ponderación que se señala<sup>59</sup>:

– Criterios valorables mediante la emisión de un juicio de valor<sup>60</sup>:

– A) ..... hasta ..... puntos.

– B) ..... hasta ..... puntos.

– C) ..... hasta ..... puntos.

– Criterios valorables a través de la fórmula que se establece en la cláusula siguiente<sup>61</sup>:

– D) ..... hasta ..... puntos.

– E) ..... hasta ..... puntos.

– F) ..... hasta ..... puntos.

Cláusula 17.<sup>a</sup> Valoración de los criterios de adjudicación.–Se valorarán en primer lugar<sup>62</sup> los criterios valorables mediante la emisión de un juicio de valor (criterios A, B y C) en la forma y manera que se expresa más adelante y a continuación se valorarán los demás criterios (criterios D, E y F) mediante la aplicación de la fórmula que también se expresa. La parte de las ofertas relativas a los criterios valorables por fórmulas, deberán permanecer en secreto hasta que se haya realizado la valoración de los criterios subjetivos<sup>63</sup>.

La valoración de los criterios A, B y C se realizará por la Mesa de contratación. La valoración se basará en atribuir a las ofertas la puntuación según su idoneidad para la mejor consecución de las necesidades que dan objeto a la celebración del contrato tal y como se definen en la cláusula 4.<sup>a</sup> de este pliego<sup>64</sup>. Deberá quedar constancia expresa y detallada en el informe de la Mesa de los motivos por los que se ha atribuido a cada una de las ofertas la puntuación que hayan obtenido respecto a cada uno de los criterios de adjudicación.

La valoración de los criterios A, B y C se realizará por un comité de expertos<sup>65</sup> que estará formado por tres funcionarios nombrados por el órgano de contratación de entre quienes cuenten con la cualificación académica adecuada en relación con el objeto del contrato<sup>66</sup>. Dichos funcionarios no podrán estar integrados en el órgano que propuso la celebración del contrato ni haber participado en la determinación de las características del proyecto de la obra o en la fundamentación de su necesidad<sup>67</sup>. El comité de expertos actuará como un órgano colegiado, siéndole de aplicación 15 a 18 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y demás normas de aplicación a los órganos colegiados; el órgano de contratación al nombrar a los expertos determinará quién hará las funciones de presidente y quién de secretario. La valoración se basará en atribuir a las ofertas la puntuación según su idoneidad para la mejor consecución de las necesidades que dan objeto a la celebración del contrato, tal y como se definen en la cláusula 4.<sup>a</sup> de este pliego. Deberá quedar constancia expresa y detallada en el informe que ha de elaborar el comité de expertos de los motivos por los que se ha atribuido a cada una de las ofertas la puntuación que hayan obtenido respecto a cada uno de los criterios de adjudicación<sup>68</sup>.

La valoración de los criterios A, B y C se realizará por el organismo público<sup>69</sup> ..... La valoración se basará en atribuir a las ofertas la puntuación según su idoneidad para la mejor consecución de las necesidades que dan objeto a la celebración del contrato, tal y como se definen en la cláusula 4.<sup>a</sup> de este pliego. Deberá quedar constancia expresa y detallada en el informe que ha de elaborar el organismo de los motivos por los que se ha atribuido a cada una de las ofertas la puntuación que hayan obtenido respecto de cada uno de los criterios de adjudicación<sup>70</sup>.

Las fórmulas aplicables para valorar los criterios D, E y F son las siguientes<sup>71</sup>: .....

Cláusula 18.<sup>a</sup> Admisibilidad de variantes y mejoras y valoración de las mismas<sup>72</sup>.–Cada licitador podrá presentar una sola variante<sup>73</sup>, sobre los elementos del proyecto en las modalidades y con las características que se señalan a continuación:

– .....

– .....

– .....

Todo licitador que desee presentar una oferta variante deberá presentar también una oferta conforme a la obra definida en el proyecto. La oferta variante deberá ser una oferta completa, incluyendo un proyecto de construcción que habrá de contener los documentos y requisitos exigidos por el artículo 142 de la LCSP con las variaciones derivadas del desarrollo técnico de la variante y los precios nuevos que, en su caso, sea necesario introducir, que se



calcularán conforme a los precios unitarios utilizados en la justificación de precios del proyecto base de licitación. Ambas ofertas, la oferta al proyecto y la oferta variante, serán valoradas como ofertas diferentes.

Cada licitador podrá incluir en su oferta al proyecto mejoras respecto a aquellos elementos de la obra que se señalan a continuación, entendiéndose por mejoras aquellas prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que puedan alterar la naturaleza de estas prestaciones, ni del objeto del contrato. Las mejoras solamente podrán recaer sobre alguno o algunos de los siguientes elementos de la obra:

– .....

– .....

– .....

Las mejoras serán valoradas en el criterio de adjudicación ..... establecido en la cláusula anterior<sup>74</sup>.

Cláusula 19.<sup>a</sup> Determinación del adjudicatario en caso de empate<sup>75</sup>.—Si la aplicación de los criterios de adjudicación da lugar a un empate en la puntuación obtenida por varias empresas el contrato se adjudicará a la empresa que tenga en su plantilla más de un 2% de trabajadores con discapacidad, circunstancia esta que se acreditará junto con la solvencia. Si las empresas que hubieren empatado reunieran la circunstancia acabada de expresar, se adjudicará el contrato al licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla y si el empate persistiera al tener el mismo porcentaje de trabajadores minusválidos el contrato se adjudicará a la empresa que se designe en virtud de sorteo<sup>76</sup> celebrado por la Mesa en acto público.

Si la aplicación de los criterios de adjudicación da lugar a un empate en la puntuación obtenida por varias empresas, y alguna de ellas fuere una empresa de inserción, tal y como se hallan definidas estas empresas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, el contrato se adjudicará a dicha empresa. Si entre las empresas que hubieren empatado varias fuesen de inserción, la adjudicación se hará a favor de la empresa que se designe en virtud de sorteo celebrado por la Mesa en acto público.

Si la aplicación de los criterios de adjudicación da lugar a un empate en la puntuación obtenida por varias empresas, y alguna de ellas fuere una empresa que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluya medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, el contrato se adjudicará a dicha empresa. Si entre las empresas que hubieren empatado varias incluyesen esas medidas, la adjudicación se hará a favor de la empresa que se designe en virtud de sorteo celebrado por la Mesa en acto público.

La documentación acreditativa de los criterios de desempate a que se refiere el presente apartado será aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo.

Cláusula 20.<sup>a</sup> Ofertas anormalmente bajas<sup>77</sup>.—Se considerará que una oferta es anormalmente baja cuando se encuentre en alguno de los casos siguientes<sup>78</sup>:

– La oferta que, presentada por un licitador único, implique respecto a la media del criterio del precio y de los criterios que se valoran a través de la fórmula establecida en la cláusula 16.<sup>a</sup> (criterios D, E y F) una rebaja sobre la media de las magnitudes iniciales previstas en el proyecto que supere los 25 puntos porcentuales.

– Si concurriesen dos ofertas, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la media del precio y de los criterios D, E y F de la otra oferta.

– Si concurriesen tres ofertas, las que sean inferiores en más de 10 puntos porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas respecto a la media del precio y de los criterios D, E y F. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 puntos porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 puntos porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas respecto a la media del precio y de los criterios D, E y F.

– Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas respecto a la media del precio y de los criterios D, E y F. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

En los casos acabados de exponer si empresas pertenecientes a un mismo grupo, en la forma en que define al grupo de empresas el artículo 42 del Código de Comercio, presentasen distintas proposiciones se tomará, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas anormalmente bajas, la oferta más baja en cada uno de los criterios, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas anormalmente bajas a las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.

Si se determinase que cualquier oferta admitida se encuentra en alguno de los supuestos señalados más arriba, la Mesa de contratación dará audiencia al licitador que la hubiera formulado para que justifique los valores contenidos en la respectiva oferta y precise sus condiciones, justificando especialmente la forma en que el procedimiento de ejecución del contrato permite el ahorro que ofrece, las soluciones técnicas adoptadas, las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

La Mesa de contratación deberá solicitar el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

Si una oferta fuere anormalmente baja debido a que el licitador hubiese obtenido una ayuda de Estado sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. En caso de que se produzca este rechazo el órgano de contratación informará a la Comisión Europea<sup>79</sup>.

Si, tras tramitar el procedimiento acabado de exponer, el órgano de contratación estimase que la oferta no puede ser cumplida propondrá su exclusión al órgano de contratación.

Cláusula 21.<sup>a</sup> Condiciones especiales de ejecución del contrato.–El contratista deberá cumplir la siguientes condiciones especiales de ejecución<sup>80</sup>:

.- .....

.- .....

El incumplimiento de las anteriores obligaciones supondrá la imposición de penalidades en la forma prevista en la Cláusula 37.<sup>a</sup><sup>81</sup>.

El incumplimiento de las anteriores obligaciones se considerará el incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 21<sup>182</sup>.

Cláusula 22.<sup>a</sup> Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración.–El órgano de contratación, de oficio o a propuesta de la Mesa de contratación, podrá, en cualquier momento antes de la formalización, y por razones de interés público, decidir no adjudicar o celebrar el contrato. En estos casos se compensará a los licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido con la cantidad fija de 2.000 euros<sup>83</sup> y no podrá promoverse una nueva licitación con el mismo objeto que el contrato regulado en este pliego en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

Asimismo, en caso de que en los actos de preparación del contrato o en el procedimiento de adjudicación se haya producido alguna infracción no subsanable de una norma jurídica<sup>84</sup>, el órgano de contratación deberá declarar el desistimiento del procedimiento de adjudicación. Declarado el desistimiento deberán retrotraerse las actuaciones al momento en que se produjo la infracción no subsanable y reanudar desde ese hito el procedimiento de contratación.

Salvo que la resolución que acuerde el desistimiento justifique la desaparición de la necesidad a que se refiere la cláusula 4.<sup>a</sup> de este pliego o su cambio en tal forma que no deba ser satisfecha mediante la celebración del contrato proyectado, deberá continuarse inmediatamente<sup>85</sup> el procedimiento de contratación desde el punto en el que se produjo la infracción normativa insubsanable.

Tanto la resolución que acuerde la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato como la que acuerde el desistimiento deberán estar motivadas mediante la justificación de los supuestos de hecho en que se funden. Ambas resoluciones habrán de notificarse a todos los licitadores<sup>86</sup> y podrán ser objeto de recurso administrativo<sup>87</sup>.

Cláusula 23.<sup>a</sup> Presentación de proposiciones. Legitimación y efectos.–Los interesados en la licitación del contrato podrán presentar proposiciones en la forma y plazo previsto en la cláusula 24.<sup>a</sup> de este pliego.

Cada interesado no podrá presentar más que una proposición, bien lo haga individualmente o integrado en una unión temporal de empresarios. Si un empresario presentase más de una proposición serán inadmitidas todas ellas. Se

exceptúa el caso de que el licitador presente una oferta variante<sup>88</sup> en la forma prevista en la cláusula 18.<sup>a</sup> de este pliego, en este supuesto deberá presentar una oferta al proyecto y otra variante, las cuales habrán de ser completas y serán valoradas como ofertas distintas.

La presentación de la proposición implica que el licitador acepta de manera incondicionada el contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones de este pliego, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

Los pliegos y demás documentación complementaria se pondrán a disposición de los licitadores a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, garantizando así el acceso a los mismos por medios electrónicos<sup>89</sup>.

Cualquier interesado podrá solicitar información sobre este pliego y sobre el proyecto de obras hasta .....90 días antes de que acabe el plazo de presentación de solicitudes. Dicha información le será facilitada en un máximo de seis días antes de que finalice el plazo de presentación de ofertas, y si la Administración rebasase este plazo quedará prorrogado el de presentación de proposiciones en la medida necesaria para que el interesado disponga del mismo número de días para presentar su oferta que hubiera tenido en caso de haber contestado la Administración en plazo, salvo que la información solicitada por el mismo sea considerada irrelevante por el órgano de contratación.

Cláusula 24.<sup>a</sup> Presentación de proposiciones. Plazo y medios de presentación.–Las proposiciones podrán presentarse dentro del plazo indicado en el anuncio de licitación y a través de medios telemáticos.

La licitación tiene carácter electrónico y deberán presentarse las proposiciones a través de la plataforma: \*\*\*\*\*.

Todas las notificaciones, información y aclaraciones relativas a esta licitación se realizarán a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público. Las notificaciones posteriores a la adjudicación del contrato se realizarán igualmente por medios electrónicos, bien a través de la plataforma de contratación del sector público, bien mediante notificación a la dirección de correo electrónico habilitada o en sede.

En este procedimiento de licitación no se admitirán aquellas ofertas que no sean presentadas a través de los medios descritos.

Los licitadores disponen de guías e información sobre el uso y manejo de la Plataforma y de su herramienta de preparación y presentación de ofertas electrónicas en la siguiente dirección web: [indicar la dirección web en la que se encuentre dicha información]. Para el uso de la herramienta de preparación y presentación de ofertas electrónicas, es necesario disponer de un equipo informático que cumpla los requerimientos que se establecen en [indicar la dirección web en la que se encuentre dicha información].

Se entenderá recibida la proposición en el plazo de presentación si se inicia la transmisión dentro del mismo y finaliza con éxito dentro del mismo. A estos efectos, se entenderá que se inicia la transmisión de la oferta dentro de plazo si la representación de la licitadora pulsa el botón «firma y envío de la oferta» dentro del plazo establecido y se entenderá que la transmisión finaliza con éxito con la entrada en el registro electrónico de los documentos que integran la oferta presentada.

Las proposiciones se presentarán redactadas en castellano o, en su caso, acompañadas de traducción jurada, en el lugar y dentro del plazo señalado en el anuncio publicado en el Perfil de Contratante del órgano de contratación, en el Boletín Oficial del Estado y en su caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante BOE y DOUE, respectivamente).

Si los licitadores experimentan alguna incidencia informática en la preparación o envío de la oferta, deben contactar con el servicio de soporte de Licitación Electrónica, con la debida antelación, en el buzón \_\_\_\_\_@\_\_\_\_\_. El horario de soporte es de lunes a jueves de \_\_\_ a \_\_\_ y viernes de \_\_\_ a \_\_\_\_\_. En cualquier caso, se recomienda no demorar la descarga de la herramienta de preparación y presentación de oferta ni la presentación de la oferta.

Sin perjuicio de lo previsto en la cláusula 15.<sup>a</sup> los licitadores que retirasen las proposiciones presentadas serán responsables de los daños y perjuicios que cause esa retirada.

Cláusula 25.<sup>a</sup> Contenido y forma de las proposiciones.–Las proposiciones se presentarán en dos/tres sobres-archivos cerrados, cumpliendo los siguientes requisitos:

– Indicación en el nombre del archivo del número y contenido del sobre, que será uno de estos dos: «Sobre número 1: Documentación administrativa», o «Sobre número 2: Oferta económica y documentación técnica» (si los sobres debieran ser tres, tal y como se explica en la nota 136, las indicaciones serían respecto al segundo sobre, «Sobre número 2: Documentación técnica para la valoración de los criterios A, B y C de la cláusula 16.<sup>a</sup>» y «Sobre número 3: Oferta económica y documentación técnica para la valoración de los criterios D, E y F de la cláusula 16.<sup>a</sup>»).

– Firma del licitador o de la persona que lo represente mediante firma electrónica.

Contenido de los sobres. El contenido de cada sobre deberá estar relacionado en un archivo independiente en el que figurarán indizados todos los documentos que consten en el sobre-archivo.

El órgano de contratación podrá comprobar la certeza de las manifestaciones realizadas y de la documentación aportada por los licitadores, tanto antes como después de adjudicado el contrato, durante su ejecución, quedando obligados los licitadores y el adjudicatario a aclarar cualquier extremo a solicitud del órgano de contratación, y pudiendo, asimismo, realizar éste las diligencias que estime oportunas para comprobar los extremos antes señalados.

La inexactitud de los datos aportados por el licitador en su oferta implicará su inadmisión, la inadmisión de la oferta se realizará incluso si se conociese la inexactitud después de adjudicado el contrato. El conocimiento de dicha inexactitud después de la formalización del contrato se considerará causa de resolución conforme a lo previsto en el artículo 211.1.f) del LCSP, que en caso de ser aplicada por el órgano de contratación implicará la incautación de la garantía definitiva. Y todo ello sin perjuicio de las responsabilidades en que el licitador o adjudicatario pudiese incurrir.

En el sobre-archivo número 1 deberán contenerse los siguientes documentos:

A) Declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación que se recoge en el Anexo xxxx de este pliego, que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación.

B) Declaración responsable en la que figure la información pertinente para estos casos con arreglo al formulario normalizado del documento europeo único de contratación en el caso de que el empresario recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75.

C) Documento acreditativo de haber constituido la garantía provisional si esta se exigiese.

D) Si se tratase de una unión temporal de empresarios se aportará una declaración responsable por cada empresa participante en la que figurará la información requerida en estos casos en el formulario del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente y, en su caso, el compromiso de constituir la unión temporal por parte de los empresarios que sean parte de la misma.

E) Designación de aquellos documentos que el licitador considere confidenciales.

F) Dirección electrónica a efectos de notificaciones.

En el sobre número 2 deberá contenerse la documentación necesaria para que la Mesa de Contratación pueda aplicar los criterios de adjudicación A, B y C recogidos en la cláusula 16.<sup>a</sup> de este pliego.

En el sobre número 3 deberá contenerse la documentación necesaria para que la Mesa de Contratación pueda aplicar los criterios de adjudicación D, E y F recogidos en la cláusula 16.<sup>a</sup> de este pliego.

Si no se aporta la documentación necesaria para valorar alguno de los criterios de adjudicación o cualquier otro defecto material o ideológico que impida conocer con certeza el contenido de la oferta del licitador respecto a ese criterio de adjudicación, la oferta no será valorada respecto a dicho criterio.

La oferta económica no podrá superar el presupuesto base de licitación establecido en la cláusula 6.<sup>a</sup> de este pliego. El importe del Impuesto sobre el Valor Añadido se señalará en partida independiente.

Todo licitador que desee presentar una oferta variante deberá incluir la documentación relativa a ella en los sobres correspondientes, junto a la documentación de la oferta al proyecto.

Cláusula 26.<sup>a</sup> Apertura y calificación de la documentación administrativa.–Transcurridos diez días<sup>91</sup> desde la conclusión del plazo de presentación de proposiciones se reunirá la Mesa de contratación para proceder a la apertura de los sobres números 1 y a la comprobación de la documentación contenida en ellos.

Si la Mesa observase en la documentación defectos u omisiones subsanables lo comunicará a los licitadores en quienes concurra esta circunstancia, concediéndoles un plazo no superior a tres días hábiles para que aporten ante la Mesa los documentos que corrijan o subsanen los defectos u omisiones apreciados. Las correcciones o subsanaciones no serán admitidas si mediante ellas no se hace referencia a la situación del licitador en el momento anterior a la conclusión del plazo de presentación de licitaciones.

Se extenderá acta de la reunión de la Mesa en la que constarán los hechos acabados de referir.

Cláusula 27.<sup>a</sup> Admisión de licitadores.—La Mesa, una vez transcurrido el plazo de subsanación respecto a los licitadores a los que conforme a la cláusula anterior se les hubiere concedido, examinará los requisitos de capacidad, solvencia (y clasificación en su caso) y no incursión en prohibición de contratar de los licitadores, para lo que podrá solicitarles las aclaraciones que estime oportunas sobre las certificaciones y documentos presentados, así como requerirlos en su caso para que, en un plazo máximo de cinco días naturales, presenten otros documentos complementarios. Este requerimiento, si debe realizarse, se hará siempre antes de la declaración de admisión de las proposiciones.

La Mesa de contratación declarará la admisión de los licitadores que reúnan los requisitos de capacidad, solvencia requerida (y clasificación en su caso) y no estén incurso en prohibición de contratar.

Cláusula 28.<sup>a</sup> Apertura de las proposiciones y valoración de las ofertas.—Una vez admitidos los licitadores conforme a lo establecido en la cláusula anterior, la Mesa procederá a la apertura y examen de las proposiciones.

En primer lugar se abrirán los sobres número 2 procediendo a valorar las ofertas contenidas en los mismos. Si estos criterios tuvieran en cómputo conjunto atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, la Mesa actuará en la forma prevista en la cláusula 17.<sup>a</sup> de este pliego.

Tras la valoración anterior se procederá a la apertura de los sobres número 3, lo que deberá hacerse en acto público salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos. En este acto se dará a conocer las puntuaciones obtenidas en la valoración de los sobres número 292.

La Mesa podrá solicitar cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego.

Si la Mesa considera que alguna oferta es anormalmente baja, se llevarán a cabo respecto a ella las actuaciones previstas en la cláusula 20.<sup>a</sup> de este pliego.

No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.

Realizada la valoración la mesa de contratación, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y elevará la correspondiente propuesta al órgano de contratación. La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración.

Cláusula 29.<sup>a</sup> Requerimiento al primer clasificado.—Aceptada la propuesta de la mesa el órgano de contratación, se requerirá al licitador que haya presentado la mejor oferta para que, en el plazo de diez días hábiles, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras A) a C) del sobre 1, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva.

Garantía definitiva: el licitador que sea seleccionado por haber presentado la mejor oferta a este contrato, salvo que fuere una de las personas exoneradas expresamente por disposición legal, deberá constituir a disposición del órgano de contratación una garantía por valor del 5%93 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, para responder de:

– De la obligación de formalizar el contrato en plazo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153.

– Las penalidades que se impongan al contratista conforme al artículo 192.

– De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en este contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a ésta con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.

– De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, conforme a lo previsto en la Ley o en otras cláusulas de este pliego.

La garantía se constituirá en cualquiera de las formas previstas en el artículo 108 de la LCSP salvo mediante la retención del precio<sup>94</sup>.

El adjudicatario deberá reponer o ampliar la garantía en caso de que sobre ella se hayan hecho efectivas penalidades o indemnizaciones; tal reposición o ampliación deberá producirse en el plazo de quince días desde la ejecución de la penalidad o indemnización, incurriendo en caso contrario en causa de resolución.

Si se produjera una modificación del contrato que implique un incremento de su precio, el adjudicatario deberá ampliar la garantía para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado. La ampliación deberá producirse en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación. No se considerarán incluidas en este supuesto las variaciones de precio que se produzcan como consecuencia de su revisión.

Si la modificación del contrato implica reducción del precio<sup>95</sup>, el adjudicatario tendrá derecho a que se le devuelva parcialmente la garantía si se hubiere constituido en efectivo o valores, en la proporción correspondiente a la disminución del precio del contrato o a que se cancele el aval o el seguro de caución, en su caso, siempre que previamente acredite haber depositado el aval o seguro correspondiente al nuevo precio del contrato.

La garantía se devolverá o cancelará cuando, liquidado el contrato sin que resulten responsabilidades del contratista, haya vencido el plazo de garantía o cuando se declare la resolución del contrato sin culpa del adjudicatario.

El acuerdo de devolución deberá notificarse al interesado en el plazo de dos meses desde la finalización del plazo de garantía. Si no se realizase la devolución en este plazo y la demora fuese imputable a la Administración, ésta abonará al contratista la cantidad adeudada incrementada con el interés legal del dinero. Si transcurriese un año<sup>96</sup> desde la fecha de terminación del contrato, sin que hubiesen tenido lugar la recepción formal y la liquidación por causas no imputables al contratista, se devolverá o cancelará la garantía, una vez depuradas las responsabilidades a que se refiere el artículo 110 de la LCSP.

De no cumplimentarse adecuadamente lo señalado establecido en los párrafos anteriores de esta Cláusula se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71.

En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

Cláusula 30.<sup>a</sup> La adjudicación y su notificación.—Si el licitador requerido presentara la documentación en plazo el órgano de contratación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la recepción, le adjudicará el contrato<sup>97</sup>.

La resolución de adjudicación deberá ser motivada<sup>98</sup> por el órgano de contratación en todo caso, se notificará a los licitadores y se publicará simultáneamente en el perfil de contratante del órgano de contratación.

La notificación contendrá el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas y si hubiera sido excluido del procedimiento de adjudicación algún licitador, en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario y cualquier otra información necesaria para que los licitadores excluidos puedan interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 155.3 de la LCSP.

En todo caso, en la notificación y en el perfil de contratante se indicará el plazo en que debe procederse a su formalización conforme al artículo 153.3 de la LCSP.

Si la adjudicación no se notificara en el plazo de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones los licitadores podrán retirar válidamente su proposición.

Cláusula 31.<sup>a</sup> Formalización del contrato.–El contrato objeto de este pliego se formalizará en documento administrativo, el cual será título suficiente para acceder a cualquier registro público, aunque no obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se incluirán en el documento de formalización cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

El contenido del documento de formalización será el establecido en los artículos 35 de la LCSP y 71 del Reglamento General de la LCAP, debiendo señalarse expresamente que:

– El objeto del contrato es el definido en la cláusula 2.<sup>a</sup> de este pliego, con las modificaciones provenientes de la oferta del adjudicatario.

– En cuanto a la enumeración expresa de los documentos del contrato a que se refiere el apartado e) del artículo 35.1 de la LCSP, al documento de formalización se unirán el pliego de cláusulas administrativas y el de prescripciones técnicas, que deberán entenderse modificados por la resolución de adjudicación en lo que ésta recoja las mejores condiciones de ejecución contenidas en la oferta del adjudicatario, uniéndose también un ejemplar de esta resolución y siendo éste el orden de prioridad que debe utilizarse para determinar la prevalencia respectiva, en caso de que existan contradicciones entre dichos documentos.

(El órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato dándole un plazo de 5 días hábiles. Dicho requerimiento no podrá realizarse hasta que hayan transcurrido 15 días hábiles desde que se notifique<sup>99</sup> la adjudicación del contrato a los licitadores sin que se haya interpuesto recurso alguno que lleve aparejada suspensión. En caso de haberse interpuesto recurso que conlleve dicho efecto el plazo de 5 días hábiles citado más arriba se contará desde que se hubiere levantado la suspensión)<sup>100</sup>.

(El órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato dentro de los 15 días hábiles siguientes a aquel en que se reciba la notificación de la adjudicación por los licitadores)<sup>101</sup>.

La no formalización del contrato dentro del plazo señalado en esta Cláusula por causas imputables al contratista, se le exigirá el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía definitiva, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra b) del apartado 2 del artículo 71.

En este caso, el contrato se adjudicará al siguiente licitador por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas, previa presentación de la documentación establecida en el apartado 2 del artículo 150 de la LCSP, resultando de aplicación los plazos establecidos en los párrafos anteriores.

Cláusula 32.<sup>a</sup> Publicidad de la formalización.–La formalización, junto con el correspondiente contrato, se publicará en el perfil de contratante<sup>102</sup> del órgano de contratación en un plazo no superior a quince días tras el perfeccionamiento del contrato.

El órgano de contratación enviará el anuncio de formalización al «Diario Oficial de la Unión Europea» a más tardar 10 días después de la formalización del contrato, no procediéndose a su publicación en otros medios hasta que se produzca esta publicación o hayan transcurrido 48 horas desde que se recibió la confirmación de la recepción del anuncio enviado por el «Diario Oficial de la Unión Europea»<sup>103</sup>.

Los anuncios de formalización de contratos contendrán la información recogida en el anexo III de la LCSP pudiendo no publicarse determinados con los requisitos y el procedimiento establecidos en el párrafo 7 del artículo 154 de la LCSP.

### **III. EJECUCIÓN**

Cláusula 33.<sup>a</sup> Ejecución del contrato. Plazo de ejecución.–La ejecución del contrato regulado en este pliego consistirá en la realización por el contratista de la totalidad de las obras definidas en el proyecto a que se refiere la cláusula 2.<sup>a</sup> en la forma en que haya quedado modificado por las mejores condiciones de ejecución ofertadas por el contratista y aceptadas por el órgano de contratación en la resolución de adjudicación.

El plazo de ejecución total del contrato será el establecido en el documento de formalización del contrato y comenzará a contarse al día siguiente de levantarse acta positiva de la comprobación del replanteo, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas<sup>104</sup>.

La comprobación del replanteo deberá realizarse en el plazo fijado en el contrato, que no podrá superar un mes desde la formalización<sup>105</sup>.

También deberán cumplirse los plazos parciales de ejecución de la obra tal y como aparecen reflejados en el programa de trabajo, bien sea el integrado en el proyecto o el aportado por el adjudicatario como parte de su oferta que deberá mejorar, en beneficio de la Administración, el recogido en el proyecto y que habrá de ser aprobado por el órgano de contratación<sup>106</sup>.

La ejecución se ajustará a las instrucciones que dé al contratista el Director facultativo de las obras interpretando técnicamente el proyecto y demás documentos contractuales.

Las citadas instrucciones se comunicarán ordinariamente por escrito, y cuando fueren de carácter verbal deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible.

Cláusula 34.<sup>a</sup> Comprobación del replanteo.—La ejecución del contrato comenzará con la comprobación del replanteo del proyecto citado en la cláusula 2.<sup>a</sup> de este pliego, que deberá realizarse en el plazo consignado en el contrato<sup>107</sup>, plazo que comenzará a correr desde la formalización.

La comprobación del replanteo se realizará por el servicio de la Administración encargado en presencia del contratista, extendiéndose acta del resultado, que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar al órgano que celebró el contrato.

En caso de que tanto el Director facultativo de las obras como el contratista o su representante estén de acuerdo en que se poseen los terrenos necesarios para la ejecución de la obra, que son idóneos para ello y que el proyecto es viable, se dará por el director de la obra la autorización para iniciar las obras, haciéndose constar este extremo explícitamente en el acta extendida, de cuya autorización quedará notificado el contratista por el hecho de suscribirla, y empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta.

Cláusula 35.<sup>a</sup> Obligaciones y responsabilidades del contratista<sup>108</sup>.—La ejecución del contrato se realizará siempre a riesgo y ventura del contratista; sin embargo, en los casos de fuerza mayor, pudiendo ser considerados como tales exclusivamente los recogidos en el apartado 2 del artículo 239 de la LCSP, y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le produzcan.

El contratista tendrá la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo que el origen de estos daños fuera consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de vicios del proyecto de obras<sup>109</sup>. Asimismo, deberá cumplir las disposiciones vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad e higiene en el trabajo.

El contratista estará obligado a respetar el carácter confidencial<sup>110</sup> de la siguiente información, a la que tendrá acceso con ocasión de la ejecución del contrato:

— .....

— .....

— .....

El deber de reserva se mantendrá durante cinco años después de haber concluido totalmente la ejecución del contrato.

Serán de cuenta del contratista los gastos de publicidad de licitación del contrato establecidos en el artículo 135 de la LCSP. Estos gastos tendrán un importe máximo de ..... y se descontarán al contratista de la primera certificación de obras que se le deba abonar.

Cláusula 36.<sup>a</sup> Confidencialidad y protección de datos.—El órgano de contratación, así como sus servicios dependientes, no podrán divulgar la información facilitada por los licitadores que éstos hayan designado como



confidencial en el momento de presentar su oferta y que tenga carácter de secreto técnico o comercial o pueda ser utilizada para falsear la competencia, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de la LCSP.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación en ningún caso podrá extenderse a documentos que sean públicamente accesibles de conformidad con las obligaciones impuestas a la Administración por la normativa vigente. Tampoco podrá extenderse este deber a todo el contenido de la oferta del adjudicatario.

Asimismo, los licitadores deberán respetar el carácter confidencial de la información facilitada por la Administración cuando contenga datos de carácter personal o cuando por su propia naturaleza deba ser tratada como tal.

El contratista, así como todas las personas que intervengan en la ejecución del contrato, estarán sujetos tanto al deber de confidencialidad al que se refiere el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (en adelante, RGPD), en relación con el tratamiento de datos personales, como a la confidencialidad prevista en la LCSP respecto a la información confidencial a la que tengan acceso con ocasión de la ejecución del contrato, que se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de la información, salvo que el contrato establezca un plazo mayor.

El subcontratista o el cesionario del contrato regido por este pliego, en su caso, estará sujeto asimismo al deber de confidencialidad señalado para el adjudicatario.

El tratamiento de los datos de carácter personal deberá respetar en su integridad la LCSP, el RGPD, la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, así como en el resto de normativa vigente en la materia.

Los datos personales de los licitadores, obtenidos por la Administración en el presente procedimiento, serán tratados por la Unidad Responsable de la Actividad de Tratamiento con la finalidad de tramitar el presente expediente de contratación, así como para aquellos otros fines identificados en la correspondiente Actividad de Tratamiento conforme a lo establecido en el Anexo XX, relativo a la INFORMACIÓN SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DE LOS LICITADORES.

En el caso de que la presente contratación implique el acceso del adjudicatario a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquél actuará en calidad de Encargado del Tratamiento. En este caso, el tratamiento de los datos personales por el Encargado se regirá por la presente cláusula y por las condiciones establecidas en el Anexo XX, relativo al ACUERDO DE ENCARGADO DEL TRATAMIENTO, del presente pliego.

Cláusula 37.<sup>a</sup> Penalidades por incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso de la prestación<sup>111</sup>.—En caso de que por causa imputable al adjudicatario éste ejecutase el contrato realizando la prestación en forma más desfavorable para la Administración que la que hubiese expresado en su oferta, se le impondrán penalidades en el siguiente modo:

– Las penalidades se graduarán mediante una escala proporcional que alcanzará su máximo, que será el 10% del presupuesto de licitación, cuando el licitador realice la prestación, que en su oferta se comprometió a mejorar, en la misma forma que la prestación estaba definida en la documentación preparatoria del contrato, comenzando dicha escala en el punto en que el licitador cumpla la prestación en forma más desfavorable que aquella a la que se comprometió.

– La gradación de las penalidades se realizará mediante la escala acabada de exponer para todos y cada uno de los aspectos de la prestación que fueron objeto de mejora en la oferta del adjudicatario, aunque en ningún caso podrán imponerse penalidades cuya cuantía, aislada o conjuntamente, supere el 10% del presupuesto de licitación.

– El retraso en la ejecución no será penalizado en la forma acabada de exponer aunque la mejora de plazo se hubiera incluido en la oferta del adjudicatario, sino que se aplicará la regulación contenida en los artículos 193 y 195 de la LCSP.

Los incumplimientos del adjudicatario de tal entidad que, aislados o conjuntamente, diesen lugar a penalidades que debieran superar el 50% del presupuesto de licitación se considerarán vulneración de obligación contractual esencial a los efectos de constituir la causa de resolución del contrato recogida en la letra f) del artículo 221.1 de la LCSP.

Cláusula 38.<sup>a</sup> Demora e incumplimientos.—Si llegado el fin del plazo<sup>112</sup> de ejecución del contrato el contratista no hubiera realizado la comunicación a la Administración establecida en la cláusula 42.<sup>a</sup> para proceder a la recepción de las obras, incurrirá automáticamente en mora, pudiendo entonces la Administración acordar la resolución del contrato o imponer al contratista una penalidad diaria de 0,60 euros por cada 1.000 euros<sup>113</sup> del precio del contrato.

Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5% del precio del contrato el órgano de contratación estará facultado para proceder a su resolución o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades<sup>114</sup>.

Se aplicará lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 193 de la LCSP cuando se incumplieren los plazos parciales correspondientes a las prestaciones siguientes definidas en el pliego de prescripciones técnicas:

.....  
.....  
.....

La imposición de las penalidades señaladas no excluye la obligación del contratista de indemnizar los daños que causare la demora en la ejecución del contrato.

Cuando los retrasos no fueren imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos si se le ampliase el plazo, la Administración le concederá un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor.

Si la Administración optase por la resolución, ésta será acordada por el órgano de contratación<sup>115</sup>, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado<sup>116</sup>.

Cláusula 39.<sup>a</sup> Modificaciones del contrato no previstas en este pliego.—Una vez adjudicado el contrato<sup>117</sup>, el órgano de contratación solamente podrá modificarlo introduciendo las variaciones estrictamente indispensables en los siguientes supuestos:

– Cuando deviniera necesario añadir obras adicionales a los inicialmente contratados, y el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico o generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación. La modificación del contrato por esta causa no puede suponer una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones recogidas en esta Cláusula del 50 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

– Cuando por circunstancias sobrevenidas que fueran imprevisibles<sup>118</sup> en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato deba modificarse el mismo para cumplir la finalidad para la que se convocó el contrato. La modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato ni suponer una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones recogidas en esta Cláusula del 50 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

– Cuando se trate de modificaciones que, no cambien la naturaleza material del contrato ni introduzcan condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes<sup>119</sup> en el procedimiento de contratación ni alteren el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista, ni amplíe de forma importante el ámbito del contrato. Estas modificaciones no podrán suponer una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, ni que supere el umbral señalado en el artículo 20 de la LCSP, ni podrá realizarse si las obras objeto de modificación se hallasen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

La modificación de este contrato solamente podrá serlo de su proyecto de obras mediante la introducción en él de las variaciones estrictamente indispensables para que, tomando en consideración la causa que dé lugar a la modificación del contrato, pueda satisfacer las necesidades definidas en la cláusula 4.<sup>a</sup> de este pliego<sup>120</sup>.

En el contrato, una vez modificado, se guardará la misma relación entre el precio y el valor de la prestación contratada, debiendo, en concreto, determinarse el nuevo precio del contrato aplicando el porcentaje de baja que el adjudicatario hubiera ofrecido en la licitación del contrato inicial<sup>121</sup>.

Tampoco podrá modificarse el contrato objeto de este pliego cuando pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en él hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas<sup>122</sup>.

Tramitación de la modificación<sup>123</sup>. El procedimiento de modificación de este contrato se iniciará por escrito del responsable del contrato, dirigido al órgano de contratación, solicitando su autorización para tramitar la modificación.

En dicho escrito se expondrán y justificarán la concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 205 de la LCSP que determinan que el contrato deba ser modificado para la más adecuada satisfacción de las necesidades de la Administración que dieron lugar a la celebración del mismo. Concedida en su caso la autorización por el órgano de contratación, el expediente, que se tramitará con carácter de urgencia, incluirá las siguientes actuaciones:

- Redacción de la modificación del proyecto y su aprobación técnica.
- Audiencia del contratista<sup>124</sup> y en su caso del redactor del proyecto<sup>125</sup>, por plazo mínimo de tres días.
- Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente si la modificaciones suponen una cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros.
- Aprobación de la modificación por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos. Las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

En caso de que la tramitación del expediente de modificación exija la suspensión de las obras se aplicará lo dispuesto en el artículo 242 de la LCSP.

Cuando dicha suspensión, sea total o parcial, ocasione graves perjuicios para el interés público, .....<sup>126</sup> podrá acordar la continuación provisional de las obras en la forma prevista en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto de la modificación no suponga un aumento que supere el 10% del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación. En este caso el expediente de tramitación de la modificación estará formado exclusivamente por las siguientes actuaciones:

- Propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra, donde figurará el importe aproximado de la modificación, así como la descripción básica de las obras a realizar. En esta propuesta, además de exponerse y justificarse las razones de interés público que, basadas en la aparición de causas que no pudieron preverse al redactar el proyecto de obras, exigen que éste sea modificado para satisfacer las necesidades de la Administración que dieron lugar a la celebración del contrato, deberán exponerse y justificarse los graves perjuicios que para el interés público supondría la suspensión de las obras.
- Audiencia del contratista.
- Conformidad del órgano de contratación.
- Certificado de existencia de crédito.

En el plazo de seis meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente del modificado. Hasta que se apruebe el expediente se ejecutarán preferentemente, de las unidades de obra previstas, aquellas partes que no hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas. La autorización del ..... para iniciar provisionalmente las obras objeto en que consistirá la modificación implicará la aprobación del gasto, sin perjuicio de los ajustes que deban efectuarse en el momento de la aprobación del expediente del gasto.

Las modificaciones de este contrato se formalizarán en la forma prevista en el artículo 153 de la LCSP y en la cláusula 31.<sup>a</sup> de este pliego<sup>127</sup>.

El aumento de unidades de obra realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto no se considerará modificación de éste y no exigirá la tramitación del correspondiente expediente, siempre que ese aumento no represente un incremento del gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato.

Cláusula 40.<sup>a</sup> Revisión de precios.–La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista sin que este tenga derecho a la indemnización por causas de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras, sino en los casos de fuerza mayor establecidos en el artículo 239 de la LCSP.

Sólo se considerará procedente la revisión de precios en el caso de que se recoja explícitamente la fórmula de revisión en la letra \* del Cuadro resumen del contrato y de conformidad con los criterios, normas y formalidades que establece la legislación vigente.

Cuando la revisión de se aplique sobre períodos de tiempo en los que el contratista hubiese incurrido en mora y sin perjuicio de las penalidades que fueren procedentes, los índices de precios que habrán de ser tenidos en cuenta serán aquellos que hubiesen correspondido a las fechas establecidas en el contrato para la realización de la prestación en plazo, salvo que los correspondientes al período real de ejecución produzcan un coeficiente inferior, en cuyo caso se aplicarán estos últimos.

El pago del importe de la revisión, cuando proceda, se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la LCSP, sin que en ningún caso puedan realizarse con posterioridad a dicha liquidación.

Cláusula 41.<sup>a</sup> Régimen de pago del precio.—El pago del contrato se realizará mensualmente en razón de su ejecución, pero dichos pagos tendrán el carácter de abonos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer, en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden.

Los pagos se harán en virtud de las certificaciones de obra ejecutada que, dentro de los diez primeros días naturales de cada mes, ha de expedir el director facultativo de las obras, recogiendo la obra efectivamente ejecutada en el mes inmediatamente anterior. En cuanto a las operaciones necesarias para librar las certificaciones (medición de las unidades de obra ejecutadas, valoración de éstas y audiencia al contratista), se estará a lo dispuesto en los artículos 147 a 149 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta por las operaciones preparatorias de las obras que realice en la forma, hasta los límites y con la prestación de las garantías previstas en los artículos 155, 156 y 157 del Reglamento citado.

El importe de las certificaciones de obra se abonará en el plazo de 30 días. Si se superase este plazo la Administración deberá abonar al contratista los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Si la demora en el pago superase los cuatro meses, el contratista podrá proceder a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia.

Si la demora de la Administración fuese superior a ocho meses el contratista tendrá derecho a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.

En las certificaciones cuyo importe exceda del previsto en las anualidades que rijan el contrato, los plazos acabados de señalar comenzarán a contarse desde la fecha posterior en la que, con arreglo a las condiciones convenidas y programas de trabajo aprobados, deberían haberse realizado los trabajos recogidos en las certificaciones.

El contratista podrá ceder los derechos de cobro de las certificaciones de obra, debiendo notificarse fehacientemente la cesión a la Administración para que tenga eficacia. Este mismo requisito habrá de observarse en las segundas y sucesivas cesiones.

Una vez que la Administración tenga conocimiento del acuerdo de cesión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario, pero los mandamientos de pago a nombre del contratista o del cedente realizados antes de que la cesión se ponga en conocimiento de la Administración, tendrán efectos liberatorios.

Cláusula 42.<sup>a</sup> Cumplimiento del contrato y recepción de las obras.—El cumplimiento del contrato se producirá cuando el contratista haya realizado las obras objeto del mismo tal y como están definidas en el proyecto citado en la cláusula 2.<sup>a</sup> de este pliego.

La constatación del cumplimiento se producirá cuando la Administración contratante reciba las obras levantándose acta de ello. El contratista deberá comunicar a la dirección de la obra la fecha prevista para la terminación de las obras con, al menos, 45 días hábiles de antelación. La recepción se fijará por el órgano de contratación para dentro del mes siguiente a esa fecha, de acuerdo con el informe que ha de elevarle el director facultativo conforme al artículo 163 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Al acto de recepción deberán concurrir un facultativo designado por la Administración representante de esta, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista. Podrán concurrir un facultativo designado por el contratista para que le asista y la Intervención si lo estima oportuno, para el ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión, para lo cual deberá ser informada de la fecha prevista para la recepción con una antelación de, al menos, veinte días hábiles naturales.

Si las obras están en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de esta, las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía. Cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas se hará constar así en el acta y su director señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas, fijando un plazo para remediar aquéllos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato.

Las obras objeto de este contrato no son susceptibles de ser recibidas parcialmente<sup>128</sup>.

Realizada la recepción de las obras el órgano de contratación aprobará en el plazo de tres meses<sup>129</sup> la certificación final de obras ejecutadas, que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato.

Si concurrieren razones excepcionales de interés público, que deberán quedar debidamente acreditadas en el expediente, el órgano de contratación, mediante resolución motivada, podrá acordar la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público sin el cumplimiento del acto formal de recepción. En este caso, desde el momento de la ocupación se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras<sup>130</sup>.

Cláusula 43.<sup>a</sup> Plazo de garantía y responsabilidad por vicios ocultos.—El plazo de garantía de las obras será de ..... años<sup>131</sup> a contar desde la recepción. Durante este plazo el contratista estará obligado a la conservación de las obras, de acuerdo con lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas y según las instrucciones que reciba de la dirección de las obras, respondiendo de los daños o deterioros que puedan producirse durante el referido plazo. Si descuidase la conservación y diere lugar a que peligre la obra se ejecutarán por la Administración y a costa del contratista los trabajos necesarios para evitar el daño.

Dentro de los quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo redactará un informe sobre el estado de las obras. Si éste fuera favorable, el contratista quedará relevado de toda responsabilidad, salvo lo previsto para el caso de vicios ocultos, procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes, que deberá efectuarse en el plazo de sesenta días<sup>132</sup>.

Si el informe no fuera favorable y los defectos observados se debiesen a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido, durante el plazo de garantía el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construido, concediéndole un plazo para ello durante el cual continuará encargado de la conservación de las obras, sin derecho a percibir cantidad alguna por ampliación del plazo de garantía.

El contratista responderá por los daños y perjuicios que se manifiesten en la obra después de la expiración del plazo de garantía, cuando se debieren a vicios ocultos de la construcción a causa de incumplimientos del contrato por su parte. El plazo durante el que el contratista responderá por estos daños será de quince años a contar desde la recepción.

Cláusula 44.<sup>a</sup> Cesión del contrato.—Los derechos y obligaciones del adjudicatario dimanantes del contrato regulado en el presente pliego podrán ser cedidos<sup>133</sup>, una vez ejecutado el 20% de su importe<sup>134</sup>, a terceros que reúnan las condiciones de capacidad y solvencia (clasificación) necesarias para celebrar este contrato.

La Administración deberá autorizar previa y expresamente la cesión<sup>135</sup>, siempre que de la misma no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado, procediéndose a la cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que se halle formalmente constituida la del cesionario.

La cesión se formalizará entre adjudicatario y cesionario en escritura pública y, una vez efectuada, el cesionario se subrogará automáticamente en todos los derechos y obligaciones del cedente.

Cláusula 45.<sup>a</sup> Subcontratación<sup>136</sup>.—El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la obra<sup>137</sup>.

Aunque se celebren uno o más subcontratos el único obligado y responsable frente a la Administración de la total y puntual ejecución del contrato con arreglo a lo dispuesto en las cláusulas 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de este pliego es el contratista principal, adjudicatario del contrato regulado en este pliego, sin que esa responsabilidad exclusiva quede alterada por las comunicaciones que el contratista realice a la Administración en cuanto a la celebración de los subcontratos ni por las autorizaciones para subcontratar que ésta otorgue.

Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal y éste frente a ellos, no teniendo la Administración obligación alguna respecto a los subcontratistas.

Los licitadores que deseen subcontratar parte de la prestación objeto de este contrato deberán indicar<sup>138</sup> en su oferta qué parte o partes del contrato tienen previsto subcontratar, con expresión de su importe y del nombre o el perfil empresarial de los subcontratistas, el cual se definirá por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica. Si la oferta del licitador se refiriese a partes de la prestación que no pueden subcontratarse, o a empresarios que no reúnen las características de solvencia que más abajo se determinan, no se admitirá la oferta en la parte relativa a la subcontratación en lo que vulnere los requisitos acabados de expresar, aunque se admitirá el resto de la oferta del licitador. Si el licitador retirare su oferta por declararse inadmisibles la subcontratación propuesta será responsable de los daños y perjuicios que causen esta retirada.

Para poder celebrar el subcontrato, el contratista deberá comunicar por escrito al órgano de contratación su intención en tal sentido, señalando la parte de la prestación que pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando que éste no se halla inhabilitado para contratar ni está comprendido en ninguno de los supuestos del artículo 71 de la LCSP, y que goza de suficiente aptitud para ejecutar dicha parte de la prestación, por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, para lo que bastará acreditar que el subcontratado está clasificado para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación<sup>139</sup>. No podrán fraccionarse los subcontratos con la finalidad de disminuir los requisitos de solvencia de los subcontratistas. La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

Si el contratista pretende subcontratar partes del contrato que no ha indicado en su oferta o con empresarios diferentes o con perfil empresarial distinto<sup>140</sup> habrá de esperar veinte días desde la comunicación a la Administración, señalada en el párrafo anterior para celebrar estos subcontratos, salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, y siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición<sup>141</sup> a la celebración del subcontrato, decisión esta que será inmediatamente ejecutiva. Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

Al tener este contrato el carácter de secreto o reservado, para poder celebrar el subcontrato el contratista deberá comunicar por escrito al órgano de contratación su intención en tal sentido, señalando la parte de la prestación que pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando que éste no se halla inhabilitado para contratar ni está comprendido en ninguno de los supuestos del artículo 71 de la LCSP, y que goza de suficiente aptitud para ejecutar dicha parte de la prestación, por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, para lo que bastará acreditar que el subcontratado está clasificado para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación. No podrán fraccionarse los subcontratos con la finalidad de disminuir los requisitos de solvencia de los subcontratistas. Tanto si las partes de la prestación que pretenden subcontratarse y los empresarios fueron indicados en la oferta como si no, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación, no pudiendo obviarse este requisito, ni aun cuando la celebración del subcontrato fuera necesaria para atender a una situación de emergencia o que exigiera la adopción de medidas urgentes<sup>142</sup>.

Se impondrán penalidades al contratista que vulnerase las siguientes obligaciones:

- a) Comunicar anticipadamente a la Administración la subcontratación que se pretende efectuar y esperar 20 días para celebrar el subcontrato en caso de que éste hubiera sido indicado en la oferta.
- b) Acreditar la aptitud del subcontratista.
- c) Acreditar la concurrencia de la situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes.
- d) Abstenerse de celebrar subcontratos respecto a partes de la prestación que en este pliego se hubieran declarado no susceptibles de subcontratación o con empresarios que no tuviesen la aptitud y solvencia necesarias.
- e) Abstenerse de celebrar subcontratos sin autorización de la Administración en caso de que el contrato haya sido declarado secreto o análogo.

Cuando se hubiere infringido la obligación señalada en el apartado a) la sanción será del .....% del importe del subcontrato. Se considerará incluida en la infracción descrita en el apartado a) el que la comunicación sea incompleta, no refiriéndose a las partes a subcontratar, no identificando al empresario o no acreditando su aptitud para contratar.

El incumplimiento de las restantes obligaciones se sancionará con la imposición de una penalidad del .....% del importe del subcontrato. La acreditación de la aptitud del subcontratista con posterioridad a la comunicación que debió realizarse a la Administración de la intención de subcontratar será constitutiva de la vulneración descrita en el

apartado a), reservándose el b) a los casos en que el contratista no acreditase tal aptitud a requerimiento expreso del órgano de contratación<sup>143</sup>.

Las penalidades serán impuestas por el órgano de contratación mediante resolución motivada, adoptada a propuesta del responsable del contrato. El acuerdo de imposición de las penalidades será inmediatamente ejecutivo, y éstas se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista, o sobre la garantía definitiva, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones.

La celebración de un subcontrato sin autorización expresa, siendo ésta exigible o sobre partes de la prestación respecto de las que se haya prohibido la subcontratación por este pliego, o con empresarios que no reúnan los requisitos de aptitud y solvencia necesarios serán consideradas causas de resolución del contrato conforme a lo previsto en el apartado f) del artículo 211 de la LCSP. El órgano de contratación deberá declarar de oficio la resolución del contrato basada en esta causa cuando la ejecución del contrato por parte del subcontratista cause perjuicios a los intereses de la Administración<sup>144</sup>.

La resolución del contrato es plenamente compatible con la imposición de las penalidades establecidas en esta cláusula.

Obligaciones con terceros del contratista que celebre algún subcontrato. El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.5 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo Texto Refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Asimismo, el contratista estará obligado al cumplimiento de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP respecto a los subcontratistas y suministradores.

La subcontratación del contrato regulado en este pliego queda sometida a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, conforme a lo establecido en su disposición adicional segunda. La ampliación excepcional de la cadena de subcontratación por la existencia de casos fortuitos a que se refiere el artículo 5.3 de la Ley 32/2006 deberá ser aprobada previamente por el director facultativo de la obra.

Cláusula 46.<sup>a</sup> Resolución del contrato.–El contrato se resolverá por las siguientes causas:

- Las previstas en el artículo 211 de la LCSP.
- La demora en la comprobación del replanteo, regulado en el artículo 237 de la LCSP.
- La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses por parte de la Administración.
- El desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración.
- La concurrencia de cualquiera de los supuestos de sucesión del contratista previstos en el artículo 98 de la LCSP, cuando la entidad a la que se atribuya el contrato no pudiese subrogarse en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo por no reunir las condiciones de solvencia necesarias. En caso de proceder esta causa de resolución se considerará como resolución culpable del adjudicatario.

Aplicación de las causas de resolución. La resolución de este contrato deberá ser siempre declarada por el órgano de contratación. El adjudicatario podrá instar dicha declaración cuando no le sea imputable la causa de resolución, pero el incumplimiento por la Administración de sus obligaciones contractuales sólo dará lugar a la resolución en los casos previstos en la Ley.

La declaración de insolvencia del adjudicatario en cualquier procedimiento dará lugar siempre a la resolución del contrato, estando obligada la Administración a declararla aun sin ser instada por el contratista, sin embargo si el procedimiento en el que se declaró la insolvencia fuera el concurso, la Administración podrá determinar que se continúe ejecutando el contrato si el contratista prestare garantías suficientes, pero debiendo declararse obligatoriamente la resolución del contrato cuando en el concurso se declare la apertura de la fase de liquidación.

Fuera del supuesto de insolvencia del adjudicatario las causas de resolución no actuarán de manera automática, sino que su declaración deberá ser instada por la parte a la que no sea imputable la causa.

Si la causa de resolución fuere la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista persona física, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores.

Sólo procederá la resolución por mutuo acuerdo de este contrato cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista.

Efectos de las causas de resolución. Si el presente contrato fuere resuelto por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas. En caso de que la causa de resolución sea imputable a alguna de las partes, ésta deberá indemnizar a la otra los daños y perjuicios ocasionados.

Cuando el contratista debiere indemnizar a la Administración, la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

Cuando la causa de resolución fuere la imposibilidad de modificar el contrato y la ejecución de este contrato en los términos inicialmente pactados o bien resultase a su vez imposible o bien dicha ejecución implicase una posibilidad cierta de provocar una lesión grave para el interés público [artículo 211.g) de la LCSP] el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3% del importe de las obras dejadas de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205. Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por esta causa podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos. Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles.

Si la causa de resolución fuere la demora en la comprobación del replanteo el contratista sólo tendrá derecho a una indemnización equivalente al 2% del precio de la adjudicación.

Cuando la causa de resolución fuere la suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses, el contratista tendrá derecho a percibir por todos los conceptos una indemnización del 3% del precio de adjudicación.

Si la ejecución de las obras hubiere comenzado cuando se decreta la resolución del contrato, deberán comprobarse, medirse y liquidarse las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, a lo que se añadirá el 6% del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial (salvo en el caso de que la causa de resolución fuera la imposibilidad de modificar el contrato, en cuyo caso la indemnización será del 3% según lo señalado más arriba<sup>145</sup>), entendiéndose por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones y las que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran ejecutado. El contratista será citado para su asistencia al acto de comprobación y medición.

Sin perjuicio de lo previsto en cuanto a la obligación del contratista de adoptar las medidas citadas más arriba en el caso de que la causa de resolución fuera la imposibilidad de modificar el contrato, si el contrato se resolviera por cualquier otra causa y las obras debieren ser continuadas por otro empresario o por la propia Administración, con carácter de urgencia, por motivos de seguridad o para evitar la ruina de lo construido, el órgano de contratación, una vez que haya notificado al contratista la liquidación de las ejecutadas, podrá acordar su continuación, sin perjuicio de que el contratista pueda impugnar la valoración efectuada ante el propio órgano. El órgano de contratación resolverá lo que proceda en el plazo de quince días hábiles.

Cláusula 47.<sup>a</sup> Prerrogativas de la Administración.–El órgano de contratación ostenta las siguientes prerrogativas respecto al contrato regido por este pliego:

- Interpretarlo.
- Resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.
- Modificarlo por razones de interés público.
- Declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato.
- Suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta, con sujeción a la normativa aplicable.



Los acuerdos que a este respecto dicte serán inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio del derecho del contratista a su impugnación ante la Jurisdicción competente.

Cláusula 48.<sup>a</sup> Jurisdicción y recursos.—Los actos dictados por el órgano de contratación, una vez se haya agotado la vía administrativa, serán impugnables ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

1. Se utiliza el término «regir» porque los pliegos de cláusulas administrativas particulares no regulan solamente la adjudicación del contrato, aunque sea su función principal, sino también su ejecución, y el término «regir» es el que utiliza precisamente el artículo 116.3 de la LCSP al exigir la incorporación al expediente de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

La expresión «se tomarán en consideración» referida a los criterios de adjudicación es la que utiliza los artículos 146.3 de la LCSP.

2. El artículo 122 de la LCSP establece la necesidad de aprobar con anterioridad a la licitación del contrato el pliego de cláusulas administrativas particulares, el cual incluye aquellos pactos y condiciones definitorias de los derechos y obligaciones que asumen las partes en el contrato, constituyendo el pliego la «ley del contrato», por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto de su cumplimiento, teniendo en cuenta que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento y efectos de los contratos administrativos es norma básica lo establecido en los pliegos (STS de 25 de mayo de 1999 y 19 de marzo de 2001 entre otras muchas) y así lo determina la LCSP pues, tras señalar en el artículo 188 que los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el apartado 2 del artículo 25 y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares, añade, en el importante artículo 189 bajo la rúbrica de «Vinculación al contenido contractual» que «(l)os contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas...» y estas cláusulas son evidentemente las del pliego de cláusulas administrativas particulares. Asimismo, debe señalarse que es reiterada jurisprudencia que constituye principio cardinal de la contratación pública la indisponibilidad del contrato por una de las partes, una vez perfeccionado (STS de 10 de marzo de 1999).

Por ello no cabe la modificación ulterior de las cláusulas de un pliego, toda vez que la alteración de éstas supone una vulneración del principio de igualdad postulado tanto en el Derecho comunitario (artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE) como en el Derecho interno (artículo 1 de la LCSP), al verse otros posibles licitadores privados de participar en la licitación en las nuevas condiciones (Informe 6/2009, de 15 de junio, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía). El artículo 122.1 de la LCSP introduce como novedad en esta cuestión la mención de que los pliegos, una vez aprobados, «solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones». Todo ello sin perjuicio de que, conforme al artículo 190 de la LCSP, el órgano de contratación, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley, ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezcan su cumplimiento, modificarlos por razón de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

3. Aquí debe ponerse el título del proyecto de obras, que deberá incluir el tipo de obra a que se refiere aunque sea de forma genérica, por referencia a los grupos recogidos en el artículo 232.1 de la LCSP, es decir, 1) obras de primer establecimiento, reforma, restauración, rehabilitación o gran reparación, 2) obras de reparación simple, 3) obras de conservación y mantenimiento y 4) obras de demolición.

4. La regla general es que sea el órgano de contratación el que apruebe el proyecto de obras, aunque el artículo 231.1 de la LCSP prevé que una norma haya atribuido dicha competencia, de forma expresa, a otro órgano. Debe señalarse la fecha de la resolución de aprobación del proyecto. Por supuesto este formulario no se refiere a aquellos supuestos en los que se contrata conjuntamente la redacción del proyecto y la ejecución de la obra.

5. El replanteo del proyecto es un requisito necesario para la licitación del contrato (artículo 236.1 de la LCSP), por ello el que se haga constar la fecha del acta de replanteo previo en el pliego de cláusulas administrativas particulares es una garantía de la existencia de ese acto, e impide que el pliego de cláusulas administrativas particulares se redacte sin tener conocimiento del proyecto, lo que podría afectar a la corrección del contenido del pliego. En caso de que exista una solución constructiva alternativa destinada a una posible modificación prevista del contrato, según se expone más abajo, el replanteo deberá extenderse a ella.

6. La nomenclatura CPV está regulada por el Reglamento (CE) núm. 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) núm. 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV).

7. El hecho de que la división de la prestación dificultaría la correcta ejecución ha de constar debidamente acreditado en el expediente, lo que en un contrato de obras no debería presentar una especial dificultad.

8. Desde que se produjo la modificación de la LCSP07 por la LES se permite la modificación de los contratos sin la existencia de una causa sobrevenida, cuando dicha modificación haya sido prevista en la documentación que rija la licitación.

Las prohibiciones y restricciones que han venido informando la legislación contractual pública en cuanto a la modificación de los contratos, se inspiran en el posible fraude a los principios de concurrencia y objetividad en que ha de basarse esa contratación, dado que la existencia de un modificado supone que se ha licitado un contrato y se acaba ejecutando otro, normalmente por superior importe y ello en perjuicio de los licitadores distintos del adjudicatario. Por ello si una modificación se halla prevista ya cuando se licita el contrato, las ofertas pueden formularse considerando el posible aumento de importe que puede suponer el modificado y se elimina el perjuicio a los citados principios.

Partiendo de la anterior consideración cabría pensar que si los efectos perniciosos de la modificación de un contrato se evitan estando esta modificación prevista ab initio esa modificación prevista no tendría que tener límites. Sin embargo esto no es exactamente así, las modificaciones previstas están sometidas a una serie de límites derivados del propio concepto legal de modificado, concepto que se deduce del artículo 203 de la LCSP y que permite definir el modificado como aquella novación objetiva de un contrato existente (por existente entendiéndose adjudicado, no formalizado, véase en este sentido la primera nota de la cláusula 39.ª de este pliego), que no consista en el simple aumento de su plazo de ejecución o en la mera actualización de su precio ni en un incremento de su objeto mediante la incorporación de prestaciones susceptibles de contratación independiente, y por tanto las modificaciones previstas no pueden superar esos límites derivados del propio concepto de modificado.

Las modificaciones previstas se regulan esencialmente en los artículos 203 (que en realidad solamente cita su posibilidad pero influye en estos los modificados previstos al ser el precepto que define la naturaleza del modificado y por tanto conforma su contenido), y 204 de la LCSP.

Los requisitos de las modificaciones previstas son:

- que en el PCAP se haya advertido expresamente la posibilidad de modificación;
- que en el PCAP se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca:
  - Los supuestos en que podrá realizarse la modificación.
  - El alcance y límites de las modificaciones, especialmente el porcentaje máximo de la modificación del precio.
  - El procedimiento que haya de seguirse para llevar a cabo la modificación.

El cumplimiento del primer requisito no plantea dificultad, simplemente consiste en enunciar en el pliego que el contrato puede ser modificado, como así se hace en esta Cláusula. Los demás requisitos exigen un estudio más detallado.

El principal problema respecto a la concurrencia del supuesto que origina la modificación, primero de los requisitos, es si éste puede depender exclusivamente de la voluntad de la Administración o ha de ser ajeno a ella. Si se permitiese que simplemente la voluntad de la Administración fuese causa de modificación del contrato, la gestión contractual sería mucho más sencilla (en el pliego el supuesto se definiría simplemente por la concurrencia de la voluntad del órgano de contratación, aunque desde luego se basaría en que hubiese ocurrido algún hecho que motivase esa voluntad, pero esta motivación sería un aspecto interno de la actividad administrativa, y como definición y requisito legal bastaría la voluntad de la Administración, lo que desde luego es una gran ventaja de gestión, como así mismo lo es el hecho de que el procedimiento se iniciaría simplemente con la notificación de la decisión, no debería comprobarse nada más). Y en principio así podría ser, ya que al estar definida la posible modificación y tomarse en consideración su contenido para la licitación del contrato, en nada se perjudicaría a la publicidad y concurrencia, en nada importaría en principio que la modificación dependiese de la mera voluntad de la Administración, pues no se estaría beneficiando al adjudicatario de forma injusta, ya que cualquier licitador sabía que la modificación podía producirse. Además, la discrecionalidad de la Administración no sería total, dado que sólo podría modificarse el contrato en el sentido definido en el pliego, es decir, que no podría realizar cualquier modificación sino una que ya se previó que era conveniente para el interés público. En realidad, la modificación no se realizaría a voluntad de la Administración, sino cuando se produjesen las circunstancias que la hiciesen aconsejable, sólo que al remitirlas formalmente a la voluntad de la Administración la gestión, como se ha dicho antes, sería más sencilla.

Sin embargo, parece que no es posible articular los supuestos de modificación por mera referencia a la voluntad de la Administración por dos motivos. En primer lugar, el artículo 203, párrafo segundo, dice que los supuestos en los que podrá modificarse el contrato deberán definirse con detalle suficiente «por referencia a circunstancias cuya

conurrencia pueda verificarse de forma objetiva» y obviamente establecer como causa de modificación de un contrato la mera voluntad de la Administración permitiría la constatación objetiva de la producción de la causa, pero, también obviamente, no es esto a lo que se refiere el legislador, no habría establecido como requisito la verificación objetiva si la mera voluntad de la Administración fuera una causa válida de modificación del contrato. En segundo lugar, si la modificación depende de la voluntad de la Administración ésta puede o no modificar el contrato según quién sea el adjudicatario, dando lugar a posibles fraudes, sin embargo esto también ocurre igual si se definen las circunstancias objetivamente, pues la decisión de modificar o no un contrato dependerá siempre de la voluntad de la Administración pues aunque la modificación se base en la concurrencia de causas objetivas no existe la obligación de modificar el contrato si éstas concurren, pues toda la regulación de los modificados habla de que la Administración podrá modificar el contrato, no de que deba modificarlo.

En realidad, al licitador, para poder formular su oferta, le importa por supuesto que esté definido y valorado el importe de la modificación posible, pero también le resulta importante saber la probabilidad de que esa modificación se produzca. Es decir, la oferta, sobre todo su componente económico, se ha de basar en la posibilidad de beneficio, que dependerá en la mayoría de los casos del volumen de la prestación, pero también en la probabilidad de beneficio, que dependerá a su vez de la probabilidad de que el volumen de la prestación alcance cierto nivel, es decir, de que se realice en definitiva el modificado previsto. La exigencia de objetividad para que sea procedente el supuesto de modificación sirve para que se pueda calcular la posibilidad de beneficio, pero dado que el modificar o no el contrato sigue dependiendo de la voluntad de la Administración puede decirse que la figura de los modificados previstos lo único que garantiza es que se esté exigiendo una solvencia que, en caso de no modificarse el contrato, sólo habrá servido para restringir la concurrencia (lo que puede hacerse de manera consciente y por tanto fraudulenta) aunque también debe reconocerse que la objetividad de la causa de modificación limita la posible arbitrariedad de la existencia del modificado, pero no la elimina.

Antes de la reforma de la LCSP07 por la LES los modificados eran perniciosos por dos motivos: permitían que adjudicatarios sin solvencia suficiente para licitar un contrato acabasen ejecutándolo y permitía que los licitadores no realizasen las ofertas que hubiesen realizado de conocer el importe total por el que acababa ejecutándose el contrato, dado que éste dependía de la voluntad de la Administración, que, en un caso claro de fraude, podía modificar el contrato o no según quién fuera el adjudicatario. La reforma eliminó el primer problema, pero a costa de exigir una solvencia que puede no ser necesaria, aunque esto ha venido paliado por la actual regulación al limitar los modificados previsto a un 20% del precio inicial, lo que hace que no puedan pedirse solvencias desproporcionadas; en cuanto al segundo problema, no lo elimina, pues que se modifique o no el contrato depende de la de la concurrencia de una causa, como ocurría en la legislación anterior, pero además de la causa, sigue siendo necesaria la voluntad de la Administración (no es obligatorio modificar el contrato aunque surja la causa que lo permite), posibilitándose así el fraude: se puede modificar o no el contrato dependiendo de quién sea el adjudicatario.

La coherencia habría implicado, de lege ferenda, que o bien la modificación dependiese de la Administración (lo que haría la gestión más sencilla y, sin embargo, seguiría existiendo una cierta objetividad en la modificación del contrato por la vía de la definición de los aspectos a modificar), o que la modificación fuese obligatoria cuando se produjese el supuesto previsto. Es decir, que estuviésemos ante una opción o ante una condición, pero estamos ante una figura exótica que no es opción pura, pues depende de la concurrencia de un hecho, pero tampoco es condición, pues depende de la voluntad de una de las partes.

De lege lata hay que definir los supuestos en los que puede modificarse el contrato y hay que definirlos de forma objetiva y puede hacerse de la siguiente manera: un contrato ha de modificarse cuando sea necesario ejecutarlo de manera distinta (vid. artículo 203).<sup>2</sup> último inciso y ello para un modificado previsto sólo puede ocurrir cuando un hecho, también previsto, implique que las necesidades sean otras, por tanto ha de establecerse en el pliego cuáles son las necesidades del contrato (Cláusula 4.ª, artículos 28 y 109 de la LCSP) y cuáles pueden ser, y en virtud de las necesidades posibles han de definirse unas prestaciones eventuales [necesidad del artículo 67.2.b) del Reglamento] y en caso de que cambien las necesidades, se podrá modificar el contrato pasando a deber ejecutarse las prestaciones eventuales. La forma de definir la necesidad debe forzosamente hacerse por referencia al hecho que puede originar su cambio y este hecho ha de definirse de manera objetiva.

Por último, hay que entender que la objetividad del hecho no es óbice para que, al menos parcialmente, dependa de la voluntad de la Administración, por ejemplo, si el hecho es que aumentan las necesidades de la Administración si ésta formaliza un convenio en el que contrae nuevas obligaciones con otra Administración, esta circunstancia sería perfectamente válida como supuesto de modificación de un contrato. Otra solución supondría que el instrumento de los modificados previstos no fuese un eficaz medio de gestión y que prácticamente se transformasen en modificados imprevistos.

En cuanto al segundo requisito, condiciones de la modificación, poniendo en relación el concepto de modificado, expuesto más arriba, con el de modificaciones previstas, éstas solamente pueden referirse al objeto del contrato pero sin implicar una mera prórroga de su plazo (que además no tiene ningún sentido en un contrato de obras, que es un arrendamiento de obras y por tanto un contrato de resultado, cuestión distinta sería una moratoria) ni una revisión del precio (que en realidad no es una modificación) y sin que la variación del objeto en que consista la modificación tenga

por finalidad satisfacer necesidades nuevas no previstas cuando se licitó el contrato (lo que queda vedado por el propio concepto de modificación prevista, pues la mera previsión de la modificación lleva implícita la previsión de la necesidad) ni consista en una prestación independiente. Por tanto, la modificación prevista únicamente puede referirse a la obra contratada en sí misma, mediante su aumento o reducción (en interpretación literal del artículo 203.2 de la LCSP la reducción de la prestación para atender finalidades no previstas no está prohibida, pero resulta conveniente tratarla igual que el aumento para evitar posibles fraudes pues el peligro para la concurrencia que representan los modificados lo son tanto por incremento como por reducción de la prestación), aunque prever una reducción no tendría más consecuencia práctica que obligar al contratista a asumir la reducción sin derecho a indemnización por aplicación del artículo 242.1 de la LCSP, porque la determinación del objeto del contrato a efectos de solvencia y licitación tomaría en consideración el objeto sin la reducción prevista, por aplicación del artículo 101.

Pues bien, si las modificaciones previstas únicamente pueden referirse a la obra objeto del contrato y ésta se haya definida en el proyecto de obras, las modificaciones previstas tienen que definirse por referencia al proyecto de obras de la siguiente manera: en el proyecto deberá constar no sólo la solución constructiva adoptada, sino también la solución que deberá realizarse en caso de ampliación (o reducción) de la necesidad a satisfacer mediante la realización de la obra, debiendo incluirse necesariamente el importe máximo de aumento (o de disminución) del valor del proyecto (además debe establecerse hasta qué momento puede modificarse el contrato, pues en una obra, dependiendo del tipo de modificación, ésta no podrá realizarse en cualquier momento). La solución alternativa ha de ser objeto de replanteo previo simultáneo al de la solución inicial (licitar un contrato con un posible modificado que no se sabe si puede ejecutarse sería una deficiente gestión) y la posesión de los terrenos para ejecutarla ha de certificarse antes de dictarse la resolución aprobatoria del modificado.

9. No es preciso que el procedimiento de modificación a que se refiere el artículo 204.1.b) sea muy complejo, pues nos encontramos ante un acto de contenido tasado y de obligado cumplimiento para el adjudicatario, conforme al artículo 242.1 de la LCSP, aun cuando resulta conveniente concederle audiencia al efecto de evitar posibles errores.

El artículo 203.3 de la LCSP, aplicable tanto a los modificados previstos como a los imprevistos, establece que las modificaciones de los contratos deberán formalizarse «conforme a lo dispuesto en el artículo 153», lo que exige una labor interpretativa, pues el precepto citado se refiere a la formalización de los contratos y su regulación no es aplicable a los modificados por lo que pasa a exponerse.

En primer lugar, los párrafos 4 y 5 del artículo 153 establecen los efectos de la no formalización de un contrato y la formalización de un modificado tiene carácter obligatorio y la negativa por parte del contratista a realizarla supondría un incumplimiento del contrato, procediendo la aplicación de las normas de incumplimiento contractual.

En segundo lugar los plazos para formalizar los contratos establecidos en el artículo 153.3 no resultan aplicables a la formalización de los modificados, pues esos plazos están previstos para facilitar la interposición de un recurso contra la adjudicación de los contratos, que además en caso de ser el especial implica su suspensión y esto no ocurre así en el caso de las modificaciones, en las cuales no existe acto de adjudicación en sí, ni hay suspensión automática de la modificación aunque se recurra. Además de que por pura lógica esperar tales plazos sería contraria a la ejecución de un contrato que está en marcha.

Por último, la inaplicabilidad directa de la regulación contenida en el artículo 153 de la LCSP resulta palmaria porque el artículo 203.3 establece también la aplicación de los artículos 207 y 63 que para lo que ahora interesa determinan la publicación en el perfil del contratante de la modificación en un plazo de 5 días desde su aprobación. Es decir no se publica la adjudicación, que no existe, y no existe es precisa la formalización para la publicación.

Por tanto, la remisión al artículo 153 ha de entenderse hecha solamente a su párrafo 1, lo que implica dos problemas: cuál es el plazo de formalización y qué acto perfecciona el modificado.

Lo cierto es que el modificado no es en sí un contrato, es un acto unilateral del órgano de contratación dentro de sus potestades y no es precisa la aceptación por el contratista. La obligación legal de que los modificados se formalicen es relativamente reciente en nuestro ordenamiento y responde a una solicitud doctrinal de que los modificados pudiesen ser conocidos por interesados en su impugnación (ordinariamente licitadores cuyas ofertas no fueron la elegida) y esa exigencia se habría logrado simplemente con la publicidad. La LCSP, en contra de lo que es propio en el ordenamiento jurídico español pero por exigencia del Derecho europeo, hace que los contratos se perfeccionan por la formalización y se exige la formalización de los modificados podría pensarse que es la formalización la que perfecciona la modificación de un contrato, pero según todo que acaba de exponerse los modificados se perfeccionan por la notificación de la modificación.

En cuanto al plazo de formalización guarda silencio la Ley y dado que no son aplicables, según lo argumentado, los plazos del artículo 153 y que debe publicarse en el perfil la modificación en el plazo de 5 días, en este pliego se propone ese plazo para la formalización.

10. El orden de fuentes del contrato se obtiene de la combinación de los artículos 25.2 y 188 de la LCSP. En la Administración del Estado deberá incluirse en esta prelación de fuentes, inmediatamente después del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Real Decreto 817/2009, e inmediatamente antes de las normas de derecho administrativo, el Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, y en las demás Administraciones los pliegos generales equivalentes si existieren, pudiendo incluirse el del Estado si se estima oportuno, por su naturaleza supletoria.

La normativa no nos dice de forma general qué partes del proyecto de obras tienen carácter contractual, sino que ésta es una determinación que debe hacer el pliego de cláusulas administrativas según establece el artículo 67.3.a) del Reglamento del TRLCAP, aunque existen dos documentos que tienen siempre carácter contractual: el pliego de prescripciones técnicas, ya que el artículo 188 de la LCSP dice que rige el contrato, y la memoria del proyecto en todo lo referente a la descripción de los materiales básicos o elementales que forman parte de las unidades de obra, según el artículo 129 del Reglamento. Debe por tanto valorarse a qué documentos de los enumerados en el artículo 233 de la LCSP quiere dárseles valor contractual.

Si la Administración contratante fuere autonómica y se hubieren dictado normas legales o reglamentarias en el ámbito de la Comunidad Autónoma en las materias objeto de la LCSP en las que las Comunidades Autónomas pueden legislar (bien por existir habilitación expresa en los preceptos del LCSP que así lo prevén o bien por tratarse de preceptos que no tengan naturaleza básica conforme a lo establecido en la disposición final primera de la LCSP en la interpretación dada a la misma por la STC) deberán incluirse dichas normas en la prelación de fuentes establecida en esta cláusula en el lugar correspondiente, según su rango legal o reglamentario.

Lo mismo cabe decir en los contratos de una Administración Local, si la Comunidad Autónoma hubiese legislado en materia de régimen local respecto a aspectos contractuales distintos de los previstos en las disposiciones adicionales segunda y tercera de la LCSP, que tienen carácter de básicas.

11. Este apartado sólo se incluirá si se produce el hecho que relata, permitido por el artículo 122.6 de la LCSP.

12. El artículo 67.2.b) del Reglamento del TRLCAP establece que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben constar las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato. La necesidad a la que se refiere es la regulada en los artículos 28.1 y 116.1 de la LCSP y no debe confundirse con la necesidad a la que se refiere el artículo 233.1.a) del mismo texto legal al regular la memoria del proyecto de obras; ésta es la necesidad que pretende satisfacerse mediante la realización de la obra concreta proyectada.

13. Es difícil en un formulario de carácter general como éste definir los hechos que podrían generar un cambio de las necesidades públicas que podrían satisfacerse mediante la modificación prevista del contrato, aunque caben varios ejemplos: la asunción de nuevas competencias por la Administración contratante, la celebración de un convenio o un tratado internacional, etc. Cabe plantearse si la modificación prevista del contrato ha de basarse en la modificación de la necesidad pública en sentido estricto, como menester que tiene la Administración de atender una obligación, o puede definirse en sentido más amplio como englobadora de la posibilidad de realizar una actividad, es decir, si cabe definir la necesidad en el sentido de que, por ejemplo, un aumento de disponibilidad de financiación de la Administración contratante, lo que no es literalmente un incremento de necesidad sino de posibilidad, permitiera la modificación del contrato; nos inclinamos personalmente por esta opción.

14. En caso de que el órgano actúe por delegación se indicará expresamente, señalando la publicación de dicha delegación.

15. Las facultades del responsable del contrato como tal se recogen en el artículo 62 de la LCSP. No existe impedimento alguno para que pueda ser designado con posterioridad.

16. Aun cuando lo único que vincula a las partes es el presupuesto base de licitación y no el valor estimado, es conveniente que este conste en el pliego pues es la magnitud que determina ciertas cuestiones como la publicidad, el nivel de solvencia exigible etc. El presupuesto base de licitación es un extremo de obligada consignación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares según se desprende del artículo 100.2 de la LCSP, excluyéndose solamente el supuesto del apartado a) del párrafo 3 del artículo 145 que se refiere a «(a) aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los candidatos o licitadores».

17. El presupuesto base de licitación debe partir del valor estimado, pero solamente se incluirán aquellas partidas que con seguridad deberán abonarse en el curso normal de la ejecución del contrato, no recogiendo en el presupuesto por tanto el valor de las eventuales opciones, prórrogas o modificaciones. Por ello tampoco será necesario contar con crédito para dichas eventualidades en el momento de aprobar el expediente y comenzar el procedimiento de adjudicación del contrato, pero sí evidentemente cuando se ejercite la opción o se acuerde la prórroga o el modificación. Si se tratase de un contrato en el que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes, sin

que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración, deberá aprobarse un presupuesto máximo y si dentro de la vigencia del contrato, las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación (DA 33 de la LCSP).

18. La referencia a la distribución en anualidades solamente se incluirá cuando se haya establecido dicha distribución.

19. La mención al IVA debe sustituirse por una al IGIC o al IPSI cuando proceda, según lo establece la disposición adicional decimotercera de la LCSP.

20. Una opción frecuente, de carácter potestativo, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de suministro, es considerar la baja que pueda obtenerse en la adjudicación para la ampliación del suministro a un mayor número de unidades de los bienes objeto del contrato, sin que pueda en ningún caso sobrepasarse el importe del presupuesto base de licitación.

21. Esta cláusula sólo se incluirá en el caso de que la ejecución del contrato deba iniciarse en el ejercicio siguiente al de la adjudicación.

22. Esta cláusula sólo se incluirá en el caso de que el contrato deba ejecutarse también en años posteriores al de la adjudicación.

23. Este párrafo deberá incluirse si el contrato se financia con fondos europeos.

24. Este párrafo sólo se incluirá en el supuesto de tramitación de urgencia, en cuyo caso no deberá incluirse el párrafo anterior. La tramitación de urgencia exige que se dicte por el órgano de contratación una resolución declarándola, debiendo motivarse dicha resolución con referencia concreta a hechos acreditados que demuestren la existencia de una necesidad inaplazable para adjudicar el contrato o, cuando menos, razones de interés público para acelerar dicha adjudicación.

25. Este plazo se fijará según lo previsto en el artículo 156.3).b) si el contrato estuviera sujeto a regulación armonizada. En caso de no estar sujeto no se incluirá este párrafo.

26. Este párrafo sólo se incluirá si el contrato estuviera sujeto a regulación armonizada.

27. La regulación de la adjudicación de los contratos en el TRLCSP determinaba que los mismos debían adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa y en la regulación de la LCSP17 ocurre lo mismo, aunque por la dicción del primer inciso del artículo 145.1 pidiera pensarse que el sistema ha cambiado, pues este artículo dice que la adjudicación ha de hacerse con base en (sic en base a) la mejor relación calidad-precio, pero el cambio es meramente terminológico por las razones que pasan a exponerse.

El párrafo 1 del artículo 1 de la LCSP dice que el objeto y finalidad de la Ley es, entre otros, asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa. En segundo lugar no hay contradicción entre los preceptos, pues la oferta económicamente más ventajosa es precisamente la que presenta mejor relación calidad-precio. Es decir el artículo 145.1 de la LCSP solamente está señalando cómo se halla la oferta más ventajosa.

28. De la dicción literal del primer inciso del artículo 145.1 de la LCSP cabría deducir que en toda licitación debe utilizarse una pluralidad de criterios pero no es cierto, pues el párrafo 3 del mismo artículo dice en qué contratos procederá la aplicación de más de un criterio de adjudicación, por lo que a sensu contrario en los demás podrá utilizarse un solo criterio. El argumento resulta complementado porque el artículo 146.1 se refiere a «cuando solo se utilice un criterio de adjudicación» y el párrafo 3 se refiere a que deben ponderarse en el pliego los criterios de adjudicación, salvo «cuando se tome en consideración el precio exclusivamente».

29. La designación de los miembros de la Mesa de contratación podrá hacerse con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de contratos (artículo 21.4 del Real Decreto 817/2009); en este último caso un lugar idóneo es el pliego de cláusulas administrativas particulares. Los artículos 21 y 22 del Real Decreto 817/2009 han venido a regular con carácter general la composición y las funciones de las Mesas de contratación.

El nombramiento de sustitutos nominatim asegura un más eficaz funcionamiento del órgano. Debe recordarse que si la designación de los miembros de la Mesa es permanente o se le atribuyen funciones para una pluralidad de contratos, su composición deberá publicarse en el Boletín Oficial correspondiente.

Por último, conviene traer a colación la conclusión del Informe 49/08, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, según la cual el personal eventual a que se refiere el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público no puede integrarse como miembro de la Mesa de contratación en las Corporaciones locales, pero sí puede asesorarlas mediante la emisión de los informes técnicos que éstas consideren oportunos, conforme a lo dispuesto en el artículo 151.1 del TRLCSP.

30. Recuérdese que el origen, domicilio o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público, del mismo modo que no pueden ser utilizados estos parámetros como criterio de valoración para la adjudicación del contrato. Esta conclusión es la única acorde con el sentido de las sucesivas Directivas comunitarias que en materia de contratación han aprobado los órganos de la Unión Europea, en línea con la necesidad del establecimiento de un mercado único como base y pilar de la contratación pública, la libertad de acceso a la contratación para todas las empresas de los Estados miembros y, en consecuencia, la no discriminación por razón del origen entre ellas (véanse los artículos 132 y 145 de la LCSP).

31. Un tema debatido en la práctica es el relativo a si las sociedades civiles pueden ser contratistas. Como se trata de sociedades de naturaleza civil, habrá que atenderse a lo que dispone el Código Civil para determinar si estas sociedades tienen o no personalidad jurídica. A este respecto, debe traerse a colación, en primer lugar, el artículo 35 del Código Civil con arreglo al cual «son personas jurídicas: (...) las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales a las que la ley conceda personalidad jurídica propia, independiente de la de cada uno de los asociados».

Ello nos lleva a los preceptos del Código que regulan el contrato de sociedad para determinar si éste les atribuye o no personalidad jurídica. A tal respecto interesa de modo especial el contenido del artículo 1669 del citado texto legal a cuyo tenor «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros».

Puesto que la norma niega la personalidad jurídica a la sociedad cuyos pactos se mantengan secretos, se puede entender a sensu contrario que cuando los pactos entre los socios se hagan públicos tendrán las sociedades personalidad jurídica independiente de la de cada uno de sus socios y, por ende, podrán contratar con las Administraciones Públicas. En idéntico sentido, el Informe 55/08, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

32. No es objetivo de este formulario agotar las explicaciones doctrinales y prácticas de todas las causas de prohibición previstas en la LCSP. Ahora bien, existe una circunstancia prohibitiva que ha concitado no pocas dudas interpretativas. Nos referimos al artículo 71.1.g) de la LCSP que extiende la prohibición para contratar a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración pública, así como los cargos electos al servicio de ellas. La cuestión crítica se refiere esencialmente a si la incompatibilidad se refiere a cualquier participación o si por el contrario cuando ésta no supere un determinado límite no debe ser tenida en cuenta a los efectos aludidos.

Una interpretación literalista del precepto, por otra parte de redacción mejorable, llevaría a privar a muchas empresas de la posibilidad de participar en licitaciones públicas, en tanto en cuanto un cargo electo dispusiera de una participación insignificante en el capital social de cualquier empresa española con interés en la licitación. Si bien existen límites en las normas de personal al servicio de las Administraciones Públicas y de los altos cargos (10%), no cabe decir lo mismo de los cargos electos.

Para no incurrir en una intelección de norma desacertada, parece oportuno recurrir en este caso a la aplicación del artículo 4.1 del Código Civil, a partir del cual «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

Así las cosas, para que la participación de los cargos electos en el capital de las personas jurídicas que contraten con las Administraciones de las que forman parte sea relevante a la hora de determinar esta prohibición, entendemos que debe ser preciso que supere el límite establecido para el personal al servicio de las Administraciones Públicas y de los Altos Cargos del Gobierno de la Nación (Informe 6/10, de 23 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado).

33. En este párrafo se exigirá la acreditación de la solvencia o la clasificación según proceda.

34. Los órganos consultivos en materia de contratación se han pronunciado en varias ocasiones sobre cómo debe determinarse la relación entre el objeto social de las empresas y el objeto del contrato a licitar, y sobre si cabe una interpretación extensiva del contenido de los epígrafes del Impuesto de Actividades Económicas en relación con el objeto del contrato a licitar (Informe 8/2005, de la Junta Consultiva de la Generalidad de Cataluña o Informe 11/08, de la Junta Consultiva del Gobierno de las Islas Baleares). Más recientemente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias se ha pronunciado en relación con este extremo (Informe 4/2010), en el

sentido de que las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios, sin que sea necesaria la coincidencia literal de los términos en que estén descritas las actividades que integran el objeto social y las prestaciones que integran el objeto del contrato. Así pues, la comprobación de la correspondencia entre el contenido de las actividades en las que una empresa se encuentra en alta en el IAE, y el contenido de las prestaciones que integran el objeto de un contrato a licitar, ha de realizarse teniendo en cuenta si las actividades de que se trate tienen o no encaje en los fines, objeto o ámbito de actividad de la empresa, sin que sea necesaria la coincidencia literal de los términos en que estén descritas las actividades que integran los epígrafes del IAE y las prestaciones que integran el objeto del contrato.

35. En este párrafo se exige el requisito recogido en el artículo 65.2 de la LCSP con carácter general y en el 67.2 del mismo texto legal con carácter específico para los licitadores comunitarios, dado que hay que entender identificables las expresiones «habilitación empresarial y profesional» y «autorización especial o pertenencia a una determinada organización».

36. Este párrafo sólo se incluirá si concurre alguna de las circunstancias que se expresan, lo que deberá motivarse adecuadamente. Téngase en cuenta que a este respecto la legislación ha sufrido un importante cambio, pues en el TRLCSP la regla general era que quien había participado en la preparación del contrato no pudiese licitarlo y ahora la regla general, artículo 70.1 de la LCSP, es la contraria: que sí pueda participar arbitrándose las medidas oportunas para que su participación no falsee la competencia e impidiéndole licitar solamente cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

Nótese que el precepto no se refiere a personas físicas o jurídicas sino a empresas, pero el término empresa en materia de capacidad para contratar con el sector público no hay que entenderlo en el sentido estricto de que los licitadores deban ser comerciantes inscritos en el Registro Mercantil, sino que en principio cualquier persona puede ser licitador; en este sentido véase el Informe 3/96, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. La inclusión en esta prohibición de los no empresarios permite evitar que exista un vacío respecto de las personas físicas, en quienes precisamente es más común que pueda darse la circunstancia que trata de evitar el artículo 70.1 de la LCSP.

37. La LCSP establece en los artículos 87 a 91 los medios para acreditar la solvencia (para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada el órgano de contratación podrá admitir de forma justificada otros medios de prueba) sin embargo no determina qué criterios han de aplicarse sobre dichos medios para alcanzar el mínimo que permita licitar el contrato, sino que esto ha de realizarlo el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Lo cierto es que los medios definidos en los artículos citados son muy similares, si no prácticamente idénticos, a los establecidos en el Reglamento del TRLCAP para conceder la clasificación. Por esa razón en este formulario se han establecido los criterios y los límites, en la medida de lo posible, de forma similar a como se valoran esos medios para otorgar la clasificación; sin embargo se hace meramente a título de ejemplo de carácter general propio de un formulario, y en cada caso concreto el órgano de contratación puede decidir el establecimiento de otros criterios, más acordes para con el objeto del contrato, habiendo declarado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 36/07, de 5 de julio de 2007, que los criterios únicamente han de cumplir cinco condiciones:

- que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el 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,
- que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio.

Sin embargo, es nuestra opinión que si los criterios que se establecen en el pliego son los mismos que se exigen para la clasificación en el contrato determinado no puede exigirse un mínimo idéntico o superior al que se debería alcanzar en el criterio para obtener la clasificación, pues esta conducta sería constitutiva de fraude de ley, al implicar exigir de facto clasificación para un contrato que la Ley quiere que puedan realizar empresas que no estén clasificadas.

38. En el pliego han de concretarse cuáles de los medios del artículo 87 de la LCSP son los que han de utilizarse para acreditar la solvencia económica y financiera en el contrato concreto (pudiendo determinar, incluso, que puedan utilizarse todos), pero, además, ha de establecerse expresamente y con precisión qué nivel de solvencia ha de acreditarse a través de los medios; es decir, por ejemplo, respecto a las declaraciones de entidades financieras, de cuántas entidades hay que aportar declaraciones y en qué consiste que sean «apropiadas», es decir, cuál ha de ser



el contenido de las declaraciones. Y lo mismo cabe decir de los otros medios, así, si bien respecto a la presentación de las cuentas anuales no cabe graduarla, las cuentas se presentan o no, lo que debe establecerse es qué ratios de solvencia concreta han de desprenderse de dichas cuentas, dado que, obviamente, la mera llevanza y el depósito de la contabilidad no son en sí mismos indicios de solvencia. También respecto del volumen de negocios han de indicarse los niveles mínimos que han de alcanzarse para considerar al licitador solvente. Hay que tener en cuenta que el artículo 74.2 de la LCSP exige que los requisitos mínimos de solvencia estén vinculados y sean proporcionales al objeto del contrato, por lo que la elección de los medios y la determinación de los requisitos mínimos son actos que han de estar motivados, sin embargo esa motivación no tiene por qué constar en el pliego, por la misma argumentación que se contiene en la nota 31 en cuanto a la motivación de los criterios de adjudicación. Igualmente, el pliego de cláusulas administrativas particulares debe especificar la documentación requerida para acreditar los requisitos. El hecho de que los niveles de solvencia sean específicos para cada contrato impide que se puedan señalar en un formulario como éste.

39. En este formulario se han definido todos los medios del artículo 87 de la LCSP, pero en cada contrato puede establecerse por el pliego la utilización de sólo alguno o algunos.

40. También podrá establecerse que volumen anual de negocios sea el relativo al ámbito al que se refiera el contrato.

41. No podrá exceder de una vez y media el valor estimado del contrato, salvo que existan riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, lo que debe justificarse en el propio pliego o en el informe específico a que se refiere el artículo 336.

42. El patrimonio neto puede ser sustituido por un ratio entre activos y pasivos, pero en este caso debe especificarse en el pliego los métodos y criterios que se utilizarán para valorar este dato, que deberán ser transparentes, objetivos y no discriminatorios.

43. Vale aquí lo dicho para la solvencia económica y financiera en el sentido de que en el pliego debe concretarse cuáles de los medios del artículo 88 de la LCSP son los que han de utilizarse para acreditar la solvencia técnica. Hay que tener en cuenta que para que un licitador sea considerado solvente basta alcanzar un mínimo en cada uno de los medios que se hayan establecido en el pliego, sin que la obtención de mayor puntuación implique una ventaja para los que la obtengan, pues la solvencia no puede ser valorada a efectos de adjudicación del contrato.

44. En este formulario se han definido todos los medios del artículo 88 de la LCSP, pero en cada contrato puede establecerse por el pliego la utilización de sólo alguno o algunos.

45. Cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de las obras pertinentes efectuadas más de cinco años antes.

46. Cuando no exista clasificación aplicable al objeto del contrato se atenderá a la coincidencia entre los dos primeros dígitos de los códigos CPV de la obra objeto del contrato y de las certificadas.

47. El importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% del valor estimado del contrato, o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato.

48. Este medio sólo podrá utilizarse si esas titulaciones no se evalúan como un criterio de adjudicación.

49. El artículo 75.1 de la LCSP, que es el que permite la aportación de medios de otras empresas para integrar la propia solvencia, se refiere en su texto no sólo a los medios de otras entidades sino también a su solvencia. Sin embargo, la interpretación de este precepto ha de ser restrictiva en un doble sentido: en primer lugar, solamente se puede integrar con medios externos la solvencia técnica, nunca la financiera y, en segundo lugar, lo que se puede aportar por otras empresas son medios personales y materiales, no solvencia propia, dado que dicha solvencia ni estaría acreditada para el contrato concreto, pues para ello sería preciso que la empresa aportante acreditase su solvencia como licitadora, ni implicaría garantía alguna de solvencia; por ejemplo, la experiencia constructiva, pues no puede ser aportada. En este sentido véase el Informe 45/2002, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

50. De conformidad con lo que dispone el artículo 75 de la LCSP es posible –y en muchas ocasiones conveniente– que los licitadores puedan acreditar la solvencia con medios externos sin que sea necesaria la pertenencia a ningún grupo, empresarial o cooperativo, e independientemente de la naturaleza jurídica del vínculo existente entre las distintas entidades. La regulación contenida en este precepto de la Ley –trasposición del artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE– viene a posibilitar que en fase de solvencia se concrete el nivel de subcontratación para la ejecución de un contrato. La posibilidad –y conveniencia– de esta opción, amén de conforme con la Directiva 2014/24, encuentra su apoyo directo en la doctrina del TJCE en su Sentencia de 2 de diciembre de 1999 (Holst Italia) al afirmar que «La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación

de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato».

51. Por este motivo, la posibilidad de que liciten empresarios de Estados comunitarios, siempre han de establecerse en los pliegos los criterios para valorar la solvencia de los licitadores. En todo caso deberán tenerse en cuenta las presunciones establecidas en el artículo 97 de la LCSP.

52. La obligación de especificar el personal responsable de la ejecución es una posibilidad a incluir en el pliego conforme al artículo 76 de la LCSP. El establecimiento de este compromiso en los pliegos es potestativo, tanto para el caso de que para la licitación del contrato sea exigible clasificación como en el caso de que simplemente se exija acreditación de la solvencia, sin embargo en el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato deberá exigirse el compromiso a que se refiere el párrafo anterior. En todo caso la adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación.

53. Los medios deberán ser idóneos para la ejecución del contrato y proporcionados a la exigencia de solvencia o clasificación.

54. El artículo 76 de la LCSP permite atribuir al incumplimiento del compromiso de adscripción de medios el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2. En este formulario se ha optado por establecer penalidades.

55. Sólo puede exigirse garantía provisional en casos excepcionales justificándolo motivadamente en el expediente.

56. El importe de la garantía provisional no podrá ser superior a un 3% del presupuesto base de licitación.

57. El artículo 146 de la LCSP17 distingue dos tipos de criterios cuanto a la forma de su valoración. Desde la LCSP de 2007 ya no se exige que los criterios sean objetivos, pues se reconoce la necesidad de que sea conveniente para valorar las ofertas presentadas a un contrato criterios que dependan de un juicio de valor. Lo que sí exige en su artículo 145.5 la LCSP17, para todos los criterios es que estén vinculados al objeto del contrato, se estén formulados de manera objetiva y deben garantizar que puedan ser evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

El artículo 145.6 de la LCSP17 determina que se considera que un criterio está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera a la realización de las prestaciones, pero esto hay que entenderlo en sentido amplio pues puede afectar a cualquier aspecto de la prestación, tanto a su elaboración como a su comercialización incluso a otra etapa del ciclo de vida de la prestación, como puede ser la recogida o reciclado (la definición y cálculo del ciclo de vida se recoge en el artículo 148 de la LCSP17, lo que debe tomarse en cuenta si quiere utilizarse como criterio de adjudicación.

La vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato es una cuestión compleja y de vital importancia. Por un lado es preciso que la contratación pública sea un mecanismo utilizado para el desarrollo de políticas sociales y medioambientales como señala el artículo 1.3 de la Ley, pero no puede utilizarse cualquier aspecto social o medioambiental dado que si el mismo no está relacionado con el objeto del contrato influirían en la adjudicación aspectos no relacionados con la elección de la mejor oferta, lo que además podría implicar discriminación entre los licitadores. Sin embargo, la problemática de la relación entre la utilización de criterios sociales y medioambientales y la selección de la oferta económicamente más ventajosa viene paliada por la declaración que realizada el artículo 1.3 citado en el sentido de que tiene la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual.

Por otro lado la exigencia de que los criterios estén directamente vinculados al objeto del contrato veda la valoración de cualquier característica del empresario, aunque la posesión por éste de una técnica especializada, posesión que no llegue a ser causa de procedimiento negociado, es perfectamente valorable. Debe dejarse claro, desde este momento, que no es posible utilizar como criterios para la adjudicación del contrato los criterios establecidos para verificar la aptitud de los licitadores, es decir, la solvencia económica, financiera y técnica. Son diversos los pronunciamientos en este sentido, pero merece significar la Sentencia de 24 de enero de 2008 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-532/06, Lianakis, que si bien aplicaba en este caso la Directiva 92/50, sus argumentos son perfectamente exportables a la actual Directiva 2004/18/CE:

«27. En efecto, la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (...) especificados en los artículos 31 y 32 de dicha Directiva (...).

28. Por el contrario, la adjudicación del contrato se basa en los criterios establecidos en el artículo 36, apartado 1, de dicha Directiva, a saber, o bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa (...).

29. Si bien es cierto que, en este último supuesto, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (...) (véanse sentencias Beentjes, SIAC Construction o Concordia Bus Finland).

30. Por consiguiente, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión».

Sin negar lo que acaba de exponerse, debe señalarse que una novedad de la LCSP es que en el artículo 145.2.2.º se permite utilizar como criterios de adjudicación cuestiones relativas a «(l)a organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución». En sentido estricto no serían aspectos relativos a la solvencia del licitador pero sí íntimamente relacionado con ella. La posibilidad que ofrece el 145.2.2.º resulta de gran utilidad pero debe tenerse presente que es una excepción que sólo podrá utilizarse en el caso señalado en el precepto, esto es cuando la calidad del personal pueda afectar de manera significativa a la mejor ejecución de la prestación, lo que deberá acreditarse en el expediente.

Debe tratarse ahora el requisito de que los criterios estén formulados de manera objetiva, lo que exige distinguir este concepto con claridad del concepto de criterio objetivo. Como se ha señalado más arriba hasta la LCSP de 2007 la legislación contractual no admitía criterios de adjudicación subjetivos, desde ese momento pasaron a admitirse (la terminología que distingue entre criterios objetivos y subjetivos no es la de la Ley, aunque el TRLCSP utilizaba en algún caso, como en el artículo 190, el término «subjetivos» para referirse a determinados criterios; pero aquí se llama criterios objetivos a los que la Ley llama «criterios que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas» y subjetivos a los que define como «criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor», pero aquí se denominan a los criterios objetivos y subjetivos para mejor contraponerlos al concepto de criterios formulados de manera objetiva).

La exigencia del artículo 145.5 de la LCSP17 de que los criterios se formulen de manera objetiva no quiere decir que cualquiera que aplique un criterio llegue a la misma valoración, eso sería un criterio objetivo, sino que la redacción del criterio no dé lugar a equívocos y que cualquiera que lo valore aplique la misma técnica, aunque el resultado de la valoración sea diferente, pues el criterio tendrá componentes a los que deba aplicarse un juicio de valor. En relación con lo anterior debe encontrarse la exigencia de que los criterios garanticen una adecuada evaluación de las ofertas, en el sentido de que verdaderamente sean útiles para elegir la oferta más ventajosa, no valorar aspectos diferentes, por objetivos que sean o relacionados que estén con la prestación.

58. Debe motivarse en el expediente la elección de los criterios, pero esta motivación no ha de figurar en el pliego e incluso es conveniente, desde el punto de vista práctico de evitar la interposición innecesaria de recursos, que conste en la memoria. El artículo 145.1 en su segundo inciso exige de manera especial la justificación en el expediente cuando se utilice un criterio que atienda a la mejor relación coste-eficacia. Por otro lado el artículo 146.2 dice que cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que puedan valorarse mediante la mera aplicación de fórmulas.

59. Siempre que se utilice más de un criterio deberán ponderarse los mismos por exigencia del artículo 146.3 de la LCSP17. En realidad el artículo dice siempre que no se tome en consideración el precio exclusivamente, pero debe entenderse el término precio como equivalente a criterio cuantitativo, pues el artículo 145.2 último inciso, como después se expone, lo que exige es en todo caso la existencia de al menos un criterio cuantitativo, es decir si existe un solo criterio cuantitativo, sea el precio o no, y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 146.1, no hay nada que ponderar y si hay más de un criterio tiene que haber ponderación. La ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada y cuando, por razones objetivas debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se enumerarán por orden decreciente de importancia. Desde que la LCSP establece una serie de criterios de desempate en el artículo 147 el establecimiento de un orden pierde su virtualidad.

60. El artículo 145 clasifica los criterios de adjudicación distinguiendo entre cuantitativos, también llamados económicos y criterios cualitativos. Los criterios cualitativos se enumeran en el párrafo 2 del artículo, enumeración

como de numerus apertus párrafo inicial utiliza la expresión «entre otros» y pueden definirse a aquellos aspectos de la prestación que no tiene directamente un valor económico, frente a los cuantitativos que sí lo tienen. Pero debe dejarse clara una importante cuestión: no existe una identificación directa entre criterios cualitativos y criterios subjetivos. Los criterios cuantitativos siempre van a valorarse mediante la aplicación de fórmulas pero los cualitativos, aunque ordinariamente se valoren mediante la aplicación de un juicio de valor pueden definirse objetivándolos de tal manera que puedan valorarse mediante la aplicación de fórmulas, por ejemplo la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero es un criterio cualitativo que puede valorarse mediante la aplicación de una fórmula, aunque existen criterios cualitativos de imposible objetivación con es el de las características estéticas.

61. El último inciso del artículo 145.2 exige que en todo caso los criterios cualitativos vayan acompañados de un criterio relacionado con los costes el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148. Como se ha señalado los criterios cuantitativo son siempre de los valorables a través de una fórmula.

62. Cabe la posibilidad de instrumentar el procedimiento abierto en diferentes fases de carácter eliminatorio, opción que debería articularse adecuadamente en el pliego si se opta por esta solución. El apartado 4 del artículo 146.3 de la LCSP establece que «en el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo».

63. La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición, con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos (artículo 26 del Real Decreto 817/2009).

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberá constar la identificación del criterio o de los criterios concretos que deban someterse a valoración por el comité de expertos o por el organismo especializado, el plazo en que éstos deberán efectuar la valoración y los límites máximo y mínimo en que ésta deberá ser cuantificada. En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

64. Cuando sea posible, se dará preponderancia a los que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos según el artículo 146.2 de la LCSP17, pero en caso de que se atribuya preponderancia a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, circunstancia esta que deberá estar motivada en el expediente, habrá de constituirse un comité de expertos no integrados en el órgano proponente del contrato, que tengan la cualificación apropiada y que sean al menos tres. Este comité realizará la evaluación de las ofertas conforme a los criterios no objetivos. También puede encomendarse la evaluación de esos criterios a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. La intervención del comité de expertos o del organismo técnico especializado puede ser engorrosa y ralentizadora del procedimiento, en el caso del organismo técnico porque la Administración concreta puede que no cuente con él y respecto al comité de expertos porque los funcionarios especializados normalmente estarán integrados en la unidad que propuso la celebración del contrato (v. gr., la adquisición de material informático será propuesta por la unidad de informática, donde ordinariamente estarán destinados todos los expertos en informática). Existe la posibilidad de paliar estos inconvenientes, pues la LCSP17 exige la intervención del comité de expertos o del organismo especializado cuando los puntos que teóricamente pueden obtenerse por la aplicación de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor sean superiores a los que se puedan obtener por la aplicación de criterios objetivos, sin embargo, nótese que se está determinando la relación entre la puntuación de los criterios desde un punto de vista teórico, si los criterios objetivos tienen una puntuación posible superior a los subjetivos pero después, en la aplicación de los criterios, la puntuación obtenida por los subjetivos supera a la concedida por los objetivos (o lo que es lo mismo las diferencias de puntuación entre ofertas se producen en mayor medida en los criterios subjetivos), es válida la valoración realizada por la Mesa de contratación sin intervención de comité de expertos ni de organismo especializado; esta circunstancia puede ocurrir cuando se atribuya una importante puntuación a criterios objetivos en los que las ofertas no pueden ser muy disímiles.

Es francamente difícil determinar la forma de valorar los criterios subjetivos, no en vano el legislador elude el problema, determinando quién tiene que valorar los criterios pero no cómo. Sin embargo, no puede dejarse un absoluto arbitrio a quienes valoren los criterios de adjudicación por muy subjetivos que sean esos criterios y por ello, teniendo en cuenta que la adjudicación de un contrato es un acto finalista, debe exigírseles que la puntuación se otorgue a las ofertas en función de cómo éstas permitan alcanzar mejor los fines para cuyo cumplimiento se celebra el contrato.

65. Este párrafo sólo se incluirá en caso de que la puntuación que se atribuya a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor sea superior a la atribuida a los criterios evaluables de forma automática mediante la

aplicación de una fórmula y se opte por que la valoración la realice un comité de expertos y no un organismo público especializado. En este caso no se incluirán el párrafo anterior ni el siguiente.

El Real Decreto 817/2009 ha venido a regular en los artículos 28 y 29 la composición del comité de expertos o la designación, en caso contrario, del órgano que va a efectuar la valoración. A este fin, siempre que sea posible, los miembros del citado comité habrán de ser personal al servicio del organismo contratante. En ningún caso podrán estar integrados en el órgano que proponga la celebración del contrato. Todos los miembros del comité contarán con la cualificación profesional adecuada en razón de la materia sobre la que verse la valoración.

La designación de los miembros del comité de expertos podrá hacerse directamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o bien establecer en ellos el procedimiento para efectuarla. En los casos en que la valoración deba hacerse por un organismo técnico especializado, la designación de éste deberá figurar igualmente en el pliego de cláusulas administrativas particulares y publicarse en el perfil de contratante. En ambos casos, la designación deberá hacerse y publicarse en el perfil de contratante con carácter previo a la apertura de la documentación mencionada en el artículo 27 del Real Decreto.

66. Es opinión además de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (Informe 34/09, de 25 de septiembre de 2009) que, dispuesta la independencia de los miembros del comité de expertos encargado de la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, sus miembros no pueden pertenecer a la Mesa de Contratación, debiendo disponer de experiencia en la valoración de tales criterios. Disposición Adicional Segunda de la LCSP, que establece:

«8. El comité de expertos a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 146 de la presente Ley, para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor, podrá estar integrado en las Entidades locales por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. En todo caso, entre este personal deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública».

67. Esta última exigencia no la contiene la LCSP, pero es evidente que lo que el precepto (artículo 146.2.a) busca al determinar que los expertos no estén integrados en el órgano proponente del contrato es que éstos no tengan formada una opinión previa sobre las que pueden ser mejores características técnicas de las ofertas o un interés concreto, lo que no se lograría si se permitiese que fuesen nombrados expertos aquellos que hubiesen participado en la preparación del contrato. Piénsese que de esta manera se está excluyendo a personas que formaban parte del órgano proponente en el momento de la preparación del contrato aunque en el momento de la designación no formen parte del órgano proponente, con lo que se evita un posible fraude de ley.

En este formulario se ha determinado que los expertos sean funcionarios (entendido el término en sentido amplio, englobando a todo trabajador público) pero nada obsta para que el experto pueda ser una persona ajena a la Administración contratante y vinculada a ella por un contrato de servicios o por otro tipo de relación. Probablemente el legislador estaba pensando en trabajadores públicos, pero no ha sido reflejada así la voluntad legis. El hecho de que en este formulario se proponga que el comité de expertos se rija como órgano colegiado no impide que esté integrado por personas ajenas a la Administración, pues el artículo 21.3 de la LRJSP permite que en esos órganos participen «miembros que se designen por las especiales condiciones de experiencia o conocimientos que concurran en ellos, en atención a la naturaleza de las funciones asignadas a tales órganos». En todo caso sólo pueden ser expertos las personas físicas.

68. La valoración de los criterios de adjudicación está sujeta a la denominada «discrecionalidad técnica» de la Administración. Y si bien «dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate (...) la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico (...) queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan concluido a emitir el concreto juicio de que se trate... el contenido de la motivación debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás» (STS de 18 de marzo de 2011 que cita la de 10 de mayo de 2007). Amén de ello, el artículo 151.2. apartado c), de la LCSP dice que la notificación de la adjudicación expresará en todo caso «las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores».

69. Cuando del artículo 146.2.a) de la LCSP permite encomendar la valoración de los criterios subjetivos a un «organismo técnico especializado» hay que entender que, evidentemente, se refiere a una persona jurídica; que además esa persona jurídica ha de ser pública (interpretando el término organismo en sentido literal y técnico), y que esa persona jurídica pública ha de tener como función propia o bien una función consultiva en la materia técnica a que se refieren los criterios subjetivos o, al menos, si la función no es consultiva, sí que tenga competencias técnicas sobre la materia. En el primer caso el informe que realice el organismo se fundará precisamente en la función consultiva que posee y se ajustará al procedimiento previsto para el ejercicio de ésta, en el segundo caso la obligación del organismo de aceptar el encargo de informar sobre los criterios subjetivos se basará en la relación que mantenga con la Administración contratante, que normalmente será convencional, y el procedimiento será el general de emisión de informes, salvo lo dispuesto en el convenio respectivo. En cualquier caso es conveniente que en el pliego conste que el informe ha de basarse en la idoneidad de las ofertas para la mejor consecución de las necesidades que dan objeto a la celebración del contrato. Resulta aplicable lo señalado en la nota anterior en cuanto a la discrecionalidad técnica y la motivación de la valoración.

70. Este párrafo sólo se incluirá en caso de que la puntuación que se atribuya a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor sea superior a la atribuida a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de reglas y que además no se haya optado por encargar la valoración a un comité de expertos. En este caso no se incluirán los dos párrafos anteriores.

71. Es preciso establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares las fórmulas de valoración de los criterios objetivos. Cuando existe un solo criterio si este es el precio o un criterio basado en la rentabilidad su valoración es simple y no ofrece problema alguno, la mejor oferta será la que ofrezca la mayor mejora respecto de la magnitud de partida, en cambio si es el ciclo de vida debe aplicarse el método de cálculo al que se refiere el artículo 148 de la LCSP. Sin embargo, cuando existe más de un criterio de adjudicación no cabe plantearse la valoración aislada de los criterios, ¿qué es mejor, la oferta de un precio muy bajo y ninguna reducción de plazo de ejecución o la que hace lo contrario? La respuesta a esta pregunta sólo puede hacerse teniendo en cuenta el valor relativo de los criterios: a los criterios de ejecución se les ha dado una ponderación relativa en el pliego (artículo 146.3 de la LCSP), un peso en relación los unos con los otros y lo importante de las fórmulas de valoración es que su aplicación mantenga la relación de ponderación entre los diversos criterios, es decir, que la valoración de las ofertas mantenga la importancia relativa que se ha atribuido a los diferentes criterios. La única manera de conseguirlo es establecer una valoración porcentual de cada oferta, de tal manera que una oferta que implique una mejora de x puntos porcentuales en un criterio, llamémosle A, que tiene un valor doble que otro llamado B, implica necesariamente que si se produce la misma mejora porcentual en el criterio B, la puntuación obtenida en el criterio A sea el doble que en el B. Por supuesto es necesario que la forma de valoración en todos los criterios objetivos sea la misma. La fórmula de valoración porcentual puede parecer que reduce en la práctica el ámbito de los criterios, porque para obtener la máxima puntuación sería preciso realizar una oferta que redujese la magnitud de partida –el presupuesto base en el criterio económico o el plazo de ejecución establecido en el proyecto en cuanto al criterio de reducción de plazo– a cero (es decir, que la obra se realizase gratis o se realizase en el acto, respectivamente), pero esto no implica en absoluto una aplicación injusta de los criterios ni una reducción de facto de su valor, lo que en realidad importa, lo que da lugar a una aplicación justa de los criterios, es mantener la relación de ponderación entre ellos.

Se ofrecen dos posibles fórmulas:

1.ª  $P = (pm \times mo)/O$  (si trata de criterios en los que debe ofertarse disminución de la magnitud de partida, como es la oferta económica o la reducción de plazo) y  $P = (pm \times O)/mo$  (si se trata de criterios en los que debe ofertarse aumento de la magnitud de partida, como, por ejemplo, el porcentaje destinado a estudios de calidad) en la que «P» es la puntuación a obtener por cada oferta, «pm» es la puntuación máxima, «mo» es la mejor oferta y «O» es el valor cuantitativo de la oferta que se valora.

2.ª Aplicación porcentual mediante una escala que situaría el 100% de la puntuación en la mejora absoluta de la magnitud base (en el criterio de la oferta económica, realizar la prestación gratis) y el 0% en la ausencia de mejora.

Desde aquí proponemos que esta forma de valoración se eleve a exigencia legal.

72. Siempre ha resultado confusa la distinción entre mejoras y variantes en la legislación contractual. En ediciones anteriores de esta obra se proponía considerar variante a la oferta que contuviera una solución constructiva distinta a la definida en el proyecto, para satisfacer las necesidades expresadas en la memoria del proyecto y mejora a aquellas modificaciones del proyecto de la obra que, respetando la solución constructiva establecida, impliquen un cambio de materiales o de técnica constructiva siempre que ese cambio supusiese una ventaja evidente para la utilización o construcción de la obra. La distinción que se proponía tenía la ventaja de poder establecer en el pliego que se admitiesen variantes, mejoras o sólo unas de ellas.

En la actual LCSP pudiera parecer que la confusión ha llegado a su máximo. El artículo 142 permite la presentación de variantes pero no hace referencia a las mejoras, cuando su artículo equivalente en el TRLCSP, el 147, se refería a

ambos términos. Por otro lado el artículo 145.7 de la actual LCSP establece cómo han de valorarse las mejoras pero no hace referencia a las variantes.

De lo anterior podría pensarse que pueden presentarse variantes pero no valorarse y que las mejoras pueden valorarse aunque no presentarse. Esta interpretación es ilógica y tal vez la nueva redacción legal tenga más alcance de lo que parece, aunque podría haber sido más clara, especialmente si hubiese definido las variantes.

La exégesis de los preceptos exige tratar dos aspectos: qué son y cuáles son los requisitos de las variantes y mejoras y como han de valorarse ambas.

La definición de mejora se encuentran en el tercer inciso del artículo 145.7 al decir que «(s)e entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato». Es decir la mejora es un incremento de prestación.

La definición de variante puede deducirse de lo establecido en el segundo inciso del artículo 142 de la LCSP cuando, al determinar que en el anuncio de licitación han de precisarse sobre qué elementos pueden presentarse, añade que esas precisiones «podrán hacer referencia a determinadas funcionalidades que puedan tener los bienes, obras o servicios objeto del contrato, o a la satisfacción adecuada de determinadas necesidades», es decir que no son un aumento de prestación como las mejoras, sino una modificación de la prestación.

Los requisitos y límites para la presentación de variantes y mejoras se recogen en los preceptos citados y aparecen en el texto de la cláusula de este formulario.

La cuestión de la valoración presenta ciertos matices.

Nuevamente la LCSP define como se han de valorar las mejoras y no las variantes. El artículo 145.7 considera, con acierto, que las mejoras han de valorarse a través de un criterio específico.

La Ley no dice como se valoran las variantes, pero dado que son una nueva oferta en el sentido de suponer una oferta que ha modificado ciertos aspectos de la prestación definida en la documentación preparatoria del contrato, deben valorarse aplicando los criterios previstos en el pliego para valorar las ofertas.

La posibilidad de permitir la presentación de variantes y mejoras es absolutamente discrecional por parte del órgano de contratación, pero si decide aceptar su presentación, ha de indicar en el pliego de cláusulas administrativas particulares sobre qué elementos y en qué condiciones se autoriza la presentación.

73. Es preciso realizar un examen exhaustivo del artículo 142 de la LCSP17 para determinar cómo ha de regularse la presentación de variantes en los pliegos. El precepto establece que:

- Las variantes han de preverse en los pliegos y se considera que un pliego prevé las variantes siempre que exprese los requisitos mínimos, las modalidades y las características de las variantes (añade que también han de prever su necesaria vinculación al objeto del contrato, pero esto no es un requisito, es un límite).
- Por otra parte en el anuncio ha de precisarse sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse.

Como primeras conclusiones cabe decir que:

- Debe señalarse en el pliego sobre qué elementos se pueden presentar variantes, es decir las variantes no pueden referirse a la totalidad de la prestación. Además sobre esos elementos por ejemplo la cubierta del edificio, sólo van a admitirse determinadas modalidades, por ejemplo cambio de materiales y además hay que establecer las características de la variante, es decir cómo se va a realizar, por ejemplo definir que técnica se va a utilizar para instalar los nuevos materiales. En conclusión desde un punto de vista material la variante ha de ser definida en el pliego determinado qué puede ser cambiado (elemento) y la forma en que puede ser cambiado (modalidades y características).
- Junto al aspecto material de las variantes el artículo pueden apreciarse en principio unos aspectos que cabría llamar procedimentales como serían los requisitos mínimos y las condiciones en las que pueden presentarse las variantes.

Sin embargo esto no es exactamente así. Precisamente la referencia a los requisitos mínimos y la forma de precisar los elementos sobre los que y las condiciones en las que puede ser presentada una variante fueron las dos únicas modificaciones que sufrió el proyecto de Ley en este precepto en su tramitación parlamentaria.

La introducción de la palabra «mínimos» se realizó por la enmienda número 612 cuya fundamentación era que no se restringiese la innovación que podrían contener las variantes, concretamente dice «la determinación que de las variantes deban contener los pliegos, debe hacerse en términos de requisitos mínimos y no de máximos (límites) que deben cumplir las variantes, pues de lo contrario se corre el riesgo de restringir la presentación de variantes a las preconcebidas previamente por la Administración en los pliegos en lugar de a las que resulten del proceso innovador llevado a cabo por los operadores económicos». Es decir que frente a una interpretación literal del precepto que conduciría a entender que la expresión «requisitos mínimos» significa que en el pliego han de establecerse al menos los requisitos que debe inexcusablemente por imperativo legal reunir una variante para poder ser presentada y que el pliego podría establecer más requisitos, la interpretación basada en los antecedentes legislativos indica que por «requisitos mínimos» debe entenderse que no pueden establecerse límites «máximos» a las variantes.

Lo cierto es que las variantes, al igual que las mejoras, generan una distorsión para su valoración, pues no es lo mismo aplicar los criterios de adjudicación a ofertas que versan sobre la misma prestación que a ofertas que se realizan sobre prestaciones diferentes. Por ejemplo ¿qué es mejor un suelo de madera (que es el previsto en el proyecto) a 10 euros el metro cuadrado o un suelo de piedra (que presenta la variante) a 20 euros el metro cuadrado? Sólo puede garantizarse la adecuada valoración de las variantes si estas se sujetan a unos límites.

Otro argumento en favor de esta tesis es que el último inciso del artículo 143.6, que regula la subasta electrónica dice que «(e)n caso de que se autorice la presentación de variantes, se proporcionará una fórmula para cada una de ellas», no es que se esté aquí defendiendo que la valoración de variantes deba hacerse siempre mediante la aplicación de fórmulas, sino que las variantes deben ser objeto de un específico criterio de adjudicación, para lo cual es preciso que se establezcan unos límites a las variantes que pueden presentarse.

En conclusión, aunque no puedan establecerse límites a las variantes que restrinjan la innovación es preciso determinar las mismas con la precisión suficiente para que puedan ser valoradas.

- La introducción como segundo inciso del artículo 142.2 de la LCSP que dice: «Las precisiones de las variantes que se puedan admitir podrán hacer referencia a determinadas funcionalidades que puedan tener los bienes, obras o servicios objeto del contrato, o a la satisfacción adecuada de determinadas necesidades», fue producto de las enmiendas 613 y 881, siendo su fundamentación también la promoción de la innovación. Habida cuenta de la redacción se trata simplemente de una forma en la que pueden articularse las precisiones de los elementos y condiciones para la presentación de variantes que resulta de sumo interés pues permite que las mismas se definan por los objetivos que se quieren conseguir.

74. En caso de que se admita la presentación de mejoras uno de los criterios subjetivos ha de ser precisamente el de su valoración. En la valoración de las mejoras se suele producir un problema con la valoración del criterio del precio, pues el licitador suele invocar que la mejora técnica que presenta tiene un valor de mercado superior al del precio del contrato y, como en su oferta se respeta el presupuesto máximo de licitación, entiende que se le debería valorar la rebaja de precio que existe entre el precio de mercado y el presupuesto de licitación, es decir, que en estos casos sin que exista una rebaja real de precio se concede puntuación por el criterio del precio. Esto se evita mediante la existencia de un criterio específico para valorar las mejoras y que las demás ventajas que se deriven de las mejoras, si es que existen, se valoren mediante la aplicación de sus criterios específicos. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, se ha pronunciado favorablemente a la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación, siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato.

En este punto, interesa traer a colación el Informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía de fiscalización de la Cuenta General, contratación administrativa y Fondos de Compensación Interterritorial de 2008, a cuyo tenor «debe recordarse que las mejoras como criterio de valoración de las ofertas serían admisibles si se las objetiva, es decir, debe indicarse su contenido mediante la relación de los aspectos concretos de las ofertas sobre las que podrán recaer. Asimismo, deben estar cuantificadas, pormenorizándose su importancia respectiva mediante la indicación de cómo serán baremadas cada una en el concurso, de lo contrario se produce un grado de discrecionalidad y de subjetividad en la valoración de las ofertas por la Mesa de contratación o por la comisión técnica, aspecto que pudiera contrariar el contenido del artículo 86 de la LCSP».

En suma, es imprescindible recoger en los informes técnicos de valoración las razones por las que determinadas variantes o mejoras no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación (Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

75. Para resolver los eventuales supuestos de empate deberá incluirse en el pliego alguno de los tres párrafos siguientes. El artículo 147.1 establece cinco criterios de desempate entre los que deben escogerse el que ha de



figurar en el pliego. Aquí se propone que se elija entre tres de ellos pues los otros dos no son de aplicación al objeto del contrato de obras.

76. El artículo 147.2 prevé el sorteo como último de los criterios supletorios de desempate para aplicar en caso de que el pliego no contuviera dichos criterios pero nada obsta que previéndose en el pliego criterios de desempate se establezca como supletorio y pieza de cierre del sistema el sorteo, con lo que se garantiza la adjudicación del contrato en todo caso.

77. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado entiende que, en los contratos en los que se tomen en consideración varios criterios para la valoración de las ofertas, es preciso que, para que pueda considerarse que una proposición no puede ser cumplida por incluir valores anormales o desproporcionados, en el pliego de cláusulas administrativas particulares se hayan especificado los criterios objetivos que permitan esa consideración (Informe 58/08, de 31 de marzo de 2009). Por su parte el Tribunal de Cuentas en el Informe de Fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2006 y 2007 por las entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que «el TRLCAP distingue dos regímenes para apreciar la existencia de ofertas temerarias según la forma de adjudicación del contrato sea la subasta o el concurso. En las subastas la temeridad sólo puede apreciarse en relación con la baja de ofertas económicas y así lo establece el artículo 83.3 del TRLCAP, que remite a la regulación reglamentaria para el establecimiento de los criterios objetivos que permitan apreciar dicha temeridad (esa regulación reglamentaria se encuentra en el artículo 85 del RGLCAP). Por el contrario en los concursos el artículo 86.3 del TRLCAP señala que es en el pliego de cláusulas administrativas de cada contrato donde podrán expresarse los criterios objetivos para apreciar la temeridad, añadiendo que si el precio es uno de los criterios de adjudicación se deben establecer en el pliego los límites que permitan apreciar la existencia de baja temeraria. A juicio de este Tribunal en el concurso la temeridad no puede establecerse en atención a un solo criterio aislado, pues una oferta económica baja puede ser viable teniendo en cuenta que oferta el licitador respecto a otros aspectos del contrato». Posteriormente el actual texto del artículo 149.2.b) de la LCSP17 establece que «(c)uando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto». Por todo ello en el pliego deben establecerse unos criterios que permitan considerar la existencia de ofertas anormalmente bajas en relación con todos los criterios.

78. Se establece como parámetro para determinar la existencia de ofertas anormalmente bajas el que se considere conjuntamente la baja en todos los criterios objetivos, de tal forma que se determinará el porcentaje de baja (no la puntuación que implique dicho porcentaje) en cada criterio y se hallará la media de dichos porcentajes. Y ello por coherencia con la forma de valoración establecida en la cláusula correspondiente de este modelo.

79. Esta información sólo procede si el contrato es de los sometidos a regulación armonizada.

80. Es obligatorio, artículo 202 de la LCSP, establecer en todo contrato al menos una de las condiciones especiales de ejecución de carácter social, medioambiental, ético, relacionada con la innovación o económica. El establecimiento de condiciones especiales de ejecución deriva de la consideración que tiene el legislador de que la contratación pública puede ser un importante instrumento de cambio social, pero debe tenerse en cuenta que el establecimiento de esas condiciones especiales, sobre todo las cláusulas sociales más que las medioambientales, constituyen actuaciones de discriminación positiva y para que pueda establecerse una discriminación positiva, especialmente teniendo en cuenta que el campo de la actividad económica, que es donde opera la contratación pública, se rige por la libre competencia por mor del Derecho comunitario, es precisa la existencia de una cobertura legal, de una habilitación legal expresa que permita la introducción de la discriminación positiva.

Una condición especial de ejecución que resulta idónea para los contratos de obras es la de suscribir un seguro a todo riesgo de construcción, para lo cual se ofrece el siguiente párrafo a incluir en esta cláusula por si se considera oportuno:

«Antes de la formalización del contrato y durante el plazo de ejecución, el contratista deberá tener suscrito un seguro a todo riesgo de construcción por la suma asegurada que se determine. El adjudicatario se comprometerá a mantener una póliza de seguro, en las condiciones descritas, desde la firma del contrato hasta la finalización del periodo de garantía establecido en este pliego. Cuando el adjudicatario haya concurrido en UTE el seguro ha de ser suscrito por la UTE o por todas las empresas que la compongan y, en ambos casos, por la totalidad del importe exigido. Podrá cumplirse esta condición mediante la extensión a este contrato del seguro a todo riesgo de construcción que ya tuviera concertado la empresa adjudicataria, siempre que quede cubierta la suma asegurada exigida en el pliego y así se acredite mediante la correspondiente certificación expedida en nombre de la compañía aseguradora por persona con poder bastante. Antes de levantar el acta de comprobación del replanteo, se verificará el cumplimiento de esta obligación».

Hay que tener en cuenta que el establecimiento de condiciones especiales de ejecución debe de hacerse de tal modo que no constituya una restricción fáctica a la participación en la licitación.

81. Si se incluye este párrafo no se incluirá el siguiente.

82. Si se incluye este párrafo no se incluirá el anterior.

83. El artículo 152.2 de la LCSP dice que se compensará a los licitadores en la forma prevista en el anuncio o en el pliego y establecer una cuantía fija es perfectamente válido pues los licitadores son desde el principio conocedores de la indemnización que podrían recibir y desde luego facilita la tramitación.

84. Las infracciones no subsanables a que se refiere el artículo 152.4 de la LCSP a efectos de desistimiento del procedimiento no se deben justificar en la previa existencia de una causa de nulidad, que en todo caso exigiría la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio para su declaración, sino en la concurrencia de hechos que, contrarios a las normas establecidas para la preparación del contrato o reguladoras del procedimiento de adjudicación, impiden la continuidad del procedimiento por conculcar disposiciones cuya subsanación no es posible, y a tal efecto será el órgano de contratación el que deberá motivar su decisión justificando la concurrencia de la causa (Informe 15/2009, de 3 de noviembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía).

85. El artículo 152.4 de la LCSP establece que el desistimiento «no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación», pero no dice que sea obligatorio. Sin embargo, no cabe otra interpretación: si la necesidad sigue existiendo para la Administración, debe celebrar el contrato; un comportamiento distinto podría estar relacionado con el fraude de ley. Y si la necesidad ha dejado de existir se estaríamos ante un caso de decisión de no adjudicar o celebrar el contrato.

86. Si el contrato se anunció en el «Diario Oficial de la Unión Europea» deberá también informarse de la decisión de no adjudicarlo o celebrarlo a la Comisión Europea.

87. La posibilidad de recurrir de las resoluciones de no adjudicar o celebrar y de desistir es clara, pues determina la imposibilidad de continuar el procedimiento. El recurso será el administrativo de alzada ordinario o el previsto en el artículo 44.6 de la LCSP según el tipo de contrato.

88. Sólo en caso de que se admita la presentación de variantes.

89. El artículo 138.2 LCSP establece los supuestos excepcionales en los que podrá darse acceso a los pliegos y demás documentación complementaria de la licitación, valiéndose de medios no electrónicos. En estos casos el plazo de presentación de proposiciones se prorrogará cinco días. En este caso el anuncio de licitación debe advertir de esta circunstancia.

90. Asimismo, puede determinarse en el pliego que los interesados pueden visitar el terreno donde van a realizarse las obras o consultar in situ la documentación que se adjunte al pliego, cuando estas formas de información sean necesarias para la formulación de la oferta. Tanto la visita al terreno como el examen de documentación in situ se tratarán jurídicamente en cuanto a su solicitud y plazo como la obtención de documentación complementaria. Véanse artículos 136 y 138 de la LCSP.

91. El artículo 157.3 de la LCSP establece que el máximo del plazo será de 20 días.

92. Puede establecerse en el pliego que esta puntuación no se dé a conocer en este acto, conforme a lo establecido en el artículo 30.3 del Real Decreto 817/2009.

93. Si lo estima oportuno el órgano de contratación podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas la obligatoriedad para el seleccionado de prestar, además de la garantía ordinaria, otra complementaria de hasta un 5% del importe de adjudicación del contrato. La suma de ambas garantías no podrá superar el 10% del precio del contrato. El artículo 107.2 de la LCSP sólo permite la exigencia de esta garantía complementaria en casos especiales, señalando como tales el precepto aquellos contratos en los que, debido al riesgo que en virtud de ellos asume el órgano de contratación, por su especial naturaleza, régimen de pagos o condiciones del cumplimiento del contrato, resulte aconsejable incrementar el porcentaje de la garantía definitiva ordinaria, lo que deberá acordarse mediante resolución motivada, en particular, se podrá prever la presentación de esta garantía complementaria para los casos en que la oferta del adjudicatario resultara inicialmente incurso en presunción de anormalidad.

94. El artículo 108.2 permite que ese establezca como forma de garantía la retención del precio, aunque para ello ha de hacerse expresamente, es recomendable que, si no quiere utilizarse ese medio, se excluya expresamente.

95. Esta previsión no la contiene expresamente la LCSP pero se deduce que el artículo 109.3 se refiere al reajuste de la garantía (no sólo a su ampliación) en caso de modificaciones que impliquen variación del precio del contrato (no sólo su aumento).

96. Si el valor estimado del contrato es inferior a 1.000.000 de euros el plazo será de seis meses.

97. Cuando se tengan en cuenta una pluralidad de criterios de adjudicación, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, pudiendo establecer otro plazo el pliego.

98. La obligación de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de ésta a los interesados no implica la obligación de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las distintas proposiciones, sin perjuicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ella. Recuérdese que la obligación de confidencialidad regulada en el artículo 133.1 de la LCSP sólo puede ser exigida respecto de aquellos extremos que hayan sido expresamente indicados por el licitador.

99. El artículo 153.3, primer inciso, de la LCSP dice que el plazo de 15 días hábiles se contará desde que se remita la notificación, aunque esto pudiera producir indefensión y sería más lógico computar el plazo desde que haya recibido la notificación el último de los licitadores en ser notificado.

100. Este párrafo se incluirá si el contrato es de los susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44 de la LCSP.

101. Este párrafo se incluirá si el contrato no es de los susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44 de la LCSP.

102. En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas el anuncio de formalización se publicará además, en el plazo señalado en el apartado anterior, en el «Boletín Oficial del Estado», conforme al artículo 154.2 de la LCSP.

103. Este párrafo se incluirá para los contratos sujetos a regulación armonizada.

104. Existe una cierta discordancia entre el artículo 237 de la LCSP y el artículo 139 del Reglamento, pues el primero de los artículos dice que la ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo, mientras que el precepto reglamentario fija como primer día del plazo el siguiente al de la firma del acta de comprobación; sin embargo, dado que el texto del artículo 237 de la LCSP es idéntico al del artículo 142 del TRLCAP, hay que considerar que en este aspecto la LCSP no ha derogado al Reglamento General y que el artículo 139 de éste simplemente está realizando una concreción del momento de inicio del plazo a que se refiere el artículo 237 de la LCSP.

105. El plazo puede ser superior a un mes en casos excepcionales justificados, según el artículo 237 de la LCSP, salvo si la tramitación ha sido la de urgencia, en cuyo caso no puede superarlo, conforme al artículo 119.2.c).

106. No es preciso que se exija la obligatoriedad del cumplimiento de los plazos parciales, pero si así se hiciera deberá atribuirse al programa de trabajo, sea el integrado en el proyecto o sea el presentado por el adjudicatario aprobado por la Administración, carácter contractual de acuerdo con lo establecido en la cláusula 3.<sup>a</sup> En este caso podrá también preverse la imposición de penalidades y la eventual resolución del contrato por el incumplimiento de plazos parciales, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 5 en relación con el 3 ambos del artículo 193; en ausencia de previsión expresa solamente podrían imponerse las penalidades en caso de que el incumplimiento de los plazos parciales haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

107. El artículo 237 de la LCSP establece que este plazo no podrá ser superior a un mes desde la fecha de formalización salvo en casos excepcionales, debiendo justificarse dicha excepcionalidad. Este plazo no puede ampliarse si el contrato hubiera sido declarado de tramitación urgente [artículo 119.2.c) de la LCSP].

108. Hay obligaciones que recaen directamente sobre el adjudicatario y dimanar directamente de las Leyes especiales. Evidentemente, en estos casos, no estamos ante obligaciones ex contractu, pues su fuerza es exactamente la misma si se recogen en los pliegos como si no. Incluir estas obligaciones en los pliegos no es contrario desde luego a Ley, pero parece innecesario. Es el caso, por ejemplo, de las obligaciones derivadas de las normas que regulan la prevención de riesgos laborales.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 14/10, de 23 de julio de 2010, ha dado un paso más al declarar admisible el establecimiento en los pliegos de obligaciones accesorias con el fin de asegurar el cumplimiento de determinadas normas jurídicas aunque éstas no tengan relación directa con la materia contractual así como vincular a su incumplimiento consecuencias sobre la relación contractual establecida.

109. El artículo 196.2 de la LCSP atribuye a la Administración la responsabilidad de los daños causados a terceros cuando el origen de estos daños sean vicios del proyecto de obras elaborado por ella misma.

110. La regulación del deber de confidencialidad recogida en el artículo 133.2 de la LCSP plantea varios problemas, siendo el primero de ellos que debería haber sido residenciado en distinta sede, pues es una obligación del contratista relativa a la ejecución del contrato (una obligación accesoria) y, sin embargo, se regula dentro de las normas de adjudicación de los contratos.

El primer problema material consiste en saber cuándo una información tienen carácter confidencial. Cuando son el pliego o el propio contrato quienes lo señalan la situación es clara, pero el artículo 133.2 indica que la obligación de reserva del contratista se extiende también a la información que «por su propia naturaleza» deba ser tratada como confidencial. Podría pensarse que es información reservada por su propia naturaleza aquella respecto de la que alguna norma establezca el carácter de secreta o reservada o equivalente, pero tal vez esto no sea suficiente y pueda entenderse que la expresión «por su propia naturaleza» tiene un mayor alcance (piénsese que no dice «por su propia naturaleza jurídica»).

El deber de reserva se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor. Lo cual nos plantea dos nuevos problemas: si el contrato dura más de cinco años deberá extenderse la duración del deber en el pliego o en el contrato, si no se podría producir la paradoja de que en contratos cuyo plazo de ejecución fuera superior a cinco años (o inferior pero cuya ejecución durase más de cinco años, ya sea por ampliaciones del plazo o de facto) aun durante la ejecución del contrato el contratista podría transmitir información reservada, y, en segundo lugar, si es la LCSP la que establece el plazo de la obligación es porque considera que no existe un plazo legal, por lo que cuando se refiere a informaciones confidenciales por su propia naturaleza cabe pensar que esa naturaleza no está recogida en una norma, dado que si no en esa norma se establecería el plazo de confidencialidad.

La LCSP no regula de forma expresa la consecuencia de la infracción de la obligación de reserva.

111. La LCSP trata varios casos de imposición de penalidades al contratista en varios preceptos (artículos 192, 193, 201, 202, 215.3 y 122 principalmente) pero la naturaleza jurídica de estas penalidades es en todo caso la misma y es importante tener claro que esa naturaleza no es la de sanción administrativa sino la de cláusula penal civil, lo que se afirma en virtud de varios argumentos: el artículo 192.1 prevé que las penalidades se establezcan en los pliegos o en el documento contractual, y el principio de legalidad exige que las sanciones administrativas se establezcan por Ley sin que quepa su remisión a un acto administrativo, el artículo 194.2 determina que las penalidades serán impuestas por el órgano de contratación, a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, sin que se prevea la intervención del contratista en un procedimiento contradictorio, lo que debería ocurrir si se aplicase un procedimiento sancionatorio, y el argumento definitivo es que estas penalidades se regulan también en el artículo 122.3, que permite que los pliegos de cláusulas administrativas establezcan penalidades su imposición cuando se produzca el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de las prestaciones que afecten a sus características que hayan sido tenidas en cuenta para definir los criterios de adjudicación y el artículo 122 es aplicable no sólo a las Administraciones públicas sino también a los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas, por remisión del artículo 317, y es evidente que quienes no sean Administración pública no pueden imponer sanciones administrativas. La naturaleza de cláusula penal civil de las penalidades previstas en la LCSP hace que no resulte aplicable a la imposición de éstas el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, lo que no quiere decir que el contratista no pueda impugnar la imposición ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El establecimiento de penalidades en los pliegos es potestativo; asimismo es potestativo atribuir al incumplimiento o al cumplimiento defectuoso de los aspectos de la prestación que se hubieran tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación el carácter de obligación contractual esencial, a los efectos de que constituyan causa de resolución del contrato.

112. El régimen de imposición de penalidades o resolución del contrato en caso de demora, que en esta cláusula se contempla para el incumplimiento del plazo total de ejecución del contrato, puede establecerse en el pliego también para el incumplimiento de plazos parciales o aplicarse sin haberse establecido cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

113. En el pliego pueden establecerse penalidades distintas cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, ello se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

114. El artículo 193 de la LCSP prevé la aplicación de este régimen en el caso de incumplimiento de plazos parciales (párrafo 5) siendo requisitos necesarios para esa aplicación que ésta se prevea en el pliego expresamente o que la demora en el cumplimiento de plazos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total, para evitar la discrepancia sobre cuando la demora en un plazo parcial impide cumplir el plazo total resulta conveniente establecerlo en el pliego.

115. Las CCAA pueden establecer en su legislación que la resolución corresponda a un órgano distinto del de contratación.

116. En los contratos de las CCAA con órgano consultivo propio será a éste a quien corresponde evacuar el dictamen a que se refiere este párrafo.

117. Existe una cierta indefinición de cuál es el momento a partir del que puede modificarse un contrato. En principio parece que sólo podría modificarse un contrato existente, es decir perfeccionado y en la LCSP los contratos se perfeccionan por su formalización. Así cabe entenderlo en los supuestos de modificaciones basadas la necesidad de añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, pues el artículo 205.2.a) de la LCSP usa precisamente esa expresión: «inicialmente contratados», es decir ya se ha celebrado el contrato cuando surge la necesidad y también en el supuesto de modificaciones no sustanciales, respecto a las que el artículo 205.2.c) exige que se indiquen «las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial».

Sin embargo en el caso de modificados basados «circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato», el artículo 205.2.b) se refiere, como acaba de verse, a la licitación del contrato, no a la existencia ya del mismo.

El planteamiento no es meramente teórico, pues se dan casos en los que causa sobrevenida en que debe basarse la modificación del contrato le consta al órgano de contratación antes de la formalización. Para solventar este problema cabría decidir no celebrar el contrato y comenzar un nuevo procedimiento de adjudicación, pero esto supone un retraso importante en la gestión de la actividad contractual del ente cuando puede solventar la disfunción recurriendo a la figura del modificado, que además el artículo 205.2.b) permite en su dicción literal y es contrario a toda lógica formalizar un contrato que se sabe ya en ese momento que no se puede ejecutar en la manera en que va a ser definido en la propia formalización.

118. El artículo 205.2.b) de la LCSP concreta la imprevisibilidad como aquella que una Administración diligente no hubiera podido prever.

119. Es francamente difícil establecer una regla general para determinar cuándo una modificación habría atraído a la licitación a más participantes. Una regla interpretativa pudiera ser el hecho de que la modificación implicase un cambio de la solvencia técnica exigible para el contrato.

120. En este formulario se señala que la modificación solamente podrá serlo del proyecto de obras, pues como se expone en la nota 7 el modificado sólo puede serlo del objeto del contrato y ese está definido en el proyecto de obras.

121. Aquí surge un problema pues la LCSP al establecer el límite para los modificados no previstos no se refiere al valor estimado ni al presupuesto de licitación, sino al precio. En realidad la interpretación es simple, en caso de que la modificación se hubiese referido al presupuesto sobre el mismo habría que aplicar para determinar el precio del modificado la baja que ofreció el adjudicatario, lo que se logra directamente aplicando el límite del modificado al precio.

122. El artículo 205.2.c).1.º de la LCSP indica que en todo caso se considerará que se da el supuesto cuando la obra resultante del proyecto original o del pliego más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

123. La tramitación deberá cumplir los trámites establecidos en el artículo 191 de la LCSP al tratarse del ejercicio de una potestad de la Administración, teniendo especial importancia la evacuación de los informes previstos en este precepto.

124. Cuando la modificación suponga supresión o reducción de obras, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna. Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste, los precios de aplicación a éstas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por un plazo mínimo de tres días hábiles. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente.

125. El artículo 207 de la LCSP establece que se dé audiencia al redactor del proyecto si lo hubiese realizado un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

126. La posibilidad de que se continúen provisionalmente las obras mientras se tramita el modificado a pesar de que sea necesaria la suspensión solamente la regula la LCSP desde la perspectiva de la Administración del Estado, pero habida cuenta de que el resto del precepto tiene naturaleza básica (en realidad la disposición final primera de la LCSP declara al párrafo no básico solamente por el órgano que regula) y esa posibilidad puede ser de utilidad, e incluso absolutamente necesaria en las demás Administraciones, hay que entender que les resulta aplicable, en cuyo caso habrá que determinar en el pliego quién es el órgano competente que ha de realizar los actos que el artículo 242.5 de la LCSP atribuye al Ministro.

127. Resulta de ampliación lo expuesto en la Nota 9 de este pliego en cuanto a la formalización de los modificados previstos.

128. En caso de que parte de las obras puedan ser entregadas al uso público, podrá permitirse expresamente en el pliego su recepción parcial.

129. En el caso de obras cuyo valor estimado supere los doce millones de euros en las que las operaciones de liquidación y medición fueran especialmente complejas, los pliegos podrán prever que el plazo de tres meses para la aprobación de la certificación final al que se refiere el párrafo anterior, podrá ser ampliado, siempre que no supere en ningún caso los cinco meses.

130. El artículo 243.6 de la LCSP dice que los efectos propios de la recepción se producirán desde que concurren las circunstancias excepcionales, sin embargo, el acto equivalente a la recepción es la ocupación y desde ese momento es desde el que deben contar los plazos para que se produzcan los efectos propios de la recepción. Así lo ha entendido el artículo 168 del Reglamento del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que desarrollaba el artículo 147.6 del TRLCAP, cuyo texto era idéntico al del actual artículo 243.6.

131. La duración del plazo de garantía debe fijarse en atención a la naturaleza y complejidad de la obra y en principio su duración no será inferior a un año, pero también puede determinarse que no exista plazo de garantía si precisamente por la naturaleza y características de la obra (v. gr., sondeos y prospecciones infructuosos) no resultare necesario. Cualquiera de estas determinaciones ha de constar en el pliego y su motivación, basada en las circunstancias que acaban de señalarse, constar en el expediente.

132. El plazo general de pago de las certificaciones ha pasado de 60 a 30 días, pero el artículo 243.3 de la LCSP que regula el pago de las obligaciones que la Administración tenga pendientes con el contratista en el momento de concluir el plazo de garantía no ha sido modificado.

133. El artículo 214.1 de la LCSP exige que la posibilidad de ceder un contrato conste de manera inequívoca en el pliego. Las restricciones a la cesión son que el contrato no se haya adjudicado en virtud de las características personales del adjudicatario y que de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado.

El primero de los requisitos es el que hay que tomar en consideración para permitir o no en el pliego la cesión del contrato. Este requisito es complejo y merece un especial estudio. En realidad tiene una doble formulación, pues tras decir el precepto que no puede cederse un contrato si se ha adjudicado en virtud de las características personales y técnicas del adjudicatario, también veda la cesión cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato. Es decir no puede cederse un contrato si se adjudicó a persona concreta en virtud de sus cualidades, esto es que no encontremos ante un contrato intuitu personae o al menos ante un contrato adjudicado por procedimiento negociado de los del artículo 168.a).2.º de la LCSP, pero la Ley va más allá, pues no sólo se refiere a la cualificación del adjudicatario que dio lugar a que se le adjudicase el contrato, sino también a las características personales del mismo, que sin ser características técnicas sean elemento esencial del contrato, esto ocurre por ejemplo cuando se le requirieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, supuesto recogido en el segundo inciso del párrafo 1 del artículo 65 de la LCSP y del que es una aplicación la reserva de contratos en favor de los Centros Especiales de Empleo de la Disposición Adicional Cuarta. Existe sin embargo la posibilidad de que el contrato pueda ser cedido a un tercero que no reúna las características personales del adjudicatario que fueran elemento esencial del contrato si el adjudicatario se encontrara en un procedimiento concursal, posibilidad habilitada por el párrafo 2.b) del artículo 214, pero dado que esta posibilidad es ex lege no debe preverse en el pliego.

En conclusión si el contrato se adjudicó por procedimiento negociado con base en la causa del artículo 168.a).2.º o el adjudicatario ha de tener determinadas características no cabe permitir en el pliego la cesión del contrato.

En cuanto a que la cesión tampoco pueda realizarse de la misma resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado, es una circunstancia que habrá de apreciarse en cada caso y por tanto este formulario realiza una remisión expresa a la misma.

134. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, artículo 214.2.b) de la LCSP.

135. La autorización de la Administración es un acto reglado, debiendo concederse cuando se cumplan los requisitos del artículo 214 de la LCSP siendo el silencio positivo una vez transcurrido el plazo de 2 meses.

136. La distinción teórica entre cesión y subcontratación es en principio clara: en la cesión el adjudicatario cesionario desaparece de la relación jurídica con el ente público contratante siendo sustituido totalmente por el cesionario y en la subcontratación el subcontratado va a ejecutar materialmente prestaciones del contrato en virtud de una relación jurídica, el subcontrato, con el adjudicatario, no teniendo relación alguna con el ente contratante, sin perjuicio de que la LCSP atribuya a este ciertas facultades en caso de subcontratación en atención a los intereses del ente público en cuanto a la adecuada ejecución del contrato. La distinción jurídica acabada de exponer era más clara en la legislación anterior, pues durante toda la historia de la subcontratación pública se limitaba cuantitativamente la subcontratación de las prestaciones objeto del contrato (el artículo 227.2.e) del TRLCSP decía que «(l)as prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares...»), debiendo ejecutar directamente al menos algunas de ellas el adjudicatario, sin embargo la actual LCSP, de una manera que debe calificarse de defectuosa desde el punto de vista técnico, permite la subcontratación total. La crítica técnica se hace en virtud de dos argumentos: en primer lugar no cabe seguir definiendo la subcontratación como la concertación «con terceros la realización parcial de la prestación» como hace el artículo 215.1 de la LCSP si se permite que la subcontratación alcance al 100 por cien de las prestaciones y en segundo lugar la subcontratación, si alcanza el 100 transforma al adjudicatario en un mero garante económico de la ejecución, lo que le asemeja más a un cesionario que a un subcontratista.

En cuanto a la subcontratación, puede definirse como la concertación que realiza el contratista con un tercero para que realice parcialmente las prestaciones objeto del contrato.

Sin embargo, aunque la definición en la nueva Ley sigue siendo igual a la anterior, es decir, sigue hablando de realización parcial por un tercero, ha desaparecido el límite cuantitativo a la subcontratación, es decir, ahora puede subcontratarse el cien por cien de la prestación; sin embargo, lo característico de la subcontratación no es que el tercero no adjudicatario realice sólo parte de la prestación —esta imposición está establecida en la Ley en la definición de la figura, pero no es esencial para la figura jurídica—, pues podría determinarse válidamente en la norma que el subcontratista pudiese ejecutar toda la prestación y esto no afectaría a la naturaleza jurídica de la subcontratación. Lo característico es que el contratista no desaparece de la relación, es más, la relación entre la Administración y el contratista sigue existiendo y sigue siendo la misma, el subcontratista sólo ejecuta materialmente el contrato, pero no jurídicamente. Sin embargo, quién realice la prestación, después de las exigencias de solvencia que se establecen para poder licitar un contrato, hace que la Administración deba controlar quien lo ejecuta materialmente para que no sean defraudados sus derechos.

Entre los requisitos a los que se somete la subcontratación por el artículo 215 de la LCSP destacan los siguientes:

a) Los pliegos o el anuncio de licitación podrán prever que los licitadores tengan que hacer constar la parte del contrato que van a subcontratar, con su importe y el nombre o perfil empresarial de los subcontratistas. El carácter restrictivo de este requisito queda, no obstante, amortiguado en cuanto queda a la decisión del órgano de contratación.

b) En segundo lugar, la letra b) del apartado 2 exige la comunicación a la Administración del subcontrato a realizar, con indicación de las partes de la prestación que se pretenden subcontratar y la identidad del subcontratista.

c) La Ley permite la celebración de subcontratos con empresarios distintos a los indicados en la oferta o sobre partes del contrato diferentes a las indicadas, previa justificación y siempre que la Administración no se oponga en el plazo de veinte días desde la notificación.

d) Para los contratos secretos o reservados o aquellos cuya ejecución requiera medidas de seguridad especiales, o así lo exija la protección de intereses esenciales de seguridad del Estado la subcontratación requiere siempre autorización expresa del órgano de contratación.

La LCSP ha hecho desaparecer el límite que el contratista puede subcontratar.

137. La LCSP, desarrollando el Derecho europeo, permite como regla general la subcontratación, dado que es una forma de permitir que las empresas que por su tamaño no pueden licitar ciertos contratos puedan aunque sea

indirectamente participar de la contratación pública. Prueba de ello es que el segundo inciso del artículo 215.1 de la LCSP dice que «(e)n ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia....», además es la única forma en la que un licitador puede basarse en la solvencia y medios de otras entidades, derecho que le atribuye a todo licitador en artículo 75 de la LCSP, dado que la relación con estas entidades será subcontratación, como se desprende directamente de la cita al artículo 75.4 que realiza el 215.2.e).

Dado que la regla general de la LCSP es permitir la subcontratación no es preciso que el pliego la permita de manera expresa, aunque sí resulta conveniente. La prohibición de subcontratar sí ha de establecerse expresamente en el pliego y ha de ser consciente el órgano de contratación que sólo puede prohibirla en los supuestos permitidos por la LCSP y que al hacerlo está restringiendo la competencia al impedir utilizar a los licitadores la posibilidad que les da el artículo 75 citado, por todo ello la prohibición ha de ser expresamente motivada en el expediente.

Existen dos casos en los que se puede restringir la subcontratación: que el contrato tenga carácter secreto o reservado o su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y, segundo supuesto, que se establezca en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal, esta determinación deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.

138. No resulta obligatorio que se exija al licitador esta indicación, pero si se exigiere en el pliego y la oferta del licitador no fuere admisible al referirse a partes de la prestación que no pueden subcontratarse o a empresarios que no reúnen las características de solvencia exigibles existen dos posibilidades teóricas: admitir la oferta en general, pero no en la parte relativa a la subcontratación, o inadmitir completamente la oferta. La primera solución podría implicar que el licitador retirase su oferta en caso de considerar que no tendría capacidad para ejecutar el contrato sin realizar la subcontratación pretendida (o al menos no en la forma ofertada), caso en el que debería incautarse la fianza provisional si se hubiera establecido, pues el haber propuesto unos supuestos de subcontratación no admisibles depende plenamente de su voluntad, dado que conocía las exigencias del pliego en cuanto a prestaciones susceptibles de subcontratación y solvencia requerida a los empresarios para ejecutarlas. La inadmisión de la oferta parece excesiva, pues la LCSP admite que una vez adjudicado el contrato el contratista proponga la posibilidad de subcontratar partes de la prestación distintas de las que indicó en su oferta y/o con empresarios diferentes, pudiendo la Administración oponerse a esa subcontratación, pero no resolver el contrato por la mera propuesta.

139. Las cualidades del contratista que han de acreditarse se refieren a dos aspectos: por un lado, la ausencia de inhabilitación para contratar, al establecer el artículo 215.5 que en ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 60, y, en segundo lugar, la solvencia, pero exclusivamente la técnica o profesional (la financiera entiende el legislador que no es necesaria, pues quien responde frente a la Administración del incumplimiento del contrato es el contratista principal). La acreditación de la no inhabilitación del subcontratado no presenta problema, ni tampoco la de la solvencia si tiene la clasificación necesaria para realizar la prestación que pretende subcontratarse, pero si no la tiene se plantean dos cuestiones: ¿es preciso que el subcontratado esté clasificado si el volumen de la prestación que ha de realizar lo exigiese si fuese un contrato independiente, o basta con que acredite su solvencia?; en caso de no exigirse clasificación y no estar clasificado para contratos del mismo tipo, ¿qué nivel de solvencia ha de acreditarse y cómo? La respuesta a la segunda pregunta es más fácil: hay que incluir siempre en el pliego (como ya se vio para el caso de licitadores miembros de países de la Unión Europea), aunque el objeto del contrato exija clasificación, una forma de acreditar la solvencia, y el nivel a acreditar será el proporcional al importe de la parte de prestación que vaya a subcontratarse, teniendo en cuenta que fraccionar los subcontratos a adjudicar a un mismo subcontratista para que éste pueda acreditar una solvencia que no tiene si se subcontratasen todas las prestaciones conjuntamente es un fraude de ley que debe prohibirse en el pliego.

140. Esto puede ocurrir porque el pliego no obligase a que se indicasen dichos extremos en la oferta o porque, habiéndolo exigido y habiendo sido indicados, el contratista pretenda subcontratar prestaciones diferentes o con empresarios distintos. A diferencia de la posibilidad de prohibir la subcontratación de ciertas partes de la prestación, no parece que pueda prohibirse la subcontratación respecto de aquellas partes que el licitador no haya indicado en su oferta, por dos motivos: en primer lugar, la LCSP en su apartado 215.2.c) prevé la posibilidad de subcontratar sobre extremos distintos de los indicados en la oferta y, en segundo lugar, y sobre todo porque el interés de la Administración de conocer las partes de la prestación a subcontratar y la identidad de los empresarios subcontratados queda salvaguardado, pues se le permite oponerse al subcontrato en un plazo de veinte días.

141. La oposición de la Administración deberá fundarse en no ser susceptible de subcontratación la parte que pretende subcontratarse, o no tener o no haberse acreditado los requisitos exigibles el empresario con quien se pretende celebrar el subcontrato, o haberse fraccionado el subcontrato para tratar de eludir estos requisitos.



142. Este párrafo sólo se incluirá en caso de que el contrato tuviera carácter secreto o reservado, su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado. En este caso no se incluirán los dos párrafos anteriores.

143. El artículo 215.3 de la LCSP determina que la infracción de las condiciones establecidas en el artículo 215.2 para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, tendrá, entre otras previstas en esta Ley, y en función de la repercusión en la ejecución del contrato, alguna de las siguientes consecuencias, cuando así se hubiera previsto en los pliegos:

- a) La imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato.
- b) La resolución del contrato, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el segundo párrafo de la letra f) del apartado 1 del artículo 211.

El artículo 215.2 contiene los siguientes supuestos:

- La obligación de indicar en la oferta, si así lo establece el pliego, la intención de subcontratar.
- La obligación de comunicar anticipadamente a la Administración de la subcontratación que se pretende efectuar, y de esperar veinte días en caso de que la propuesta no hubiera sido indicada en la oferta.
- La obligación de acreditar la aptitud del subcontratista.
- La obligación de acreditar la concurrencia de la situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes.
- La obligación de no celebrar subcontratos respecto a partes de la prestación que en el pliego se hubieran declarado no susceptibles de subcontratación o con empresarios que no tuviesen la solvencia necesaria. Como obligación positiva diferente de la de comunicar y acreditar esas circunstancias.
- La obligación de no celebrar subcontratos sin autorización de la Administración en caso de que el contrato haya sido declarado secreto o análogo.

Respecto al primer supuesto, no debe establecerse sanción alguna, pues si el licitador tiene intención de subcontratar y no lo indica en la oferta, ni va a poder saberlo la Administración ni se produce ningún perjuicio para ella, pues cuando se quiera subcontratar va a tener plazo para oponerse.

En los demás casos, debe distinguirse entre la violación de obligaciones formales y las que tienen un carácter material y cuya vulneración puede ocasionar perturbaciones a los intereses públicos.

Las formales serían el no comunicar previamente a la Administración la intención de subcontratar o no esperar el plazo de 20 días a que se refiere el apartado c) del artículo 215.2; serían materiales las demás. Aunque la naturaleza de estas penalidades no es la de infracción administrativa según lo expuesto en la nota 50, cabe tener en cuenta lo previsto en el artículo 129.1) de la Ley 39/2015, de 21 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la penalidad por las infracciones materiales debe ser superior a las formales.

144. La Administración no puede resolver el subcontrato al no ser parte en él, por eso se establece esta posibilidad de resolver el contrato principal, lo que deberá acordarse ponderando el interés entre el mantenimiento del contrato y los perjuicios que pudiera ocasionar la ejecución del subcontrato celebrado.

145. La diferencia del importe de la indemnización está en que el 6% tiene carácter general y se aplica cuando la Administración sea responsable de que no se ejecute el contrato, sin embargo el 3% se aplica al supuesto especial de inmodificabilidad del contrato, lo que no es absolutamente culpa de la Administración.