

A CONTRATACIÓN DO SECTOR PÚBLICO APLICADA

LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO APLICADA

D. José María Cabrera Domínguez. Cabildo Insular de El Hierro

1.- INTRODUCCIÓN

Esta pequena ponencia consta de dos partes: la primera de ellas exclusivamente enunciativa, donde se recogen lo más trascendente del sistema de contratación pública y su repercusión en el escenario de la gestión deportiva; la segunda es una reflexión, muy personal, sobre algunas cuestiones de futuro que debe tener en cuenta el gestor deportivo en la contratación pública.

En esta última parte, se intenta aventurar algunas cuestiones en las que generalmente no estamos obrando adecuadamente o que pueden ser muy trascendentes en el futuro (la distinción entre convenios y contratos, la coordinación de actividades empresariales, la cesión ilegal de trabajadores y la nueva figura del responsable del contrato).

Por último, entiendo necesario reflexionar sobre los cuatro momentos claves de la actuación del gestor deportivo en el sistema de contratación pública.

Además, estos apuntes son un compendio muy breve de dos CUADERNOS TÉCNICOS DEL DEPORTE, editados por el Círculo de Gestores

de Madrid. El primero de ellos se titula “*Los sistemas de contratación pública en el deporte. Manual práctico para su aplicación*” y el segundo, “*Características de los pliegos en la contratación del deporte. Manual práctico para su aplicación*”, elaborados conjuntamente con los doctores Leonor Gallardo y Alberto Dorado.

En la actualidad, el gestor deportivo debe conocer el régimen jurídico de la contratación de las Administraciones Públicas. La contratación pública es más compleja que la de los contratos privados, pues se desarrolla a través de una serie de fases que condicionan su validez o suspenden su eficacia. El proceso lógico de estos trámites son indicadores del sistema de garantías con el que las Administraciones Públicas pretenden garantizar que la adjudicación contractual persigue únicamente el interés general. Es en esta fase donde se producen la casi totalidad de polémicas entre quienes, dentro de la Administración, tienen la obligación de controlar la legalidad del proceso administrativo y quienes tienen la necesidad de que el objeto del contrato se ejecute a la máxima celeridad, (es decir, la dialéctica órganos de control y órganos gestores).

2. TIPOS DE CONTRATOS MÁIS HABITUALES EN LA GESTIÓN DEL DEPORTE

Dentro de la amplia tipología de contratos (en la que existen contratos administrativos típicos, especiales y privados), el gestor deportivo utiliza habitualmente tres (gestión de servicios públicos, suministros y servicios), participa en otros dos, junto con otros facultativos (obra y concesión de obra pública). Como éste es un tipo de contrato novedoso, el gestor deportivo se encuentra inédito en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Además, también puede participar en contratos especiales (en el que se englobaban hasta ahora el de servicios deportivos o el de patrocinio deportivo, según algunas interpretaciones jurídicas) y privados (como el de espectáculos deportivos). Respecto a los más utilizados debemos concretarlos, aprovechando la definición que la propia Ley de Contratos del Sector Público utiliza.

2.1. Contratos Administrativos Típicos, Especiales y Privados

El art. 18 de la LCSP establece la siguiente clasificación de los contratos:

- ✘ Contratos administrativos, que, a su vez, podrán ser ordinarios o especiales.
- ✘ Contratos privados de la Administración.

Los contratos administrativos se rigen, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por la LCSP Ley y sus disposiciones de desarrollo. Por su parte, los contratos privados se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la LCSP, pero en sus efectos y extinción, por el derecho privado (20.2).

2.2. Los contratos administrativos típicos (art. 5.1 LCSP)

Son los contratos de:

- ✘ obra,
- ✘ concesión de obra pública,
- ✘ gestión de servicios públicos,
- ✘ suministro,
- ✘ servicios

✘ de colaboración entre el sector público y el sector privado.

2.3. Contrato de obras

Según prescribe el art. 6 de la LCSP, y a sus efectos, son contratos de obras:

“aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante.”

Los contratos de obra podrán comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto. Se entiende por «obra» el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

2.4. Contrato de concesión de obras públicas

Según el art. 7, *“la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 (el de obras) , incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”.*

Además puede tener el siguiente contenido:

- a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.
- b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.

Finalmente, el contrato de concesión de obras públicas podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.

2.5. Los contratos de gestión de servicios públicos

Se trata de los contratos, definidos por el art. 8 de la Ley de Contratos del Sector Público, por los que *“las Administraciones encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público, cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante.”*

Pueden adoptar (art. 253 LCSP) las modalidades de:

- ✘ Concesión; por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- ✘ Gestión interesada; en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- ✘ Concierto; con personal natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- ✘ Sociedad de economía mixta; en la que la Administración participa por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Como observamos, estos contratos resultan ser la correspondencia de los modos de Gestión Indirecta, en la remisión efectuada por el art. 85.2 de la LBRL, que textualmente señala:

“Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

A. (...)

B. Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público.”

Los modelos de gestión indirecta suponen la participación de un particular en la gestión del servicio público, que se articula mediante un contrato administrativo de gestión de servicios públicos. Aunque el art. 8 de la Ley de Contratos del Sector Público se denomina: «*Contrato de gestión de servicios públicos*», podemos observar que no existe un solo tipo de contrato, sino que diferentes técnicas contractuales permiten la gestión indirecta de los servicios públicos, teniendo escasas similitudes algunas de ellas. Esta posibilidad de elección del modelo de gestión no es absoluta, sino que se encuentra limitada por diferentes circunstancias, como veremos más adelante.

Puede ocurrir que se confunda los contratos de gestión de servicios públicos con los contratos de servicios. Sería como aplicarle prescripciones de una obra a un contrato de servicios, si se nos permite el ejemplo. Por ello, una idea importante es no olvidar la importante distinción entre los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos de servicios.

2.6. Los contratos de suministros

Se define como contrato de suministros, a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 9.1), los contratos “*que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.*”

Determinadas actividades se consideran contratos de suministros (art. 9.3), por ejemplo los siguientes:

- ✘ Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente.
- ✘ Los de arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, (a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.)

- ✘ Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

Sin embargo, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorporeales o valores negociables (art. 9.2).

2.7. Los contratos de servicios

Como definición, el art. 10 de la Ley de Contratos del Sector Público señala que *“Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro”*.

Además el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público divide estos contratos de servicios en 27 categorías, siendo la 26 la siguiente: *“Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos.”*

Estos contratos suelen tener como objeto una prestación y no un resultado (como más claramente aparece en los contratos de obras o de suministros). Como ya advertimos antes, es muy importante la distinción entre este tipo de contratos (de «*Servicios*») con otros (los de «*Gestión de Servicios Públicos*») que tiene una denominación parecida (e incluso un objeto aparentemente similar: hacer una tarea que habitualmente hace la Administración con sus medios propios) pero un régimen jurídico muy distinto.

También serían «*Servicios*», los que cubren necesidades de mantenimiento, limpieza, reparación u otras actividades operativas.

3.- EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS ÚLTIMAS MODIFICACIONES

Desde el 1 de julio de 2008, se encuentra en vigor la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (en adelante, LCSP). Es una ley extensa (309 artículos), que sustituye al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el

Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), a excepción de sus artículos 253 a 260, ambos inclusive, que permanecen vigentes.

Además modifica o deroga varios artículos de diferentes normas que pueden ser de interés para el Gestor Deportivo, como la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL) o el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril,

Su desarrollo reglamentario se ha efectuado sólo parcialmente, por lo que actualmente, se aplica el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 2 de enero, hasta tanto no sea derogado.

Aunque la LCSP es la obligatoria adaptación del sistema de contratación pública a las Directivas europeas sobre esta materia, excede con extenso su articulado el simplemente trasponer estas directivas.

Algunas de sus novedades más curiosas son la inserción de medios telemáticos, con una herramienta básica que es el “*perfil del contratista*”, aunque la LCSP resulta de difícil cumplimiento para los que trabajamos en el mundo local y conocemos sus recursos tecnológicos.

Como modificaciones sobre el sistema anterior, la LCSP:

- eleva las cuantías de los límites superiores de los procedimientos más sencillos (el contrato menor y el procedimiento negociado sin publicidad),
- elimina los términos «*concurso*» y «*subasta*» (aunque subsisten como formas de adjudicación)
- extirpa el tipo de contrato administrativo típico de “*Consultoría y Asistencia*” (que ahora se engloba dentro del de “*Servicios*”),
- introduce en la Ley la figura del responsable del contrato (tan necesaria en las externalizaciones indiscriminadas e incontroladas en las que se ha visto nuestro sector)
- inventa el tipo contractual de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, muy complejo y previsiblemente inútil para el Gestor Deportivo.

Por experiencia, diríamos que, de la amplia tipología de contratos administrativos, el Gestor Deportivo utiliza habitualmente tres (gestión de servicios públicos, suministros y servicios), participa en otros dos, junto con otros facultativos (obra y concesión de obra pública) y, como es un tipo de contrato novedoso, se encuentra inédito en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Por ello, debemos intentar una mejora en el conocimiento de aquéllos que más usamos, los de suministros, servicios y más puntualmente, los contratos de gestión de servicios públicos (éstos últimos, muy complicados).

Además, el Gestor Deportivo suele (o debería) participar en la preparación o ejecución de contratos administrativos típicos, como son el de obra y concesión de obra pública, cuando la obra tenga un uso deportivo, colaborando con los facultativos legalmente habilitados para ello por la Ley de Ordenación de la Edificación mediante un equipo pluridisciplinar. Es especialmente importante la definición por el Gestor Deportivo de las necesidades del equipamiento (que se integrará en la memoria del proyecto de obras, prevista en el art. 107.1ª de la LCSP) y, específicamente en el contrato de concesión de

obra pública, en el estudio sobre el régimen de utilización y explotación (previsto en el art. 113.2.d de la LCSP). Insistimos en esta participación en el equipo redactor de los documentos preparatorios, aunque rechazamos las exageraciones de algún compañero que se autotitula “director facultativo” de estos tipos de contratos, posición que legalmente se atribuye con carácter de exclusividad a otros profesionales diferentes.

4. UNA DEFENSA DE LA LÓGICA DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN

En el proceso global para la adquisición de algún bien en la Administración de una forma general, debe advertirse una necesidad y debe ser definida adecuadamente para que, quien tenga la competencia, apruebe el inicio del expediente y reserve el dinero para la adquisición, luego se establecen las condiciones de adquisición (unas serán de tipo jurídico y otras de tipo técnico).

Después, se inicia la publicidad de la adquisición y se reciben las ofertas en un tiempo determinado. De estas ofertas, se eligen las más ventajosas, se formaliza el contrato tras recabar unos documentos (expediente) que garantizan que el proveedor no es un deudor de

impuestos públicos o de la Seguridad Social y que nos ingresa una cantidad para garantizar el correcto cumplimiento del contrato. Se recibe el bien, se abona y queda el período de garantía para comprobar su funcionamiento.

En el siguiente esquema, se puede observar cuales son las precauciones que la Administración debe adoptar para que el dinero de todos, se gaste de la forma más clara posible:

- ✘ Que exista publicidad de la intención de contratar y posibilidad de concurrencia de los que estén interesados en ofrecerse para esa contratación.
- ✘ Que quien intervenga en nombre de la Administración, goce de la autorización preceptiva para ello, conforme las reglas internas de esa Administración (competencia del órgano de contratación).
- ✘ Que quien contrate con la Administración esté capacitado para cumplir con el contrato (capacidad y clasificación del contratista), que aporte un aval inmediatamente ejecutable de su cumplimiento (garantía) y que no haya incumplido previamente las obligaciones con la Seguridad Social, con la Administración Tributaria o contratos con anterioridad.

- ✘ Que esté determinado el objeto del contrato, sus condiciones de ejecución y su precio.
- ✘ Que se posea dinero suficiente para pagarlo (existencia de crédito adecuado y suficiente) y esos fondos estén destinados para gastos de ese tipo (fiscalización previa y aprobación del gasto).
- ✘ Que como prueba del cumplimiento de lo anterior, quede documentado el procedimiento (formalización del contrato).

El primero es la pluralidad de personas que participan en este procedimiento: el técnico (que detecta la necesidad y la define, verifica el cumplimiento por el bien de las necesidades y concreta la mejor oferta desde el punto de vista de su competencia); el órgano de contratación (que decide iniciar el procedimiento de adquisición y el gasto que implica, lo aprueba cuando está definido y acuerda la compra de un bien concreto), el responsable económico (que verifica la existencia de dinero para la adquisición y abona la factura); el responsable jurídico (que verifica que el procedimiento es el correcto y señala las condiciones jurídicas de la adquisición); el proveedor (que debe presentar una oferta, documentar su condición de licitador y

suministrar el bien) y, en algunos casos, el especialista en compras (que impulsa y media en el proceso).

Como la necesidad del bien que debe ser suministrado hace más sensible a unos que a otros, la velocidad de su participación es variable, siendo habitualmente los órganos administrativos y los de control más culpables que los gestores en este problema. Cada informe tiene un plazo general de emisión de diez días (debemos multiplicar este plazo por el número de informes incluidos en el expediente, que resumidamente son el inicial de necesidad, el de Secretaría, el de Intervención, el de valoración técnica de las ofertas, etc... y sin contar por supuesto los informes especiales), les agregaremos los tiempos de documentos cuya elaboración no tiene plazo previsto pero les asimilaremos el de diez días (multiplicar por el número de documentos: pliego de prescripciones técnicas, pliego de cláusulas administrativas particulares, los decretos de inicio del expediente, de aprobación del expediente, de adjudicación, el nombramiento de la Mesa de Contratación, etc.); los plazos de publicidad y de presentación de ofertas o los de presentación de documentos por el adjudicatario provisional o el de formalización del contrato son de quince días cada uno.

Por último, los plazos indeterminados de las actividades materiales: la firma de documentos y su traslado, la comunicación interna entre departamentos, la espera para la publicación en los boletines, etc.

Sin contar que pueden existir trámites especiales (que implican más tiempo) o que los órganos administrativos tarden más de lo fijado para realizar sus actos (lo cual es muy probable), un suministro de estas características no se adjudica antes de 180 días desde que se descubre su necesidad. Ahora, debe sumarse, antes de su recepción, el plazo de ejecución del contrato que, según el bien y el lugar desde donde debe ser remitido, es muy variable.

Siendo tan complicadas las fórmulas de contratación ¿para adquirir diez balones de voleibol o una portería de fútbol es preciso todo este procedimiento?. No.

5.- El Contrato Menor

Uno de los cambios de la nueva LCSP es la cuantía evaluable para los procedimientos. Para ello, está previsto un contrato administrativo,

gráficamente denominado «*Contrato Menor*», cuyos trámites se han simplificado al máximo.

Este adelgazamiento en los trámites obliga simplemente a obtener la aprobación del gasto (y, en el caso de las obras un presupuesto previo) para proceder a la contratación que únicamente requiere el mero acto administrativo de adjudicación, que podrá ser directa a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación.

¿Cuál sería la cuantía máxima por debajo de la cual la Administración no se toma muy en serio los trabajosos requisitos descritos en apartados anteriores?: Seguramente, muy superior a la que estableceríamos nosotros mismos: Para los contratos de obra, 50.000 €, y para el resto de contratos, 18.000 €.

Otra posibilidad de la LCSP para no hacer tan complicada la vida al Gestor Deportivo es la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, que hace más sencillo el procedimiento de selección del adjudicatario.

En el procedimiento negociado sin publicidad, la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido, tras efectuar consultas con no menos de tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato y negociar las condiciones del contrato. Es obligado advertir que el procedimiento de preparación del contrato es exactamente igual (igual de lento, queremos advertir) que en el sistema general, que es el procedimiento abierto.

Pues bien, el procedimiento negociado sin publicidad está permitido, entre otros casos más especiales, en aquellos contratos de obra de importe inferior a 200.000 €, y para el resto de contratos, de importe inferior a 60.000 €.

Además, queda la posibilidad excepcional (para algunos, ya casi habitual) de la tramitación de urgencia (que abrevia la mayoría de plazos a la mitad, conforme el art. 96 de la LCSP) o la de emergencia, que es tan inusitada (art. 97 de la LCSP) que difícilmente la veremos en la Gestión Deportiva.

6.- Un ejemplo práctico del proceso: Un contrato de suministro deportivo



Las prestaciones de un contrato de suministros son los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

Los bienes muebles son los que se pueden mover sin daño para el inmueble al que se encuentran unidos. Por ejemplo, podemos mover un mueble pero no una casa. No es cuestión de tamaño pues un trasatlántico es un bien mueble pero no lo es una fuente de jardín (cuando está ya instalada, claro está). También se da esta consideración a otros bienes incorpóreos (unas acciones, por ejemplo) por que la Ley (en este caso, el Código Civil) así lo indica.

Ya puestos a distinguir recordemos que estos bienes muebles son fungibles o no fungibles. Los primeros son los que se consumen con su utilización (balones, el tóner de la impresora, etc...), siendo los que no se perjudican significativamente con su uso los no fungibles (por ejemplo, máquinas de fitness, porterías, canastas, etc.).

6.1.- La adjudicación del suministro por procedimiento de contrato menor

Ya hemos visto que, dentro de los contratos administrativos típicos, aparece la figura del contrato menor, que se utiliza para contratos de importe reducido, minimizándose también su tramitación. En el importe máximo de 18.000 €, no se debe computar el impuesto indirecto (IVA o IGIC) (art. 76 LCSP).

Nos detendremos en este tipo contractual, por tres razones:

- ✘ es el que utilizaremos con mayor frecuencia,
- ✘ es aquel con el recibiremos menos ayuda para su tramitación de los servicios generales (que se encuentran más ocupados en la preceptiva fiscalización de contratos más engorrosos)
- ✘ es aquel que más fraudes produce por su escaso control

El trámite exigido por la LCSP es mínimo, ya que requiere únicamente la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente.

Estos contratos menores pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación.

6.2.- La adjudicación del suministro por procedimiento negociado con publicidad

La LCSP induce a confusión a quienes están habituados a las normas antiguas pues cuando establece que el procedimiento negociado se puede aplicar a los suministros menores a 100.000 €, todos pensamos que pocos procedimientos iban a tramitarse por el procedimiento abierto (que, aunque sea el ordinario, nos iba a resultar “extraordinario” por su escasa utilización).

Es cierto que ese límite (que estimamos bastante alto en unidades gestoras de deporte) es el umbral del procedimiento negociado. Sin embargo, este procedimiento realmente comprende dos trámites distintos:

- ✘ el procedimiento negociado con publicidad
- ✘ el procedimiento negociado sin publicidad.

El procedimiento negociado con publicidad se asimila en una de sus partes a un procedimiento de muy escaso éxito de utilización (el restringido), dado que es largo y con muchas fases. Como uno de las dimensiones de nuestro trabajo de gestores es el tiempo y no solemos encontrarnos sobrados de plazos, es un procedimiento que no recomendamos para los casos generales (aunque es muy útil para casos especiales). Por ello, dado el espíritu tremendamente aplicado de este curso, ni lo explicaremos.

El procedimiento negociado sin publicidad previa está permitido cuando la cuantía del contrato de suministros sea inferior a 60.000 euros. En ocasiones existe confusión entre el contrato menor y el procedimiento negociado. El contrato menor es de una simplificación extrema, mientras que el procedimiento negociado es una simplificación en la fase de adjudicación de un contrato igual de complejo en su preparación y aprobación.

El expediente para adquirir un bien mueble debe comenzar con el informe que ya citamos cuando hablamos del contrato menor (el que llamamos “informe de necesidad e idoneidad”). Aunque, en el contrato menor este informe es aconsejable, en el procedimiento negociado

este informe es preceptivo y corresponde al órgano de contratación. Veremos más profundamente este informe más adelante.

Una vez que el expediente se inicia por medio de estos informes (el nuestro y el del órgano de contratación, en su caso, en forma de decreto), hay que unirle los cuatros documentos básicos del expediente:

- ✘ El pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), que incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumen las partes del contrato. Estos pliegos se aprueban por el órgano de contratación competente.
- ✘ El pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT). Contienen las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la ejecución de la prestación.
- ✘ El certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya (en adelante, RC)
- ✘ La fiscalización previa de la Intervención municipal, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

Pues bien, hasta ahora el expediente (y su trámite) es exactamente igual en el procedimiento negociado que en el procedimiento abierto (y que en el restringido). Y también es sustancialmente diferente al contrato menor, por lo que, como advertimos, se parecen más el negociado sin publicidad y el abierto que el contrato menor y el procedimiento negociado sin publicidad. Y lo peor no es que el procedimiento sea tan extenso en los trámites, sino que sea tan largo en el tiempo. A partir de este momento, en el trámite de adjudicación, es cuando podemos observar cierta agilidad.

Según el art. 153 de la LCSP, *“En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos.”*. En el procedimiento negociado sin publicidad, como su propio nombre indica, no existe una publicidad previa, asegurándose la concurrencia mediante la consulta con, al menos, tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible.

Esta negociación con los licitadores intentará identificar lo que la LCSP denomina *“la oferta económicamente más ventajosa”*. Tal nombre puede inducir a confusión, ya que no sólo se debe atender al precio del suministro para definir la mejor oferta, sino que se deben conjugar todos los aspectos de negociación previstos en el PCAP. El art. 134 de la LCSP señala que, *“...para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como (...). Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”*.

Como otro de los principios de este sistema es la transparencia, en el expediente quedará constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo. Como la transparencia no está reñida con la confidencialidad, el art. 124 de la LCSP establece que no podremos divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial (por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas). Por su parte, el contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se

le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber 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.

7.- Cuatro cuestiones de actualidad en la contratación pública

Continúo esta pequeña ponencia con una reflexión, muy personal, sobre algunas cuestiones de futuro que debe tener en cuenta el gestor deportivo en la contratación pública.

En tres de estas cuestiones, la distinción entre convenios y contratos, la coordinación de actividades empresariales y la cesión ilegal de trabajadores se destacan cuestiones en las que generalmente no estamos actuando con prudencia.

En cuanto al responsable del contrato, vemos como la LCSP ha escuchado muchas súplicas de los gestores deportivos y les faculta para tener unos poderes de dirección y control del contrato análogos

a los que siempre hemos envidiado de las direcciones facultativas de las obras.

7.1.- La extraña mezcla entre convenios y contratos

En la Gestión Deportiva, es un error habitual tramitar convenios en sustitución de un contrato administrativo de servicios. De esa manera, “*conveniamos*” (es decir, firmamos un convenio) con una entidad (casi siempre, no lucrativa: club o federación) para que preste un servicio a cambio de una subvención. Esta actuación, que es frecuentísima, destila incongruencias jurídicas por todos lados.

La primera: calificar el convenio como acto administrativo absolutamente diferente e independiente a la subvención, cuando, en realidad, es el instrumento que documenta o formaliza la adjudicación de una subvención paccionada, o en otras palabras, el documento que contiene la finalización convencional de este procedimiento. Es decir, hablamos de subvención, aunque se documente en un convenio. Y en la propia definición legal de subvención, prevista en el art. 2 de la LGS, la misma figura como «... toda disposición dineraria (...) que cumpla los siguientes requisitos: (...) Que se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.»

Pues bien, en muchos de estos convenios, se definen obligaciones que son claramente *“contraprestaciones directas de los beneficiarios”* (las entidades deportivas) y por ello, no nos encontramos ante la concesión de subvenciones documentadas en convenios sino ante el pago del precio de verdaderos contratos administrativos de servicios.

Ejemplos de ello, la supuesta subvención (unilateral o por convenio) como forma de abonar a los clubes la creación o mantenimiento de escuelas deportivas municipales (en algunos casos, hasta el propio Ayuntamiento percibe una tarifa por la participación en dichas escuelas municipales) o la prestación de un servicio (por ejemplo, una campaña de verano también municipal) o incluso la gestión de un servicio público (por ejemplo, el de una instalación deportiva).

Ello supone una evidente infracción de lo preceptuado en la LCSP, que obliga a que tales actividades se rijan por la normativa de contratación administrativa. La propia LCSP manifiesta, en este sentido, que se celebrarán con sujeción a la misma los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica (art. 2.1.) cuyo

objeto sea la gestión de servicios públicos y la prestación de servicios, aunque sean deportivos.

Por otra parte, también hemos oído que está prohibido contratar con clubes (o con entidades sin ánimo de lucro). La LCSP no sólo permite la contratación administrativa con entidades sin ánimo de lucro, como los clubes y federaciones deportivas, sino que además la llega a primar en determinados casos (según el apartado 3º de la disposición adicional sexta). Para permitir esta preferencia, que debe estar contenida en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de contratos referidos a prestaciones de carácter social o asistencial, se requieren las exigencias previstas en la Dª.Aª. 6ª.

7.2.- La coordinación de actividades empresariales

Cuando tenemos concurrencia de varias empresas en un mismo centro de trabajo, por ejemplo, en una instalación deportiva, se pueden producir situaciones comprometidas para la seguridad y salud de los trabajadores. Por ello, se les dedica el art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y un desarrollo reglamentario específico mediante el RD 171/2004.

Todas las empresas y trabajadores autónomos que coincidan realizando actividades productivas en un mismo centro de trabajo (entendido éste en sentido amplio) están obligadas a cooperar en la aplicación de la normativa preventiva. Dicho deber implica, en primer lugar, el informarse recíprocamente sobre los riesgos que pudieran afectar a los trabajadores de las demás empresas concurrentes. Esta información debe ser suficiente y previa al inicio de las actividades concurrentes. Además, constará necesariamente por escrito cuando los riesgos generados por alguna de las empresas implicadas fueran de carácter grave o muy grave. Además, los empresarios concurrentes vienen obligados a establecer los necesarios medios de coordinación.

El incumplimiento de los deberes de cooperación y coordinación señalados podrá generar para cada uno de los empresarios transgresores la responsabilidad administrativa correspondiente a infracción grave, salvo que, tratándose de actividades consideradas peligrosas o con riesgos especiales, la conducta pudiera incardinarse en la infracción muy grave.

Cuando un empresario es titular de un centro de trabajo en el que concurren otras empresas, como ocurre en las instalaciones deportivas municipales, la condición de empresario principal implica la obligación de vigilar que sus contratistas y subcontratistas cumplan las normas sobre prevención de riesgos. En ejecución de dicho deber de vigilancia, existen una serie de obligaciones instrumentales, como son:

- Exigir a sus contratistas y subcontratistas, antes del inicio de la actividad en centro de trabajo, que le acrediten por escrito que han realizado la evaluación de riesgos y la planificación preventiva concernientes a los servicios contratados, así como el cumplimiento de las obligaciones de información y formación respecto de los trabajadores allí destinados.
- Comprobar que las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo han establecido entre ellas los necesarios medios de coordinación.
- Disponer de un libro registro en el que se refleje todas las circunstancias de la contrata o subcontratas, incluidas las medidas previstas para la coordinación desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

El incumplimiento por el empresario principal de aquella obligación de vigilancia le comporta la atribución de una responsabilidad solidaria por las infracciones de la normativa de prevención cometidas por contratistas y subcontratistas que pudieran haberse evitado si realmente hubiera existido una vigilancia suficiente por su parte.

7.3.- La cesión ilegal de trabajadores

Cualquier empresa que contrate trabajadores, sin la intención de emplearlos y con el fin de cederlos a otra (aunque ésta sea una Administración Pública), estará incurriendo en una actividad que se encuentra prohibida expresamente por la ley, como es la de cesión ilegal (art. 43.2 ET).

A veces, la transferencia de personal se produce por medio de la intermediación o interposición de un empresario cuya existencia es una mera ficción. Se trata de empresas aparentes que carecen de instalaciones propias, patrimonio y medios materiales de producción y, claro está, de su propia plantilla. Otras veces, la subcontratación es fraudulenta, bajo la apariencia de una verdadera contrata entre dos empresas con entidad y existencia reales, con organizaciones diferenciadas e instalaciones propias, actividades separadas, y

plantillas independentes y cada una con sus propios riesgos. En este caso, quien ocupa la posición de empresa contratista es un verdadero empresario pero no realiza con sus instrumentos y medios materiales y personales la parte de actividad que se le encarga, ni pone en juego su propia organización, limitándose a suministrar mano de obra al empresario.

Cuando la contrata consiste en una prestación de servicios no es fácil diferenciarla de la cesión ilegal. Por ello la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes sino complementarios y que tienen un valor indicativo u orientador: justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios y la realidad empresarial del contratista manifestada a través de datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva....etc.

En otras ocasiones la línea divisoria se ha trazado en relación con la doctrina del empresario efectivo, ponderando el desempeño de la posición empresarial en relación al trabajador concreto. De esta manera, si la empresa contratista asume la posición de empresario o

empleador respecto de sus trabajadores, desempeñado los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se está ante una contrata regulada en el art. 42 ET, aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no es suficiente para eliminar la cesión ilegal si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal.

En caso de infracción de la prohibición relativa a la cesión ilegal de trabajadores, el trabajador tendrá el derecho a optar si adquiere la fijeza en una u otra empresa, la cedente o la cesionaria (art. 43.3 ET), siendo su antigüedad, la del inicio de la cesión ilegal. Cuando la cesión prohibida se lleve a cabo con intervención de una Administración Pública, es casi seguro que el trabajador opte por permanecer en la plantilla de dicha Administración. En este caso, el efecto de la cesión no será la adquisición de la condición de personal fijo por parte del trabajador cedido, sino que, aplicando la misma solución jurisprudencial que la referida a los efectos de la contratación temporal en fraude de ley, el contrato de trabajo se considerará concertado por tiempo indefinido. Como ejemplo de ello, insertamos

una noticia de prensa relacionada con nuestra actividad que recoge los citados riesgos.

ALICANTE

Sancionan con 15.000 euros a las empresas que ceden trabajadores de forma ilegal a Deportes

El Patronato que dirige Miguel Cabeza recurrirá su multa de 210.000 euros mientras ultima los nuevos contratos de socorristas y conserjes

27.09.07 -

J. F. PICÓ

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales también ha sancionado a las empresas que de manera ilegal han venido suministrando trabajadores al Patronato Municipal de Deportes. En concreto, la multa asciende en cada uno de los dos casos a 15.000 euros, según ha podido saber este diario de fuentes conocedoras de la resolución.

Tal y como desveló La Verdad, dos inspectores de Trabajo informaron a mediados de septiembre sobre la cesión ilegal de trabajadores que se estaba dando en el Patronato Municipal de Deportes. La investigación, auspiciada por los sindicatos Comisiones Obreras y UGT, ha concluido en una sanción de 210.000 euros para el organismo dependiente del Ayuntamiento de Alicante, además de provocar un terremoto en el seno de las dependencias que dirige ahora el delegado de Deportes, Miguel Cabeza.

Tal es así que, tal y como se ha venido informando, el Patronato ya tramita la contratación de conserjes y socorristas al margen obviamente de la relación contractual con las empresas investigadas y también sancionadas. En un principio, la idea es disponer de conserjes a través del Servicio Valenciano de Empleo y Formación (Servef) y de socorristas mediante una bolsa de trabajo del propio Patronato Municipal.

No obstante, mientras se dispone de los nuevos contratos -se espera que para el 1 de octubre-, aún hay personal de al menos una de las empresas que trabaja para el Patronato.

Según las fuentes consultadas, el Consistorio ya trabaja en el recurso a la decisión de Trabajo, iniciativa que también adoptarán, por su parte, las empresas implicadas, Sport Ocio 2010 y Evento Line. Ambas suministran desde hace años socorristas y conserjes, respectivamente. En uno de los casos, según las fuentes municipales consultadas por este diario, ni siquiera existe contrato alguno con el Ayuntamiento, al menos desde hace un año. Lo hubo, finalizó y no fue prorrogado, ni tampoco fue convocado otro concurso para una nueva adjudicación.

El equipo de gobierno del Partido Popular ha tomado cartas en el asunto. El alcalde, Luis Díaz Alperi, ya ha hablado con el delegado de Deportes (lo hizo después del último Pleno municipal) para conocer de primera mano qué ha ocurrido y qué ocurre en el Patronato. No son los únicos concejales que se han implicado en este grave problema desde que La Verdad desveló la investigación y resolución posterior del Ministerio de Trabajo. El edil de Personal, Juan Seva, también conoce del problema.

Por su parte, los sindicatos que denunciaron la cesión ilegal de trabajadores están a la espera de que Miguel Cabeza cumpla con el compromiso adquirido para trabajar de manera conjunta en la reorganización de las tareas del personal del Patronato.

7.4.- El Responsable del contrato

En la LCSP, aparece una figura nueva que es el Responsable del Contrato, delimitada por varios artículos, que reproducimos:

Art. 41.

“1. Los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él.

2. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato se entenderán sin perjuicio de las que corresponden al Director Facultativo conforme con lo dispuesto en el Capítulo V del Título II del Libro IV.”

Las características esenciales de esta figura son las siguientes:

- El responsable del contrato puede ser tanto una persona tanto física como jurídica.

- La relación entre el responsable y la Administración puede ser de diferente naturaleza:

- **Integrado** en la misma. En este caso, tanto los funcionarios de carrera, los interinos y el personal laboral pueden ser designados por el órgano de contratación como Responsables.

En el caso del personal eventual, dado que «...*sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial...*», (en teoría jurídica, ya que a veces, ejerce como una verdadera autoridad o, lo que es peor, como un funcionario) no parece que pueda ser Responsable de un contrato. Por el contrario, sí podría serlo el personal directivo, por cuanto es «... *el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas,...* ».

- **Ajeno**. La LCSP recoge expresamente que el Responsable del Contrato puede ser también una persona, física o jurídica, ajena a la entidad contratante, pero vinculada al mismo a través de un contrato de servicios.

Es preciso debemos destacar el carácter potestativo de la designación por el órgano de contratación de un responsable del contrato, ya que no es obligatorio. Para su función, ejerce las facultades que el órgano de contratación le hubiera atribuido; correspondiéndole, en todo caso, supervisar su ejecución, adoptar decisiones, formular propuestas y dictar aquellas instrucciones que se consideren necesarias, con la única limitación de ser adecuadas para alcanzar la realización correcta de la prestación pactada. Estas atribuciones le serán encomendadas por el órgano de contratación, normalmente en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y formará por tanto parte del documento de formalización del contrato.

La LCSP, en los contratos administrativos de obra, distingue entre el Responsable del Contrato (opcional) y la Dirección Facultativa (obligatoria). Por ello pueden coexistir, siendo el Director Facultativo la persona con titulación adecuada responsable del control, ejecución y dirección técnica de las obras y cuyas funciones con carácter general son las indicadas en la propia LCSP, en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en la LOE.

8.- LOS MOMENTOS CLAVES DEL GESTOR DEPORTIVO EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Por último, creo importante reflexionar sobre los cuatro momentos claves de la actuación del gestor deportivo en el sistema de contratación pública.

El primero de ellos es el informe con el que comienza una contratación. Cualquier expediente de contratación debe comenzar con el informe de necesidad e idoneidad, previsto en el art. 22 de la LCSP.

Este informe es preceptivo y corresponde al órgano de contratación. ¿Al órgano de contratación? ¿Significa ello que no debemos informar nosotros?. No, porque el art. 73.2 del RGLCAP indica que es el mismo viene acompañado de un “...*informe razonado del servicio que promueva la contratación, exponiendo la necesidad, característica e importe calculado de las prestaciones objeto del contrato*”, con lo que, como ya sospechabas, el informe “*del órgano de contratación*” lo

único que hace es reproducir el informe inicial, que es el tuyo (“*el del servicio que promueve la contratación*”).

Recordamos que, en dicho informe debemos definir las siguientes cuestiones:

- Las necesidades que pretenden cubrirse con la contratación. Estas necesidades deben ser coherentes con los fines de la Entidad que contrata (art. 22 LCSP) y deben ser determinadas de forma precisa. Esta necesidad puede venir de figurar en planes previamente aprobados o autorizados (siempre y cuando la planificación se haya realizado, algo escasamente probable), bien por estimarse singularmente necesaria.
- La idoneidad del objeto, contenido del contrato y características del suministro para satisfacerlas.
- El plazo previsible de ejecución del contrato y si consideramos necesario establecer un período de prórroga (en este contrato, es posible pero en el contrato menor no).
- El importe estimado del precio del contrato. Esta estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado en el momento del informe y se ordena a los órganos de contratación que velen (art. 75.1 de la LCSP) para que “*e/*

precio sea adecuado (...) mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado". Como ya hemos dicho, en la estimación del precio, se indicará como partida independiente el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración.

Dado que son cuestiones sobre las que debemos pronunciarnos para la adecuada tramitación del expediente, podemos incluir en este informe (o en informe adjunto) algunas cuestiones:

- Procedimiento
- Trámite: En cuanto a los tiempos del expediente de contratación, lo normal es la aplicación del trámite ordinario o excepcionalmente uno abreviado, llamado de urgencia. Para la aplicación del trámite de urgencia, se requiere que los expedientes se correspondan con contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. Aunque así explicado, parezca obvio que todos los expedientes reúnen una o ambas condiciones, la interpretación de estos llamados "*criterios jurídicos indeterminados*" es restrictiva. Es decir, no cabe utilizarlo simplemente porque hemos empezado el

expediente con retraso, como nos suele pasar. Tiene que haber una razón concreta y no imputable al órgano de contratación, es decir una motivación, para aplicar este régimen acelerado.

- **Condiciones especiales de ejecución del contrato:** deben reflejarse en el PCAP. Estas condiciones especiales de ejecución podrán referirse a consideraciones de tipo medioambiental o de tipo social (promoción del empleo de personas con dificultades particulares, eliminación de desigualdades entre el hombre y la mujer, la garantía del respeto a los derechos laborales u otras). Por ejemplo, esto permitiría eliminar a proveedores que fabrican productos en países que no respetan los derechos laborales o violan los de la infancia, por poner un ejemplo muy conocido en el deporte.
- **Medios de acreditación de la solvencia económica y financiera o de la solvencia técnica:** La administración no contrata con cualquiera, sino que exige unas condiciones mínimas de capacidad y de solvencia en los empresarios a los que confía un contrato (art. 51 de la LCSP). Estas condiciones mínimas de solvencia las determina el órgano de contratación y figuran en el PCAP, por lo que es preciso informar al mismo de cuales son los que aconsejamos de entre los previstos en los artículos 64 y

66 68 de la LCSP. En la solvencia, la LCSP distingue la solvencia económica y financiera, es decir, que su situación empresarial es de cierta solidez y la solvencia técnica, es decir, que hace las cosas medianamente bien. Es importante establecer una apuesta por una adecuada utilización de los medios de solvencia técnica. Nos explicamos: ha sido habitual ver contratos en los que se valoran como criterios de adjudicación aspectos que son condiciones mínimas de solvencia técnica (por ejemplo, la experiencia en trabajos similares). Por suerte, también es ya habitual ver sentencias fulminando dichos procedimientos, por ser ilegales la aplicación de tales criterios. Una cosa es indicar las condiciones mínimas que deben reunir quienes deseen entrar en la competición (que es el procedimiento de adjudicación) y otra distinta, valorarle esa condición mínima para hacerle ganar esa competición, lo que sería un criterio de adjudicación.

- **Criterios de adjudicación:** También es preciso fijar en el PCAP estos criterios. Por ello, es preciso elaborar un informe en el que comuniquemos al órgano de contratación cuales han de ser. Los criterios (o como les denomina la LCSP) “*de valoración de las ofertas*” atienden a criterios directamente vinculados al

objeto del contrato. Ejemplos: la mejor calidad, el menor precio, el menor plazo, el menor coste de utilización, las mejores características funcionales, el menor coste de mantenimiento, la más rápida asistencia técnica u otros semejantes, todo ello partiendo de los valores establecidos en el PCAP o en el PPT. Los criterios deben ser objetivos en una doble acepción: referirse directamente al objeto del contrato y que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Antes, sólo se exigía por el TRLCAP lo primero y se defendía lo segundo. En la LCSP, se exigen ambas facetas del adjetivo “*objetivo*”. Cuando deba existir un solo criterio (por ejemplo, si los bienes de un suministro están perfectamente definidos o están normalizados y no es posible adelantar el plazo de entrega ni mejorar lo previsto en el PPT), el precio será el único factor determinante de la adjudicación. Sin embargo, lo habitual es que haya varios. En este caso, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos (por un valor o porcentaje, o también incluso mediante una franja de valores). Como garantía de transparencia, la LCSP pide que, para la determinación de los criterios de adjudicación, se otorgue

mayor importancia a los que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. En caso contrario, establece un procedimiento “disuasorio”. El art. 134.6 de la LCSP, hace una previsión muy interesante y que, en nuestra opinión, debería ser prescriptiva (y no meramente facultativa): Que el PCAP establezca penalidades para los casos de incumplimiento de la prestación que afecten a los aspectos tenidos en cuenta para su adjudicación. Es decir, que si un licitador ha obtenido la adjudicación por ofrecer un menor plazo de suministro, podamos penalizarlo de manera especial (o incluso, resolver el contrato) por incumplir el plazo ofrecido.

- Admisibilidad de variantes o mejoras: Como también resulta obligatorio indicar en el PCAP la admisibilidad de variantes o de mejoras, debe elaborarse un informe en el que comuniquemos al órgano de contratación tal posibilidad, precisando sobre qué elementos del suministro y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

Una vez que el expediente se inicia por medio de estos informes, hay que unirle los cuatros documentos básicos del expediente:

50



- El pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP)
- El pliego de prescripciones técnicas (PPT)
- El certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya (RC)
- La fiscalización previa de la Intervención.

El primero de ellos contiene los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. Por tal razón, suele estar elaborado los servicios municipales de naturaleza jurídica (Secretaría, Asesoría Jurídica o Contratación, según la organización de cada ayuntamiento), estando nuestra intervención como gestores limitada a concretar determinados aspectos, como veremos más adelante. Este documento es tan importante porque incluye todas las cláusulas que evitan que el documento de formalización del contrato sea largo como una Biblia (ya el PCAP asume esta función y sí que es largo).

El PPT es el documento básico del contrato para nosotros. En primer lugar, porque determina las características técnicas de la prestación, con su descripción precisa e inteligible. En segundo lugar, porque

seguramente, lo debemos redactar nosotros como gestores. Consideramos este documento un ejemplo del valor y la profesionalidad del Gestor Deportivo. Cuando hemos tenido la oportunidad de examinar documentación de algunos contratos, observamos que la definición del PPT es más correcta cuanto mayor es la preparación del Gestor.

Ejemplos hemos visto de contratos cuyos PPT siguen siendo inalterables a lo largo de diferentes licitaciones desarrolladas a lo largo de una década y nos preguntamos: ¿Es que no es posible introducir alguna mejora en el PPT por la observación de cómo se ha desarrollado la prestación del contrato?.

No pedimos modificar el esqueleto del documento pero sí ejemplificar en el mismo el espíritu de mejora continua del que siempre estamos presumiendo. En el mismo absurdo cortar y pegar al que nos estamos acostumbrando, hemos visto cómo se mantiene el nombre de algún ayuntamiento en el PPT de otro, cómo alguna falta de ortografía se reproducía en diferentes modelos de PPT, o cómo se pueden identificar características de un bien determinado en el PPT de suministro de otro diferente (que ha copiado al primero, hasta en lo

imposible de copiar). Por eso, de los cuatro momentos trascendentes de la participación del Gestor Deportivo en el expediente de contratación, estimamos que éste es el segundo.

Por cierto, no estaría mal que eliminásemos de nuestro vocabulario términos inexistentes como “*pliego económico-administrativo*” o “*pliego de cláusulas técnicas*”, inexistentes en la actualidad pero que continuamente seguimos oyendo (o viendo en documentos contractuales).

Para la valoración de las ofertas de los licitadores, cuando han de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, la Mesa de Contratación podrá solicitar, antes de formular la propuesta de adjudicación, cuantos informes técnicos considere precisos. De los cuatro momentos trascendentes de la participación del Gestor Deportivo en el expediente de contratación, éste es el tercero, porque seremos nosotros, en nuestra calidad de expertos en la materia, los que debemos valorar estas ofertas desde un punto de vista técnico.

Habitualmente, entendemos que éste es el momento “*estelar*” del técnico, porque “*decidimos*” a quien adjudicamos el contrato y

defendemos numantamente nuestra participación en este punto. Sin embargo, sin haber trabajado adecuadamente en los otros dos previos ya citados y en el posterior, el cuarto de ellos, nuestro papel como profesional queda minimizado al de mero caprichoso. Por cierto, el órgano de contratación puede solicitar “...*cuantos informes técnicos estime pertinentes...*”, (sin que sea cierto, como ya hemos oído: que el único informe válido sea el del técnico que hizo el PPT, que el informe deba elaborarlo el técnico más antiguo del servicio, que el informe de un laboral fijo tenga más valor que el de un interino, que un interino no pueda hacer un informe, que deba ser un licenciado quien emita el informe, así como otras necesidades interesadas)

La LCSP prefiere criterios de adjudicación que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Por ello, cuando en una licitación se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, obliga a constituir un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que

corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, (o, alternativamente, encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

Además, para evitar la manipulación del valor de estos criterios basados en juicios de valor (es decir, no automáticos) primeramente se realiza la evaluación de las ofertas conforme a estos criterios y posteriormente, los cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

Otro de los conceptos que debemos aclarar es el tradicionalmente llamado “*baja temeraria*”, que se regula en el artículo 136 de la LCSP bajo el nombre de “*Ofertas con valores anormales o desproporcionados*”. De esta manera, si el único criterio valorable es el precio (la antiguamente denominada “*subasta*”), el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos reglamentariamente establecidos, en función de las ofertas válidas que se hayan presentado. Si la adjudicación tiene como referencia más de un criterio de valoración (el antiguamente llamado “*concurso*”), los

pliegos expresarán los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará que la proposición no puede ser cumplida por la existencia de valores anormales o desproporcionados. También en este momento debemos informar si las ofertas recibidas cumplen con las especificaciones del PPT (con todas y no con la mayoría, porque el PPT es un documento contractual, al igual que el PCAP o el documento de formalización).

Por último, debemos comprobar si la prestación se corresponde con lo contratado. ¿Cuántas veces nos llevamos una sorpresa al verificar que las empresa nos “*sisar*” en número de horas de trabajo, en el de trabajadores, en los recursos materiales que han puesto a disposición, en las sustituciones de las bajas o de las vacaciones?. Obviamente, es culpa nuestra. Para ello, la LCSP introduce la figura del responsable del contrato, aunque es obvio que, aún sin esa figura, nuestro deber es verificar las prestaciones antes de prestar la conformidad con las facturas. Por cierto, las mejoras ofertadas son obligatorias también.

Ourense, 30 de octubre de 2009

José María Cabrera Domínguez

pepecabrera@laboria.es

56