

La preparación del contrato en la nueva Ley de contratos del sector público

Miguel Sánchez Morón
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alcalá*

1. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, dedica a la preparación de los contratos el entero libro II, que abarca los artículos 93 a 121, en apariencia bastante más que la anterior Ley de contratos de las administraciones públicas. Sin embargo, esa diferencia es más aparente que real, debido al cambio de sistemática que se observa en la nueva Ley. En efecto, ésta divide la regulación de los contratos por bloques materiales homogéneos, estructurados básicamente en su título preliminar y sus cinco libros, y dentro de cada uno integra, cuando procede, tanto las normas o disposiciones generales, aplicables a todo tipo de contratos del sector público o, al menos, a los contratos administrativos en sentido estricto, como las normas especiales de cada uno de los contratos típicos. Eso es lo que ocurre en el caso de las reglas sobre preparación de los contratos, y así el libro II incluye ambos tipos de reglas, las generales y las especiales, antes establecidas por separado en los libros I y II del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

En realidad y si se observa bien, teniendo en cuenta este cambio de sistemática, la mayoría de las normas sobre preparación de la Ley anterior han pasado a la actual. Y las novedades son cuantitativamente limitadas en esta materia de las actuaciones preparatorias. Sin embargo, se trata de novedades importantes y significativas.

2. La primera de ellas deriva de la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de contratos del sector público, que es una consecuencia obligada de la transposición de la Directiva 2004/18/CE. Aunque éste no es el lugar para analizar en detalle dicho ámbito de aplicación –una de las cuestiones más interesantes y problemáticas de la Ley de contratos del sector público–, conviene recordar sucintamente que su artículo 3 diferencia a estos efectos tres grupos de entidades o, mejor aún, de ámbitos a los que la Ley se aplica, pues no a todos ellos se aplica por igual. A la manera de los círculos concéntricos, el más amplio está compuesto por todos los entes, organismos y entidades que componen el sector público a estos efectos y que se enumeran en el artículo 3.1. El círculo intermedio es el de los llamados poderes adjudicadores, de acuerdo con la normativa comunitaria,

compuesto por aquellos entes del sector público que reúnen las condiciones o características enunciadas en el artículo 3.3. Características o condiciones que impone la referida Directiva 2004/18 y que, por cierto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene interpretando extensivamente (véanse, últimamente, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, 15 de mayo de 2003, *Comisión v. España*, 16 de octubre de 2003, *Comisión v. España* y 13 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk* y otros). El círculo más estrecho es el de las administraciones públicas en sentido estricto, que se determinan en el artículo 3.2. Todas ellas son poderes adjudicadores y se consideran entidades del sector público, pero no a la inversa.

En atención a esta clasificación tripartita, es necesario examinar con cuidado qué preceptos de la Ley se aplican a todos los entes del sector público sin distinción, cuáles se refieren sólo a los poderes adjudicadores, sean o no administraciones públicas, y qué otros (y son muchos) se aplican exclusivamente a las administraciones públicas. También se incluyen en la Ley normas sólo para los poderes adjudicadores que no son Administración pública y otras, aunque menos, sólo para los entes del sector público que ni siquiera tienen la consideración de poderes adjudicadores.

En fin, hay que añadir que ciertos preceptos de la Ley se aplican además a determinados contratos adjudicados por entidades que ni siquiera forman parte del sector público, pues son por entero entidades privadas, siempre que se trate de contratos subvencionados en más de un 50 por ciento por entidades del sector público o se trate de contratos de obras que celebren las empresa concesionarias de obras públicas (artículo 2.2 de la Ley).

Por lo que se refiere a la regulación de la preparación de los contratos contenida en el libro II, la nueva Ley diferencia las normas aplicables sólo a las administraciones públicas, que son la inmensa mayoría de las de este libro y se incluyen en su título I. Y después ciertas reglas aplicables a la preparación de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas y de contratos subvencionados (título II, todo él reducido al artículo 121).

Ninguna de las normas sobre preparación de los contratos contenidas en la Ley es aplicable, en cambio, a los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores, a diferencia de muchas de las disposiciones generales del libro I o de ciertas normas de adjudicación de los contratos contenidas en el libro III. En consecuencia, dichas entidades pueden preparar sus contratos, antes de adjudicarlos, conforme a sus propias reglas o criterios particulares. Ahora bien, habida cuenta de los términos de la Ley y de la jurisprudencia comunitaria, no es fácil encontrar una entidad del sector público que no sea poder adjudicador, salvo que se trate de ciertas sociedades mercantiles públicas (y quizá algunas fundaciones) dedicadas a actividades industriales y mercantiles, que se autofinancien en su mayor parte y gocen estatutariamente de una gran autonomía de gestión.

3. Otro aspecto a subrayar es el tipo de contratos a los que se aplican las normas del libro II. Conforme a los artículos 19 y 20 de la Ley, no sólo se aplican a los con-

tratos administrativos –que sólo son celebrados por las administraciones públicas en sentido estricto–, sino también a los contratos privados. Éstos son ahora los que celebran las administraciones públicas que no sean contratos administrativos según el artículo 19.1, más los demás contratos sujetos a la Ley que celebren los entes, entidades y organismos del sector público que no reúnan la condición de administraciones públicas. Ahora bien, ya se ha visto que, en realidad, sólo ciertas normas del libro II se aplican a los contratos que celebren los poderes adjudicadores que no sean administraciones públicas y ninguna de ellas a los entes que ni siquiera son poderes adjudicadores.

Por otra parte, la Ley de contratos del sector público excluye de su ámbito de aplicación objetivo (artículo 4) ciertos contratos que en la legislación anterior tenían la condición de contratos privados de las administraciones públicas. Es el caso de los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que estos últimos recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o de servicios [artículo 4.1.p)]. Todos esos contratos y su preparación y adjudicación se rigen hoy en exclusiva por la legislación de patrimonio de las administraciones públicas (que, por cierto, aún en parte sigue remitiéndose a la de contratos a efectos de la preparación y adjudicación de los concursos o subastas).

En fin, algunos contratos públicos, por su objeto o su cuantía, no se someten a las normas del libro II, incluso si son celebrados por las administraciones públicas. Es el caso de la contratación de actividades docentes con personas físicas (cursos de formación, seminarios, conferencias, etc.), tal como antes ya se estipulaba y recoge hoy el artículo 280 de la Ley. También es el caso de la contratación de asistencia sanitaria en caso de urgencia y por importe inferior a 30.000 euros (disposición adicional 29), cifra que se ha elevado respecto de la legislación anterior (12.000 euros).

Caso distinto es el de los contratos menores, pues su celebración y adjudicación requiere la tramitación de un expediente de contratación, al que se refiere el libro II de la Ley en el artículo 95. No son, pues, contratos que no estén sometidos a las normas de preparación de la Ley. Lo que sucede es que su particularidad es radical en este aspecto, como en el de la adjudicación, ya que en estos casos el expediente sólo requiere la aprobación del gasto y la tramitación de la factura correspondiente, además, claro es, de un acto motivado de iniciación, a lo que se añade, si se trata de un contrato de obras, el presupuesto de las obras, el proyecto de las mismas y –novedad– un informe de supervisión del proyecto, cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra (artículo 95). Por eso, no trataremos más en adelante sobre la preparación de estos contratos menores. Conviene recordar, en todo caso, que la Ley eleva las cuantías hasta las que es posible celebrarlos: 50.000 euros en el caso del contrato de obras y 18.000 euros en los demás casos (artículo 122.3).

Igualmente hay que señalar que los contratos de acceso a bases de datos y suscripción a publicaciones se preparan y adjudican conforme a las reglas de los con-

tratos menores, siempre que por su cuantía no estén sujetos a regulación armonizada (disposición adicional 12). En la práctica será difícil que estén sujetos a ese tipo de regulación, ya que sólo lo están los contratos de suministro y servicios de importe superior a 133.000 o a 206.000 euros, según los casos (artículos 151 y 16.1).

4. Entrando ahora en el examen de las normas generales de preparación de los contratos aplicables sólo a las administraciones públicas (capítulo I del título I del libro II), la Ley se refiere, en primer lugar, al expediente de contratación (sección primera, artículos 93 a 97).

Como ya he escrito en otro lugar (“Actuaciones preparatorias, tramitación del expediente de contratación y adjudicación de los contratos”, en *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, dirigido por R. Gómez-Ferrer Morant, 2ª ed., Madrid, 2004), el expediente de contratación es paso previo a la iniciación válida del procedimiento de adjudicación, salvo en el caso de emergencia, y comprende y documenta un conjunto de actuaciones administrativas internas (sin perjuicio de aquellos supuestos en que un proyecto debe someterse a información pública), mediante las que se articula la voluntad contractual de la Administración. La finalidad del expediente es, a grandes rasgos, doble. Por un lado define el objeto del contrato y su contenido prestacional, al tiempo que determina la modalidad de adjudicación del contrato y, en su caso, los criterios a tener en cuenta para la selección del contratista. Por otro, verifica la habilitación financiera del contrato.

Desde este punto de vista, la Ley de contratos del sector público introduce pocas novedades.

El expediente se inicia mediante acuerdo del órgano de contratación competente, que debe justificar la necesidad del contrato. La Ley precisa ahora en el artículo 22 que, a estos efectos, deben determinarse con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

También, como antes se estipulaba, el expediente debe referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de la posibilidad de que se divida en lotes para su licitación y adjudicación, siempre que se justifique debidamente. Ahora bien, ahora las normas de publicidad y de adjudicación que se aplican a cada uno de los lotes son las mismas que se aplicarían al conjunto de los mismos en función de su valor acumulado, con las excepciones que establecen los artículos 14.2, 15.2 y 16.2 para los contratos de obras, suministro y servicios sujetos a regulación armonizada (artículos 74.3 y 93.2).

Como en la legislación anterior, al expediente de contratación deben incorporarse el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, en su caso. Pero ahora esa regla se exceptiona en el caso de que el procedimiento de adjudicación elegido sea el llamado diálogo competitivo, en el que aquellos pliegos son sustituidos por un documento descriptivo (artículo 93.3). Sin embargo, dicho procedimiento sólo podrá ser objeto de utilización excepcional, para adjudicar los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado y otros particularmente complejos, en el sentido del artículo 164.2 de la Ley. Por otra parte, en los contratos que se celebren en el extranjero, el pliego de cláusulas

sulas administrativas particulares puede ser sustituido por el propio clausulado del contrato (disposición adicional primera).

Asimismo, siguiendo nuestra tradición legislativa, al expediente debe incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya y la fiscalización previa de la intervención (artículo 93.3 y disposición adicional 2.8 en el caso de las entidades locales). Ahora se añade una regla específica para aquellos contratos que se financien con aportaciones de distinta procedencia (artículo 93.5). El expediente en estos casos es único, pero debe acreditarse en la plena disponibilidad de todas las aportaciones y determinarse el orden de su abono, con inclusión de una garantía efectiva para su efectividad.

Se recalca ahora que en el expediente debe justificarse adecuadamente no sólo la elección del procedimiento de adjudicación del contrato, como ya antes se establecía, sino también la de los criterios que han de tenerse en cuenta para adjudicarlo (artículo 93.4), obligación esta antes reglamentaria y frecuentemente incumplida. A tal efecto deberá atenderse a la regulación que sobre tales criterios establece el artículo 134 de la Ley, más minuciosa que la de la legislación anterior. La exigencia de justificación o motivación es muy importante en este caso, a efectos de la eventual impugnación de los actos de preparación y adjudicación del contrato. Por eso el nuevo precepto legal debería ser destacado como se merece y aplicado de manera estricta en vía de fiscalización judicial de los actos impugnables del expediente de contratación.

En fin, el expediente debe aprobarse por el órgano de contratación, lo que conlleva la aprobación del gasto (salvo que el presupuesto no haya podido establecerse previamente y deba ser presentado por los licitadores o cuando proceda la aprobación del mismo por otro órgano superior o delegante) (artículo 94), así como la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas si no se hubieran aprobado con anterioridad (artículos 99.1 y 100.1). En las entidades locales de menos de 5.000 habitantes, sin embargo, la aprobación del gasto se sustituye por una certificación de la existencia de crédito expedida por el secretario interventor o por el interventor (disposición adicional 2.6).

No hay, pues, grandes novedades sobre estos extremos, aunque debe tenerse en cuenta la muy significativa que supone la posibilidad de impugnar los pliegos y los actos de trámite que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable, a través del nuevo recurso administrativo especial de revisión de decisiones en materia de contratación regulado por el artículo 37 de la Ley, siempre que se trate de contratos sujetos a una regulación armonizada.

Tampoco hay nada relevante que destacar en relación con la regulación de la tramitación urgente y la tramitación de emergencia del expediente de contratación (artículos 96 y 97), que recoge casi en su literalidad y con muy escasas diferencias la redacción de la Ley anterior.

5. La regulación de los pliegos de cláusulas administrativas, tanto generales como particulares (artículos 98 y 99), sigue muy de cerca también lo que ya disponía la Ley de contratos de las administraciones públicas.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el artículo 99.2 no sólo obliga a incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, sino también las demás menciones requeridas por la Ley y por sus normas de desarrollo. A este respecto, la Ley de contratos del sector público incluye aquí y allá determinaciones que deben incluirse en los pliegos, algunas ya contempladas en el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas (artículo 67), pero otras no (véase, por ejemplo, el artículo 132.4, sobre las menciones a incluir en el pliego en el caso de la subasta electrónica).

Por otra parte, cabe recordar que el pliego de cláusulas administrativas particulares (como los demás reguladores de una licitación) puede ser objeto de recurso especial de revisión, con carácter suspensivo, de manera directa y desde que se publica o notifica –que normalmente será cuando se publique la convocatoria correspondiente–, en el caso de los contratos que están sujetos a una regulación armonizada.

En fin, por lo que se refiere a las entidades locales, la disposición adicional segunda, apartado 7, recalca que la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares debe ir precedida de los informes del secretario o, en su caso, del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la corporación, y del interventor.

6. Por el contrario, la Ley de contratos del sector público es más exigente y precisa en lo que se refiere a las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas que deben ser observadas necesariamente por los órganos de contratación (artículo 101). Con ello se trata de garantizar el acceso de los licitadores en condiciones de igualdad y competencia, excluyendo obstáculos injustificados, en aplicación directa de las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE. Así lo declara la Ley expresamente en el apartado 2 del artículo 101, que debe ser guía para la interpretación del resto del precepto.

En todo caso, las prescripciones técnicas deben tener en cuenta criterios de accesibilidad universal y diseño para todos, definidos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, y, si el contrato afecta o puede afectar al medio ambiente, criterios de sostenibilidad y protección ambiental, conforme a las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, motivándose la imposibilidad de hacerlo si concurre (artículo 101.1).

Por otro lado, las prescripciones técnicas pueden establecerse ahora de diferentes maneras (artículo 101.3), aunque siempre respetando los principios de igualdad y libre competencia: *a)* bien por referencia a las especificaciones contenidas en normas nacionales, europeas o internacionales o de organismos de normalización europeos o documentos similares, acompañando en cada referencia la mención “o equivalente”; *b)* bien en términos de rendimiento o exigencias funcionales, incorporando a estas últimas la contemplación de características ambientales si procede; *c)* bien en esos términos de rendimiento o de exigencias funcionales, con presunción de conformidad a los mismos de los que cumplan las especificaciones de las normas estandarizadas o de idoneidad técnica, y *d)* o bien combinando ambos métodos para unas u otras especificaciones técnicas del contrato.

Pero en ningún caso puede el órgano de contratación rechazar una oferta por no ajustarse a las prescripciones técnicas especificadas conforme a la letra a), si el licitador puede probar que las cumple de forma equivalente, por cualquier medio de prueba adecuado y, en particular, mediante informes técnicos del fabricante o informes de ensayos de un organismo técnico oficialmente reconocido. Viceversa, si las prescripciones técnicas se establecen en términos de rendimiento o exigencias funcionales, no puede rechazarse una oferta que se ajuste a normas o documentos de idoneidad europeos, internacionales o elaborados por organismos europeos de normalización que tengan por objeto probar tales rendimientos o exigencias funcionales, siempre que se pruebe que la oferta cumple las prescripciones exigidas, bien por el fabricante o por un organismo técnico oficialmente reconocido. Igualmente las exigencias ambientales pueden establecerse por referencia a los sistemas de etiqueta ecológica, pero en tal caso deben aceptarse otros medios de prueba de cumplimiento de las prescripciones, incluidos los informes de los organismos técnicos oficialmente reconocidos. Los certificados de estos organismos, que se definen en el artículo 101.7, si están reconocidos incluso en otros estados miembros de la Unión Europea, deben ser aceptados por los órganos de contratación.

Por último y como ya se establecía, no es lícito en las especificaciones técnicas mencionar productos de fabricación, procedencia, marca, patente, tipo, origen o producción determinados, salvo excepción justificada y siempre que se emplee la mención “o equivalente”.

7. Otra importante novedad es que los órganos de contratación pueden establecer en el pliego o en el contrato, indicándolo en el anuncio de licitación, condiciones especiales de ejecución del contrato, que pueden referirse a consideraciones de tipo medioambiental o social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre hombre y mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos reconocidos por las convenciones de la OIT a lo largo de la cadena de producción (artículo 102). Este artículo viene a trasponer el 26 de la Directiva 2004/18/CE, incluyendo algunas de las finalidades sociales que se mencionan expresamente en el apartado 33 del preámbulo de la Directiva. Ésta no se refiere, sin embargo, en ningún momento al objetivo concreto de eliminar las desigualdades entre hombre y mujer en el mercado laboral. El origen de esta mención hay que buscarlo más bien en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que la recoge en su artículo 33.

La Ley de contratos del sector público precisa, no obstante y como no podía ser menos, que dichas condiciones deben ser compatibles con el Derecho comunitario, para impedir que puedan distorsionar la libre e igual competencia de manera espuria o fraudulenta. Pero esta condición última plantea matices difíciles de precisar en abstracto y quizá también de probar en concreto.

Las condiciones especiales de ejecución no son requisitos para contratar que hayan de cumplirse previamente a la adjudicación del contrato ni criterios sociales

o ambientales de preferencia para la selección del contratista, como los que se establecen en la disposición adicional sexta de la Ley. Son obligaciones que el adjudicatario se compromete a cumplir en virtud del contrato. En cualquier caso, el cumplimiento de tales condiciones puede considerarse, conforme a los pliegos, una obligación contractual esencial, cuyo incumplimiento sea causa de resolución del contrato, o bien determinar la imposición de penalidades, o bien incluso constituir una infracción grave que implique prohibición sucesiva de contratar con las administraciones públicas (artículo 102.2).

8. En fin, los artículos 103 y 104 regulan, el primero de ellos en aplicación del artículo 27 de la Directiva 2004/18, la información que puede o debe proporcionarse en el pliego o documentación complementaria a los candidatos sobre los organismos en que pueden obtener información sobre las obligaciones fiscales, medioambientales y laborales a tener en cuenta durante la ejecución del contrato y sobre las condiciones de subrogación en anteriores contratos de trabajo, en su caso.

Por cierto que el último de los dos, que no tiene equivalente en la legislación europea, viene a establecer que puede imponerse en algunos casos al adjudicatario del contrato dicha obligación de subrogación, lo que supone un caso más de condición especial de ejecución del contrato. Aunque el precepto no lo dice, va de suyo que tales obligaciones sólo se pueden imponer contractualmente si no son contrarias a los principios del derecho comunitario de la contratación pública y, por consiguiente, si no generan discriminación, desigualdad entre los licitadores o eliminación de la competencia.

9. Tampoco son numerosas las modificaciones que introduce la Ley de contratos del sector público en lo que se refiere a las actuaciones preparatorias o expediente de contratación de diferentes tipos de contratos ya existentes bajo el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas. Como se ha dicho, estas normas especiales se regulan ahora en el capítulo II del título I del libro II.

En lo relativo a la preparación del contrato de obras (artículos 105 a 111), las novedades son mínimas y se limitan a diferenciar, dentro de la clasificación de las obras, las de restauración y rehabilitación (sin mayores consecuencias en la Ley), a ajustar algunas cuantías y a precisar mejor los supuestos en que es posible la contratación conjunta del proyecto y la ejecución de las obras. Esta posibilidad (artículo 108) se califica ahora expresamente de excepcional y la concurrencia de las circunstancias que la habilitan debe justificarse debidamente en el expediente. Sólo es posible en dos casos: a) cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente —el adverbio debe ser subrayado— a vincular al empresario a los estudios de las obras, motivos que deben estar ligados al destino o a las técnicas de ejecución de las obras, y b) cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas (contratistas, se entiende).

En el caso del contrato de concesión de obra pública (artículos 112 a 115), las variaciones son aún menores y en ningún caso sustantivas.

Lo mismo puede decirse del contrato de gestión de servicios públicos (artículos 116 y 117). La única novedad es que puede incluirse en el pliego de cláusulas un

plazo para que los licitadores puedan solicitar aclaraciones sobre su contenido, teniendo las respuestas carácter vinculante y debiendo hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y la concurrencia (artículo 117.3).

10. Como es lógico, entre las normas especiales para determinados contratos, lo más relevante es la regulación de las actuaciones preparatorias del nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (artículos 118 a 120).

Las actuaciones preparatorias en este caso incluyen una evaluación previa (artículo 118), realizada por un órgano colegiado de la Administración competente, en el que se integren expertos en la materia sobre la que verse el contrato, que justifique la necesidad de realizar este tipo de contrato. Dicha justificación debe basarse en que la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, habida cuenta de la complejidad de éste. Además debe efectuarse, como parte de esa evaluación, un análisis comparativo con otras formas alternativas de contratación (por ejemplo, la concesión de obra pública o algún contrato mixto), que justifique o recomiende la celebración de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, en términos de *value for money*, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos. Se precisa, no obstante, que la evaluación podrá realizarse de forma sucinta, si concurren motivos de urgencia no imputables a la Administración. Demasiados conceptos indeterminados, que arrojan dudas sobre la futura aplicación del precepto y sobre el valor real de tales evaluaciones.

A ellas sigue la redacción de un programa funcional por el órgano de contratación, que establece los elementos básicos para el posterior diálogo competitivo con los contratistas –que es la forma de adjudicación típica en estos casos– y que debe incluirse en un documento descriptivo del contrato, documento que sustituye a los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas. En el programa funcional deben identificarse las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos de las ofertas admisibles y los criterios de adjudicación del contrato.

A partir de lo cual se inicia el diálogo a efectos de la concreción y celebración de un contrato cuyas cláusulas específicas mínimas o necesarias relaciona el artículo 120 con minuciosidad.

11. También es relevante la regulación que el artículo 121 establece sobre la preparación de los contratos que celebren los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas y sobre los contratos subvencionados que regula la Ley y que adjudiquen otras entidades del sector público que no tengan ese carácter o inclusive entidades privadas.

Si el contrato está sujeto a regulación armonizada, incluyendo los contratos subvencionados a que se ha hecho referencia, o es otro de los contratos de servicios mencionados de cuantía igual o superior a 206.000 euros, se aplican las reglas ya examinadas –esto es, las aplicables a las administraciones públicas– sobre el establecimiento de las prescripciones técnicas, las condiciones especiales de ejecución del contrato y la información previa a los licitadores (artículos 101, 102, 103 y

104). También es posible, motivadamente, aplicar la reducción de plazos de la tramitación urgente. No se dice que se tenga que elaborar un pliego de cláusulas administrativas particulares, pero, se denomine o no así, parece lógico entender que algún documento similar habrá que redactar en estos casos, cuando resulta que esta obligación se impone después para contratos no sujetos a regulación armonizada y de menor cuantía. Tampoco se dice nada sobre la habilitación financiera para contratar, pero igualmente es lógico pensar que deberá al menos documentarse la existencia de crédito suficiente, eso sí, de acuerdo con las reglas presupuestarias aplicables a cada poder adjudicador o entidad contratante.

Por cierto, el concepto de contratos sujetos a regulación armonizada, establecido en el artículo 13 de la Ley, viene a incluir todos aquellos que caen bajo el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, por razón de su objeto y de su valor estimado. En estos casos, la Ley se preocupa punto por punto de aplicar las reglas y criterios de la Directiva, lo que no hace necesariamente en los demás casos. También para estos supuestos y sólo para ellos se prevé el recurso especial de revisión en materia de contratación, que pretende trasponer la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989.

En otros contratos distintos pero de cuantía superior a 50.000 euros, los referidos poderes adjudicadores que no sean administraciones públicas deben al menos elaborar un pliego en el que señalen las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías a constituir, más la información prevista en el artículo 104, sobre condiciones de subrogación en contratos de trabajo, si procede. Dichos pliegos serán parte integrante del contrato, según la Ley.

12. En definitiva, en materia de actuaciones preparatorias del contrato, la Ley de contratos del sector público parte del esquema de la legislación anterior, cuyas normas conserva en su mayor parte, pero procura incrementar las garantías de igualdad y concurrencia de la contratación en algunos aspectos determinados, entre los que sobresalen las reglas sobre establecimiento de las prescripciones técnicas, y ello con el objetivo de cumplir las exigencias de la Directiva 2004/18. Por esta misma razón, aunque no sólo, establece una regulación mínima pero significativa para la contratación por entidades que sean poderes adjudicadores pero no administraciones públicas y para los llamados contratos subvencionados.

A destacar también la consideración de elementos o circunstancias de carácter medioambiental y social que pueden incluirse en los pliegos de cláusulas, tenerse en cuenta al elaborar las prescripciones técnicas o imponerse como condiciones especiales de ejecución del contrato. Se demuestra con ello que la contratación pública puede ser también un instrumento de política ambiental y social. Ahora bien, la vaguedad de algunas de las referencias legales a este tipo de cláusulas, prescripciones o condiciones puede conducir a una distorsión de la libre e igual competencia entre los posibles licitadores. Hasta qué punto estos condicionamientos son o no conformes a los principios básicos de la contratación pública y al Derecho comunitario es algo que no está claro a priori y que probablemente constituirá uno de los caballos de batalla –y no se sabe si de Troya– de la nueva Ley.