

# Preparación y adjudicación del contrato: algunas novedades destacables de la nueva Ley

ÍÑIGO SANZ RUBIALES

*Catedrático de Derecho Administrativo.  
Universidad de Valladolid*

1. **Introducción**
2. **Novedades comunes**
  - 2.1. El impulso de la contratación estratégica
  - 2.2. Sobre las cautelas en el uso de etiquetas
3. **Preparación: las nuevas «consultas preliminares de mercado»**
4. **Selección de contratistas y adjudicación**
  - 4.1. Sobre los criterios de adjudicación
    - 4.1.1. Mantenimiento de los criterios de la legislación derogada: la oferta económicamente más ventajosa
    - 4.1.2. El nuevo criterio de los costes del «ciclo de vida» como criterio económico-ambiental
  - 4.2. Nuevos procedimientos de adjudicación
    - 4.2.1. Procedimiento abierto simplificado (PAS)
    - 4.2.2. «Procedimiento de licitación con negociación»: ¿Desaparece el negociado sin publicidad?
    - 4.2.3. Asociación para la innovación
  - 4.3. La nueva regulación de los contratos menores

## Resumen

La nueva Ley 9/2017 introduce diversas novedades en el procedimiento contractual, entre las que destacan la potenciación de la contratación estratégica y la promoción, con cautelas, del uso de etiquetas voluntarias. Crea las consultas preliminares de mercado y el criterio de adjudicación

---

*Artículo recibido el 17/07/2018; aceptado el 29/09/2018.*

de costes de ciclo de vida. Son novedosos también los procedimientos abierto simplificado y de asociación para la innovación.

Palabras clave: *procedimiento contractual; adjudicación del contrato; contratación estratégica.*

## **Contract preparation and award: the most relevant changes in Law 9/2017**

### **Abstract**

*The new Law 9/2017, of 8 November, on Public Procurement, introduces some new rules regarding the contracting procedure. Inter alia, the most relevant ones are the enhancement of strategic sourcing and the promotion, with caution, of the use of secondary labels. It also establishes preliminary market consultations and the award criteria based on the cycle life costs. Moreover, Law 9/2017 introduces the open and simplify procedure and the so-called procedure of association for innovation.*

*Keywords:* contracting procedure; award of the contract; strategic sourcing.

## **1**

### **Introducción**

En el régimen de los contratos públicos, el procedimiento que disciplina su celebración tiene una importancia decisiva. Es conocido que el procedimiento administrativo general para la emisión de actos administrativos tiene una doble finalidad respecto a la actuación administrativa: que la Administración actúe conforme a la legalidad (que se ajuste al ordenamiento jurídico) y conforme a la oportunidad (que satisfaga el interés público).

El procedimiento administrativo contractual no es distinto, y no solo porque finaliza con un acto administrativo «puro» (la adjudicación del contrato), sino también porque los objetivos que persigue son los mismos: por una parte, el procedimiento trata de asegurar la legalidad del contrato (su conformidad con la ley: la Administración, también cuando contrata, actúa sometida a la ley, con vinculación positiva; esto es, «sujeta a la ley», no «en el marco» de la ley). La Administración, efectivamente, carece de autonomía de la voluntad, tal y como se deduce de la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público* (LCSP): del art. 28.1, referido a la causa («*Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean nece-*

sarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales»), o de los arts. 2.1 («Son contratos del sector público y, en consecuencia, *están sometidos a la presente Ley* en la forma y términos previstos en la misma, . . .») y 2.2. («*Están también sujetos a la presente Ley*, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados. . .»); por otra parte, la tramitación procedimental persigue garantizar un nivel óptimo de concurrencia de aspirantes, objetivo que sirve para lograr la adjudicación al mejor contratista: el aspirante más solvente y capaz y que presente las mejores condiciones de oferta; y eso es lo que mejor satisface el interés público.

En todo procedimiento administrativo de contratación pública cabe distinguir, según dispone la LCSP, dos fases: la de preparación y la de adjudicación. Se señalarán a continuación algunas de las novedades más destacables que introduce la nueva Ley respecto de la legislación derogada en lo que se refiere a dichas fases: en primer lugar, las novedades aplicables a ambas (la llamada «contratación estratégica» y las cautelas en el uso de etiquetas, que pueden plasmarse tanto en la preparación como en la adjudicación), y posteriormente, las específicas de cada fase.

## 2

### Novedades comunes

#### 2.1

#### El impulso de la contratación estratégica

La LCSP refuerza la utilización instrumental de la contratación pública para alcanzar objetivos ambientales, sociales y de innovación. De esta forma, pretende transformar la concepción del poder público, de mero «comprador» a auténtico «ordenador» de la actividad privada a través del ejercicio de su poder de compra<sup>1</sup>.

Parece imponer la inclusión de criterios ambientales en la contratación. Así se podría intentar deducir de la nefasta redacción del art. 1.3:

«En toda contratación pública *se incorporarán* de manera transversal y preceptiva criterios *sociales* y *medioambientales* siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación

1. Cfr: el artículo del que suscribe, «La protección del ambiente en la nueva Ley de contratos: del Estado meramente “comprador” al Estado “ordenador”», *Revista de Administración Pública*, n.º 205 (2018), págs. 49 y ss.

contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las *pequeñas y medianas empresas*, así como de las empresas de economía social».

De esta forma, la política de contratación pública puede configurarse como una técnica de «fomento» o estímulo de la actuación privada «ajustada» al interés público. En efecto, con la contratación «estratégica» la Administración estimula a las empresas para que, libremente, modifiquen sus técnicas de producción, a cambio de la ventaja de participar y, en su caso, ser adjudicatarias de un contrato público. La Ley de Contratos habilita a la Administración para otorgar «beneficios» (vía adjudicación del contrato) a quienes cumplan la prestación pactada de la forma más respetuosa con el medio ambiente o promuevan más eficazmente la mejora de colectivos desfavorecidos. Pero es importante que las cláusulas estratégicas tengan relación con el objeto, como señala reiteradamente la LCSP: solo así se salvaguarda eficazmente el principio de igualdad y no discriminación en el acceso a los contratos públicos.

Las consideraciones ambientales y sociales pueden incluirse como criterios de adjudicación, que constituyen «*la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas*», y como condiciones de ejecución, esto es, como «*requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas*» (Directiva 2014/24, cdo. 104). Los criterios de adjudicación deben aplicarse en la fase de selección de contratistas, mientras que las condiciones de ejecución pueden configurarse como cláusulas técnicas, determinadas en la fase de preparación e incluidas en los pliegos correspondientes. En todo caso, el órgano de contratación deberá asegurar que la aplicación de las cláusulas ambientales o sociales no tenga efectos restrictivos del acceso de las pequeñas y medianas empresas al proceso de contratación, esto es, que los diversos objetivos de la Ley no se contradigan entre sí<sup>2</sup>.

Finalmente, hay que recordar, en esta misma línea, que la LCSP atribuye específicas potestades de comprobación del cumplimiento de la normativa ambiental y social por los licitadores, de tal forma que impone el rechazo de las ofertas anormalmente bajas como consecuencia del incumplimiento de la normativa ambiental y social<sup>3</sup>. Cumple aquí el órgano de contratación con una función de control de la legalidad ambiental (y social), a título preventivo

---

2. *Ibidem*, págs. 68-69.

3. Cfr. Directiva 2014/24, de 26 de febrero, *sobre contratación pública*. Considerando n.º 103.

y durante la fase de selección de contratistas, pero por referencia a la ejecución del contrato.

## 2.2

### Sobre las cautelas en el uso de etiquetas

El art. 127.2 LCSP contiene una regulación específica de una técnica informativa de mercado (la de las etiquetas voluntarias que tienen como finalidad informar al consumidor de diversas características de un producto), para establecer sus posibilidades de utilización y sus límites, potenciando así sus ventajas y evitando los efectos restrictivos de la competencia que puede generar su utilización inadecuada:

«(...) los órganos de contratación (...) podrán exigir, en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas, (...) siempre que se cumplan todas las condiciones siguientes: (...)».

Las etiquetas, por tanto, pueden utilizarse por el órgano de contratación a los efectos de determinar el contenido del contrato o como criterio de selección de contratistas.

Por otra parte, la Ley se refiere a las etiquetas «voluntarias», que constituyen una técnica de aseguramiento de procesos y características de interés general en productos de mercado, más allá del cumplimiento de la normativa correspondiente («*ultra legem*»), por lo que los poderes públicos han potenciado su utilización (etiquetas «verdes», sociales, de comercio justo, de gestión sostenible, etc.)<sup>4</sup>. No plasman una regulación obligatoria, sino meramente potestativa; su uso no se impone, por lo que su elusión no es ilegal<sup>5</sup>. Por tanto, este tipo de etiquetas voluntarias no constituye un requisito necesario para la comercialización lícita de un producto; antes bien, se identifica con

4. Sobre las etiquetas verdes, que son sin duda alguna las más desarrolladas entre las voluntarias, véase LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURILLAS, J. C., *Administración y Legislación Ambiental*, 9.<sup>a</sup> edic., Dykinson, Madrid 2016, págs. 334 y ss.

5. Además de las etiquetas vinculadas con la calidad de la prestación, como acabamos de ver, la Ley alude específicamente a otro tipo de «etiqueta», los certificados de gestión ambiental –especialmente, los comunitarios (EMAS)–, a efectos de demostrar la solvencia técnica del empresario, esto es, las condiciones subjetivas que hacen de este un posible contratista (art. 94).

sellos voluntarios de garantía de calidad que solo algunos productores buscan y obtienen.

Para evitar que la exigencia de una etiqueta pueda predeterminar al adjudicatario, la Ley establece cautelas al respecto (art. 127.2). Cuando el órgano de contratación exija una etiqueta determinada (entre los criterios de adjudicación, prescripciones técnicas o condiciones de ejecución del contrato), deberá asegurarse de que la etiqueta mencionada tenga relación con el objeto del contrato, de que no resulte discriminatoria, de que haya sido expedida por organismos fuera de la influencia del órgano de contratación, de que haya sido emitida en un procedimiento abierto y transparente, y de que sea accesible a las partes interesadas.

Ahora bien, como la etiqueta cumple una función de medio de prueba de determinadas características (ambientales o sociales, de ordinario), no puede, el órgano de contratación, remitirse exclusivamente a una en concreto (porque cabe probar la existencia de las características certificadas mediante otras etiquetas u otros medios de prueba –art. 127.3–) ni a las características de una etiqueta si no las ha expuesto en los pliegos y son suficientemente conocidas por los interesados (art. 127.5)<sup>6</sup>.

De esta forma, la Ley se sitúa en la línea correcta de las directivas de contratos y de la jurisprudencia del TJUE. En efecto, según el TJUE, no pueden los órganos de contratación exigir una etiqueta determinada, sino una serie de características técnicas que pueden ser demostradas por etiquetas u otros medios, indicando además los criterios en que se basan esas etiquetas: así se deduce de la STJUE de 10 de mayo de 2012, as. C-368/10, Comisión c. Países Bajos, n.º 97<sup>7</sup>.

6. Afortunadamente, la Ley no recoge el carácter cuasiobligatorio que tenían las etiquetas en el Anteproyecto, con la única excepción de la imposibilidad demostrada. En efecto, el art. 127.3 del Anteproyecto decía así: «Si a un empresario, *por razones que no le sean imputables*, le hubiere resultado *manifiestamente imposible* obtener, dentro de los plazos aplicables, la etiqueta específica indicada por el órgano de contratación o una etiqueta equivalente, el órgano de contratación aceptará otros medios adecuados de prueba, incluidos los mencionados en el artículo 128, que demuestren que las obras, suministros o servicios que ha de prestar el futuro contratista cumplen los requisitos de la etiqueta específica exigida».

7. «De todas las consideraciones anteriores se desprende que, al establecer en el pliego de condiciones que el hecho de que algunos productos que debían suministrarse estuvieran provistos de determinadas etiquetas daría lugar a la concesión de un determinado número de puntos en el marco de la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin haber indicado los criterios en que se basan esas etiquetas ni autorizado que se presentara a través de cualquier medio adecuado la prueba de que un producto reúne esos criterios, la provincia de Holanda Septentrional formuló un criterio de adjudicación incompatible con el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18. Por consiguiente, en esta medida, el tercer motivo es fundado».

Ahora bien, el uso progresivo y extensivo de las etiquetas es imparable. Estos instrumentos, formalmente voluntarios, que nacieron como simples técnicas de fomento basadas en el mercado, ahora amplían sus utilidades al ámbito de la contratación pública y se acercan más a una carga para participar en determinados contratos públicos. Aunque siempre cabe sustituir la tenencia de una etiqueta por la acreditación del cumplimiento de sus requisitos de obtención, lo cierto es que, en la práctica y por razones de eficiencia, las etiquetas se convierten en cuasiobligatorias para los empresarios en muchos sectores de la producción económica, so pena, en caso de no disponer de ellas, de tener que demostrar caso por caso en cada contrato el cumplimiento de todas y cada una de las medidas que las citadas etiquetas acreditan.

### 3

#### Preparación: las nuevas «consultas preliminares de mercado»

La fase de preparación se dirige a concretar la voluntad administrativa contractual mediante la determinación del clausulado técnico y administrativo y del precio. La nueva Ley sigue la línea de la legislación de contratos anterior, aunque incluye algún nuevo trámite o técnica.

En esta primera fase la gran novedad la constituyen las llamadas «*consultas preliminares de mercado*», que se encuentran reguladas en el art. 115 LCSP. Según el párrafo 1.º de este artículo, «*Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento*».

Son estudios y evaluaciones de mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada en cuanto al contenido del futuro contrato y en cuanto a las condiciones de acceso y licitación. Sirven, por tanto, para mejorar la preparación del contrato.

Las consultas, previstas en la Directiva 2014/24 con carácter potestativo, sirven, según ella, para informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación y requisitos de contrataciones futuras (art. 40 Directiva 2014/24), y para conocer las capacidades reales (técnicas y financieras) de los agentes económicos interesados y la posibilidad de que estos puedan proponer en la licitación las soluciones que satisfagan las necesidades de la entidad pública.

Esta novedad se ha valorado positivamente por la doctrina, porque las consultas pueden facilitar la elaboración del clausulado en compras de una cierta complejidad.

Ahora bien, no se trata de una técnica tan novedosa como pudiera parecer en un primer momento: la solicitud de estudios y consultas está prevista no solo para la iniciación de contratos, sino también de reglamentos (art. 26 LRJSP)<sup>8</sup> e, implícitamente, de actos administrativos (art. 55.1 LPAC)<sup>9</sup>.

En la LCSP se deja constancia de los diversos caracteres de esta técnica, tanto desde la perspectiva de sus objetivos como desde la de su desarrollo procedimental.

Esta figura pretende lograr dos objetivos: por una parte, preparar la licitación, en el sentido de determinar con precisión el contenido de la voluntad contractual a la luz de las reales necesidades administrativas, y por otra, informar de los planes de contratación y los requisitos que se exigirán a los operadores económicos, es decir, informar, de acuerdo con el principio de publicidad y transparencia, de los requisitos y condiciones necesarias de la licitación, lo que permite a los licitadores preparar adecuadamente sus ofertas. Todo ello potencia la preparación técnica del contrato, su publicidad y transparencia (art. 115.2) y, en consecuencia, la competencia<sup>10</sup>.

Además, la LCSP regula a grandes trazos el procedimiento que debe seguirse, que implica algunos trámites adicionales: el órgano de contratación, en primer lugar, deberá publicar en el perfil del contratante el objeto de la consulta, cuándo se iniciará esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que los interesados puedan realizar aportaciones<sup>11</sup>. Resulta lógica la exigencia de publicación porque, de ordinario, estas consultas preliminares se concretarán en los correspondientes contratos de servicios (art. 115.2). Los resultados de las consultas, además,

8. Art. 26 Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público: *Procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos*. «La elaboración de los anteproyectos de ley, de los proyectos de real decreto legislativo y de normas reglamentarias se ajustará al siguiente procedimiento: 1. Su redacción estará precedida de cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad de la norma».

9. Art. 55.1 Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común: *Información y actuaciones previas*. «Con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento».

10. Sobre el potencial papel impulsor de la transparencia y de la competencia de esta técnica, véase GUERRERO MANSO, M.<sup>a</sup> del C. DE, «Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública», en GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2018, págs. 1047 y ss.; 1051.

11. Como señala acertadamente DE GUERRERO, el legislador español tiene miedo a dejar participar en las consultas preliminares a los operadores económicos, hasta el punto de establecer que dicha participación solo se producirá con carácter excepcional (art. 115.1). Pero esta restricción no está justificada ni es conforme con el espíritu de la Directiva. Cfr. GUERRERO MANSO, M.<sup>a</sup> del C. DE, *op. cit.*, págs. 1056-1057.



deben plasmarse en un informe donde se harán constar las actuaciones realizadas, que se relacionarán junto a sus autores, las entidades consultadas, las preguntas que se han formulado y las consiguientes respuestas. El informe, motivado, forma parte del expediente (art. 115.3).

En cuanto al resultado, la Ley exige que no resulte un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características de uno de los consultados si es una empresa (art. 115.2); debe concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos; y que en ningún caso puedan comportar ventajas en la adjudicación del contrato para las empresas participantes en el procedimiento.

En definitiva, las consultas preliminares de mercado no constituyen una novedad excesiva, por cuanto nunca han estado prohibidas y, según la regulación vigente, tampoco son obligatorias<sup>12</sup>; además, estas consultas se concretarán, de ordinario, en la celebración y ejecución de contratos de servicios previos a la celebración de otros contratos (como los de proyectos, concursos de ideas, etc.). Posiblemente la gran ventaja de esta regulación sea que pone de manifiesto la posibilidad de preparación previa del contenido contractual, con ayuda de expertos en la materia, y de colaboración precontractual, con –en su caso– potenciales licitadores.

Aunque se han depositado grandes esperanzas en la eficacia de este instrumento<sup>13</sup>, para este viaje, quizá, no necesitábamos alforjas.

## 4

### Selección de contratistas y adjudicación

#### 4.1

#### Sobre los criterios de adjudicación

##### 4.1.1

#### Mantenimiento de los criterios de la legislación derogada: la oferta económicamente más ventajosa

Aunque se ha venido afirmando que la LCSP ha suprimido la importancia del criterio del precio o «*la oferta económica más ventajosa*», y la ha sustitui-

12. Art. 115.1: «*Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos...*».

13. *Ibidem*, págs. 1070-1071.

do por el concepto de «*mejor relación calidad-precio*»<sup>14</sup>, eso no es cierto en toda su extensión, ni mucho menos. El órgano de contratación sigue estando vinculado a la «*oferta económicamente más ventajosa*», y así lo reconoce el propio art. 1.1 LCSP<sup>15</sup>.

Es verdad que, hasta el momento, el precio había sido un factor esencial, aunque no el único, a la hora de adjudicar el contrato, lo que se había venido plasmando en la regulación de la subasta y, después, de la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa por razón del precio (es decir, mediante la subasta). Son conocidas las ventajas y los inconvenientes del criterio del precio como único: es el sistema más reglado, pero facilita la presentación de bajas «*temerarias*»: los licitadores pueden, para hacerse adjudicatarios, bajar excesivamente sus ofertas, con el riesgo de que sean incapaces, posteriormente, de ejecutar el contrato, con lo que la Administración asume mayores costes de los inicialmente previstos<sup>16</sup>.

El nuevo art. 145.1 LCSP establece como principio general el de pluralidad de criterios: especifica que la adjudicación del contrato se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación «en base a la mejor relación calidad-precio», y que se llevará a cabo con arreglo a criterios económicos y cualitativos, incluyendo, entre los primeros, aspectos medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato (art. 145.2); o valorando, en el caso de los contratos de servicios, la calidad o valor intelectual (art. 145.3). Con esta medida se quiere evitar que se primen las ofertas con precio más bajo y

14. P. ej., RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.<sup>a</sup> y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2017, págs. 183 y ss.; GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup>, «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Estudio Sistemático...*, cit., pág. 117.

15. «La presente Ley tiene por objeto (...) asegurar, (...) una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa». *Vid.*, igualmente, el art. 143.6.

16. Sobre las denominadas tradicionalmente «bajas temerarias», la Ley prevé que pueden darse no solo en «subastas» (selección por razón del precio), sino también en concursos (selección por razón de relación calidad-precio). Por eso, el art. 149.2 LCSP dispone que los pliegos establezcan parámetros objetivos sobre dónde está la baja anormalmente desproporcionada. Cuando la Administración entienda, de acuerdo con esos parámetros, que una proposición puede ser desproporcionada, dará audiencia al licitador (art. 149.4 LCSP) para que justifique las razones de dicha baja (razones técnicas, condiciones favorables, originalidad, etc.). Si no acepta las razones del licitador, podrá acordar la adjudicación a la siguiente proposición económicamente más ventajosa (art. 149.6 LCSP). Pero la gran novedad de la regulación actual es que el órgano de contratación deberá rechazar la oferta incurso en presunción de anormalidad si se produce por infracción de la normativa ambiental, social o de subcontratación (art. 149.4 *in fine*).

eso afecte a la calidad, que, como conocemos, es uno de los principios inspiradores de la Ley.

La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos o monetarios y cualitativos:

a) «Precio»: criterios económicos. Son, según el art. 146.1 LCSP, el precio u otro parámetro basado en la rentabilidad o que identifique la mejor relación coste-eficacia, como, por ejemplo, el coste del ciclo de vida (CCV). De todas formas, según el art. 148.4 LCSP, también cuando haya que valorar la «calidad-precio» el «precio» se calculará atendiendo preferentemente a los costes del ciclo de vida.

b) «Calidad»: tal y como establece el art. 145.2 LCSP, está constituida por un *numerus apertus* de características («entre otros»): el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; la organización; la cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato, siempre y cuando dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución; el servicio de postventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega, etc.

El principio general, como ha quedado señalado, es que se utilicen varios criterios de adjudicación con base en la relación calidad-precio, tal y como señala el art. 145.1 LCSP. Pero la propia LCSP admite que pueda utilizarse un único criterio (que nunca podrá ser en los casos enumerados en el art. 145.3 LCSP); este deberá estar «relacionado con los costes», y puede ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida, según determina el art.146.1 LCSP. Por lo tanto, ya no es el «precio» *sensu stricto* el criterio aplicable cuando se trata de un criterio único<sup>17</sup>.

Y, además, en ningún caso podrán utilizarse como criterios únicos de adjudicación solo los cualitativos, ya que el art. 145.2 LCSP, en su último párrafo, señala que estos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes (que, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida).

La nueva Ley (art. 145.3) sigue la línea del viejo TRLCSP en lo que se refiere a los contratos en los que debe, en todo caso, utilizarse el criterio de calidad y precio; únicamente sustituye los contratos de gestión de servicios públicos por concesiones de obras y servicios [letra e)], y añade los contratos de servicios de prestaciones intelectuales y de seguridad privada. Y, en el párrafo siguiente (art. 145.4), especifica más: en los contratos de servicios del

17. También destaca esta novedad GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup>, *op. cit.*, pág. 117.

Anexo IV (sociales, correos, hostelería, etc.), así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 % de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.

Por lo tanto, el criterio de coste (precio de adquisición o, como novedad, coste del ciclo de vida) sigue siendo aplicable a los contratos de obras, y a los de suministros y servicios normalizados, como en la normativa derogada, pero la nueva Ley pone especial énfasis en el criterio múltiple que tiene en cuenta calidad y costes.

#### 4.1.2

#### El nuevo criterio de los costes del «ciclo de vida» como criterio económico-ambiental<sup>18</sup>

Aquí la LCSP apunta a un cambio de planteamiento fundamental, porque incluye el denominado «ciclo de vida» como un criterio económico de adjudicación de los contratos, equiparable al del precio. Este criterio se basa en los costes en los que incurre un comprador después de haber adquirido un producto, y que pueden ser determinantes para decidir la compra del producto<sup>19</sup>. Y puede incluir también (y así lo dispone la LCSP) otros costes previos, como los de investigación, o los vinculados con las externalidades ambientales, que no se plasman correctamente, de ordinario, en el precio de los productos.

El criterio del «ciclo de vida» es, pues, un criterio económico, puesto que se concreta en costes, tanto de adquisición (el precio de compraventa del producto) como vinculados a la vida de dicho producto (investigación, desarrollo, fabricación, transporte, mantenimiento, eliminación, etc.) (art. 148.1).

Pero a la vez, es un criterio ambiental (realmente, es un criterio económico-ambiental). Como señala el art. 148.2 LCSP, incluye (total o parcialmente):

«a) Los costes sufragados por el órgano de contratación o por otros usuarios, tales como:

18. Cfr. SANZ RUBIALES, Í., *op. cit.*, págs. 70 y ss.

19. Había sido introducido para la contratación pública en España por el art. 106 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de *Economía Sostenible*, para la adquisición de vehículos automóviles mediante contratos públicos: «1. Las entidades a que se refiere el artículo anterior, en sus adquisiciones de vehículos de transporte por carretera que realicen a partir del 4 de diciembre de 2010, tendrán en cuenta los impactos energético y medioambiental de la utilización durante la vida útil del vehículo, con arreglo al apartado 2, y aplicarán una de las opciones previstas en el apartado 3 de este artículo. 2. Los impactos energético y medioambiental de la utilización que deberán tenerse en cuenta incluirán al menos lo siguiente: a) El consumo de energía; b) las emisiones de CO<sub>2</sub>, y c) las emisiones de NO<sub>x</sub>, NMHC y partículas (...).».

- 1.º Los costes relativos a la adquisición.
  - 2.º Los costes de utilización, como el *consumo de energía y otros recursos*.
  - 3.º Los costes de mantenimiento.
  - 4.º Los costes de final de vida, como los costes de *recogida y reciclado*<sup>20</sup>.
- b) Los costes imputados a *externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida*, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; estos costes podrán incluir el coste de las *emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático*».

Por otra parte, en aquellos contratos en los que no sea preciso valorar otras características cualitativas, el criterio del coste del ciclo de vida puede ser el único y, por tanto, determinante de la adjudicación<sup>21</sup>. Esta configuración como posible criterio único de adjudicación supone que la tradicional y actual preferencia por los criterios económicos de adjudicación es perfectamente compatible con los criterios ambientales, porque este sistema monetariza los costes ambientales.

En todo caso, la aplicación práctica de este criterio no va a estar exenta de dificultades, por la ausencia de metodologías comunes para su cálculo, por la complejidad de su aplicación y el incremento de costes en la adjudicación, etc.<sup>22</sup>

## 4.2

### Nuevos procedimientos de adjudicación

La LCSP reconoce una pluralidad de procedimientos de adjudicación, similares a los de la Ley derogada, con algunas novedades: incluye un procedimiento abierto simplificado; configura como excepcional el negociado sin publicidad; y crea el nuevo procedimiento de asociación para la innovación. Se exponen sintéticamente a continuación.

<sup>20</sup>. Son ambientales los vinculados al consumo de energía, el consumo de otros recursos naturales (agua, vegetales, minerales, etc.), y los costes de recogida y reciclado, característicos de la gestión de residuos, entre otros.

<sup>21</sup>. Véase cómo, de forma reiterada, el art. 145.1 LCSP alude a la posibilidad de utilizar el criterio de coste del ciclo de vida como criterio único: «Previo justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148».

<sup>22</sup>. Cfr. BURZACO SAMPER, M.<sup>a</sup>, «Los criterios de adjudicación», en ALONSO TIMÓN, A. J. (coord.), *Contratación pública*, Dykinson, Madrid 2018, pág. 154.

### 4.2.1 Procedimiento abierto simplificado (PAS)

Como ha venido afirmando la doctrina, en el sistema de gestión contractual español los procedimientos ordinarios estaban muy burocratizados, de forma que su tramitación resultaba excesivamente lenta<sup>23</sup>. Se hacía preciso, por eso, que la nueva Ley permitiese una tramitación flexible y rápida –sin pérdida de garantías de la contratación– en este tipo de contratos. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia había también llamado la atención sobre la necesidad de simplificar los procedimientos de contratación pública<sup>24</sup>.

La introducción del nuevo «procedimiento abierto con tramitación simplificada» (PAS) puede ser la novedad más importante incorporada por la Ley en la regulación de los diversos procedimientos. Está inspirado en los modelos de algunas normativas autonómicas de contratos<sup>25</sup> y surge con el objeto de convertirse en el procedimiento ordinario. «Nace –dice el Preámbulo de la LCSP– con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación». Sin embargo, lo cierto es que el análisis de los trámites legales muestra a las claras lo inviable de este deseo del legislador, plasmado en el Preámbulo<sup>26</sup>.

Para algunos este procedimiento surge para paliar la desaparición del procedimiento negociado sin publicidad por umbrales, al que se aludirá más adelante<sup>27</sup>, o para canalizar los contratos de escasa cuantía que, por la reducción de los umbrales, no puedan ya tramitarse como contratos menores<sup>28</sup>.

El artículo 159.1 LCSP señala que los órganos de contratación podrán acudir a este nuevo procedimiento en los contratos de obras, suministros y servicios cuando se cumplan las dos condiciones siguientes<sup>29</sup>:

23. GALLEGO CÓRCOLES, I., «Los procedimientos abiertos, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo», en GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Estudio Sistemático...*, cit., pág. 1075.

24. Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.<sup>a</sup> y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos...*, cit., págs. 257-258.

25. Véanse, en este sentido, la Ley aragonesa 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos públicos, o el Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública en Cataluña.

26. GALLEGO CÓRCOLES, I., *op. cit.*, pág. 1088.

27. P. ej., RODRÍGUEZ VILLAR, B., «Procedimientos de adjudicación», en ALONSO TIMÓN, A. J. (coord.), *Contratación pública*, cit., pág. 117.

28. CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J. A., *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, BOE, Madrid 2018, pág. 406.

29. Quedan fuera, lógicamente, los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, que por su propia naturaleza no parecen aptos para ser tramitados por esta vía.

- a) Que su valor estimado<sup>30</sup> no alcance los dos millones de euros (IVA excluido) en contratos de obras y los 100 000 euros (IVA excluido) en suministros y servicios. Se trata, por tanto, de facilitar la tramitación de una gran masa de contratos con un tope máximo a partir del cual deberá aplicarse el procedimiento ordinario.
- b) Que los criterios de adjudicación previstos en el pliego sean de valoración automática y no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haber estos, su ponderación no supere el 25 % del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en que su ponderación no podrá superar el 45 % del total. Con ello se busca vincular la simplificación procedimental con el automatismo o carácter principalmente reglado de la decisión a adoptar. Esta exigencia, aunque ha sido fuertemente criticada, es razonable porque las garantías procedimentales tienen que ser proporcionales a la necesidad de tutela, y es muy difícil que una adjudicación totalmente reglada se separe de la normativa de manera no manifiesta, de tal manera que exija plazos más amplios y nuevas garantías para posibilitar el correspondiente control de legalidad. Es sabido, además, que, a medida que disminuye la discrecionalidad de la decisión administrativa, el papel de los potenciales vicios de la voluntad se reduce, y con ello, se hacen también innecesarios plazos más amplios y otros trámites de garantía.

La tramitación de este procedimiento simplificado se caracteriza por una serie de notas, entre las que merece la pena destacar las siguientes: el anuncio de licitación solo precisará de su publicación en el perfil del contratante (art. 159.2); los licitadores deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (ROLEC<sup>31</sup>) [art. 159.4 a)]; no procederá la garantía provisional por parte de los licitadores [art. 159.4 b)]; todas las proposiciones deberán presentarse necesaria y únicamente en el registro indicado en el anuncio de licitación [art. 159.4 c)]; la oferta se presentará en un único sobre en los supuestos en que en el procedimiento se contemple adjudicación automática, y en dos sobres en los demás casos [art. 159.4 d)]<sup>32</sup>;

30. Sobre el concepto de valor estimado, véase el art. 101 LCSP.

31. Sobre el ROLEC, sus funciones y dependencia, véanse los arts. 81 y 337 ss. LCSP. Como señala GALLEGO CÓRCOLES, este requisito permite simplificar el procedimiento, aunque se ha diseñado como un obstáculo, cuando debería haberse planteado por la Ley como un estímulo a la inscripción de empresarios (*op. cit.*, pág. 1097).

32. Esto parece contradecir lo establecido por la disposición adicional 15.3 de la misma Ley, que señala que «*La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará*

los plazos de tramitación, en general, son muy reducidos, y algunos trámites administrativos se concentran en la misma sesión [*cf.* art. 159.4 e), f)]<sup>33</sup>.

En lo no previsto en este precepto se seguirán las reglas del procedimiento abierto, del que es una subespecie [art. 159.4 h)].

Además del PAS, el art. 159.6 LCSP contempla el procedimiento abierto que algunos califican como «supersimplificado» (PASS), que se seguirá para contratos de cuantías reducidas (obras de valor estimado de menos de 80 000 €, y suministros y servicios de valor estimado que no alcance los 35 000 €, salvo los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual).

En estos casos, además de la mayor reducción de plazos, no se exige acreditación de solvencia a los licitadores ni garantía definitiva al adjudicatario; la oferta se debe entregar en un solo sobre o archivo electrónico, y los criterios de adjudicación deben ser todos automáticos. A título anecdótico, no es preciso formalizar un contrato: basta con la firma del contratista en la resolución de adjudicación, a modo de aceptación (lo que vendría a confirmar la tradicional naturaleza «unilateral» de los contratos públicos).

En todo caso, en lo no previsto en este apartado se seguirán las reglas del PAS.

#### 4.2.2

#### «Procedimiento de licitación con negociación»: ¿Desaparece el negociado sin publicidad?

Otra novedad que debe destacarse es la nueva configuración del procedimiento de licitación con negociación, que equivale al viejo procedimiento negociado con publicidad y que prescinde de la posibilidad del uso de este tipo de procedimiento (negociado) –cuando es sin publicidad– por razón de la cuantía<sup>34</sup>. En efecto, la dispensa de publicidad sin una razón específica fuera de la cuantía constituyó una fuente de fraude contractual que la nueva Ley ha querido eliminar.

Frente a la regulación del derogado TRLCSP, la nueva Ley exige que se dé publicidad a todos los contratos, salvo los supuestos tasados del art. 168.

---

*a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con lo establecido en la presente disposición adicional».*

33. P. ej., la mesa de contratación deberá, en la misma sesión, clasificar y evaluar las ofertas, realizar la propuesta de adjudicación, comprobar los requisitos de capacidad y solvencia y requerir para la constitución de la garantía definitiva [art. 159.4.f)].

34. Hay que recordar que en la Ley recién derogada se preveía la posibilidad de usar el procedimiento negociado sin publicidad en los contratos de obras de cuantía inferior a 200 000 € y en los de suministros y servicios de menos de 60 000 € (art. 177.2 TRLCSP).



Por tanto, realmente no ha desaparecido el procedimiento negociado sin publicidad; ahora bien, ya no se puede tramitar por la exclusiva razón de la cuantía, sino que debe justificarse su aplicación si se dan determinados supuestos, ciertamente excepcionales, previstos por el legislador. De acuerdo con ello, se confirma el principio general de que todos los contratos deben ser objeto de publicación, y las excepciones, tasadas, son únicamente las enumeradas en el art. 168 LCSP<sup>35</sup>. El procedimiento negociado sin publicidad se convierte, por tanto, en lo que debería ser a la luz del principio de transparencia: un procedimiento excepcional<sup>36</sup>.

### 4.2.3

#### Asociación para la innovación

El art. 177 LCSP define este procedimiento como aquel *«que tiene por finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes»*.

Además de los procedimientos existentes en el texto normativo hasta ahora vigente, la nueva Ley crea este nuevo procedimiento denominado «de asociación para la innovación», que permite a los poderes adjudicadores establecer colaboraciones con empresas, con vistas al desarrollo y ulterior adquisición de nuevos productos (obras, suministros, servicios) innovadores sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición. No se trata, por tanto, de una compra precomercial: esta ampara (es un contrato de servicios) el diseño de la prestación correspondiente, que si se termina materializando, exigirá un nuevo procedimiento

35. Que coinciden, en buena medida, con los recogidos en el listado de supuestos legitimadores del procedimiento «negociado sin publicidad» en la vieja Ley de contratos de 1995 (art. 141) o del procedimiento negociado en el TRLCSP (art. 170). Según el art. 168 LCSP, «Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos: a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que: 1.º No se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; o ninguna solicitud de participación adecuada (...); 2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones (...); 3.º Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales (...).» Además de estas causas, el art. 168 señala otras aplicables a algunos de los tipos contractuales mencionados, por razón de sus características específicas.

36. GALLEGO CÓRCOLES, I., *op. cit.*, págs. 1126 y ss.

para la adquisición; sin embargo, la asociación para la innovación es un único procedimiento con dos fases sucesivas (fase de I+D y comercialización de la prestación obtenida en la fase anterior)<sup>37</sup>. Este procedimiento constituye una prueba evidente de la potencialidad de la contratación estratégica: la utilización de la técnica contractual para la consecución de objetivos (en este caso, la innovación investigadora) que van más allá de la mera adquisición de bienes y servicios, de acuerdo con las directivas comunitarias «de última generación»<sup>38</sup>.

El nuevo procedimiento de asociación para la innovación enlaza con el de diálogo competitivo (que puede servir, parcialmente, para los mismos fines)<sup>39</sup> y encierra en sí mismo un contrato mixto: una primera fase, precomercial, que se puede calificar como de investigación (servicios), y otra fase, comercial, de obras, suministros o servicios<sup>40</sup>. La regulación de la Ley es mera transcripción, en gran parte, de la Directiva; lo realmente innovador de la Ley española respecto de la norma europea está en algunos aspectos de esta fase posterior a la adjudicación, regulados en los arts. 181 y 182<sup>41</sup>.

Este procedimiento deriva del concepto de compra pública innovadora (CPI)<sup>42</sup>. La idea que subyace en esta es que las Administraciones públicas, en determinadas ocasiones, tienen necesidades que el mercado no puede satisfacer sin estudios o innovaciones previos que permitan obtener el producto o servicio adecuado: así, la Administración puede plantearse la obtención de bienes inexistentes en ese momento en el mercado,

37. HERNANDO RYDINGS, M.<sup>a</sup>, «El procedimiento de asociación para la innovación», en GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Estudio Sistemático...*, cit., págs. 1164-1165.

38. Cfr. HERNANDO RYDINGS, M.<sup>a</sup>, «El procedimiento de asociación para la innovación», cit., págs. 1148-1149.

39. Merece la pena conocer los ejemplos de contratación pública innovadora en Europa producidos bajo la vigencia de las directivas anteriores y adjudicados mediante el procedimiento de diálogo competitivo: COLLADO MARTÍNEZ, R., «Un nuevo procedimiento de adjudicación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: la asociación para la innovación», en ALONSO TIMÓN, A. J. (coord.), *Contratación pública*, cit., pág. 173.

40. Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.<sup>a</sup> y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos...*, cit., pág. 310. De hecho, el art. 177.3. establece: «Los contratos que se adjudiquen por este procedimiento se regirán: a) En la fase de investigación y desarrollo, por las normas que se establezcan reglamentariamente, así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes pliegos, y supletoriamente por las normas del contrato de servicios. b) En la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento, por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate».

41. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.<sup>a</sup> y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos...*, cit., pág. 308.

42. Véase la *Guía 2.0 para la compra pública de innovación*, elaborada por encargo de la Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad por miembros del Observatorio de Contratación Pública en 2015: [http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia\\_2\\_0\\_CPI\\_V5\\_Borrador\\_web.pdf](http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf) (última entrada: 28 de junio de 2018).

pero conseguibles tras el correspondiente proceso investigador. A través de esta «asociación», la Administración ayuda a las empresas en el desarrollo de proyectos de innovación, sin que estas tengan que asumir todo el riesgo de un posible fracaso.

Finalmente, este procedimiento, al vincular innovación y prestación, garantiza a la Administración y a las empresas asociadas que, una vez obtenido el producto o servicio que necesitaba aquella, pueda ser proporcionado en el mismo procedimiento por el proveedor que lo ha logrado, sin necesidad de acudir a una nueva licitación.

Se trata, por tanto, de un contrato de financiación de la investigación aplicada (del estilo de las ayudas para la financiación de proyectos de investigación) con la peculiaridad de que la Administración adquiere los derechos del producto desarrollado bajo sus directrices.

En cuanto a la tramitación procedimental, se trata, como señala el Preámbulo, de un proceso en el que, «tras una convocatoria de licitación, cualquier empresario puede formular una solicitud de participación, tras lo cual, los candidatos que resulten seleccionados podrán formular ofertas, convirtiéndose así en licitadores, en el marco de un proceso de negociación. Este podrá desarrollarse en fases sucesivas, y culminará con la creación de la asociación para la innovación. Esta asociación para la innovación se estructurará a su vez en fases sucesivas, pero ya no tendrá lugar entre el órgano de contratación y los licitadores, sino entre aquel y uno o más socios; y generalmente culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes». La citada asociación no constituye una nueva persona jurídica, sino que es el propio contrato el que constituye el vínculo asociativo; desde esta perspectiva, la asociación está formada por la Administración y los adjudicatarios: se trata de un contrato que, desde este punto de vista, permite la existencia de varios adjudicatarios al mismo tiempo, al menos en su primera fase<sup>43</sup>.

Hay, por tanto, varios tipos de actuaciones diferenciadas: la convocatoria y las cuatro fases, calificadas como tales por el Preámbulo: la selección de candidatos; la formulación de ofertas por los seleccionados, que así se convierten en licitadores, y la negociación con ellos; la asociación con los socios (uno o varios), que se desarrollará a través de fases sucesivas y culminará con la creación de la asociación para la innovación; y la adquisición del producto resultante (que ya no tendrá lugar entre órganos de contratación y licitadores,

43. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.<sup>a</sup> y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos...*, cit., pág. 311.

sino entre socios, y culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes)<sup>44</sup>.

En todo caso, aunque se ha plasmado en la Ley en términos muy flexibles, se echa en falta en la regulación de esta nueva figura contractual un mayor rigor o definición de sus términos. Y suscita desconfianza entre los operadores del mercado por las incertidumbres que crea para los adjudicatarios<sup>45</sup>.

### 4.3

#### La nueva regulación de los contratos menores

La regulación de los denominados «contratos menores» es uno de los puntos de mayores críticas y que más ha facilitado la corrupción de las Administraciones públicas, por su incidencia en los principios de igualdad, no discriminación, publicidad y libre concurrencia: deberían ser excepcionales y, sin embargo, vienen siendo utilizados de forma masiva por las Administraciones públicas<sup>46</sup>. Por eso, la nueva LCSP incorpora varias novedades –algunas muy criticadas en ámbitos concretos– en relación con este tipo de contratos.

En primer lugar, la LCSP limita el importe máximo de estos contratos: el valor estimado máximo será de 40 000 € en obras o de 15 000 € en suministros o servicios (en la Ley derogada los límites eran de 50 000 y 18 000, respectivamente), aunque esta reducción se ha calificado por algunos como insuficiente<sup>47</sup>.

El límite temporal sigue siendo el mismo que el establecido en la normativa anterior, ya que no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga, de conformidad con lo que establece el art. 29.8 LCSP.

Por otra parte, se impone un mínimo de publicidad en todo caso, en los términos fijados por la Ley, que obliga a publicar las adjudicaciones, al menos trimestralmente, en el perfil del contratante, donde se debe incluir, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación y la identidad del adjudicatario (art. 63.4 LCSP)<sup>48</sup>.

44. Una diversa división en fases puede verse en HERNANDO RYDINGS, M.<sup>a</sup>, *op. cit.*, pág. 1170.

45. *Cfr.* COLLADO MARTÍNEZ, R., «Un nuevo procedimiento...», *cit.*, pág. 185.

46. *Cfr.* MORENO MOLINA, J. A., «El derecho europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación estatal», en GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Estudio Sistemático...*, *cit.*, pág. 157.

47. *Ibidem*, pág. 157.

48. «La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido,

Únicamente quedan exceptuados de la obligación de publicación aquellos contratos que reúnan los dos requisitos siguientes: que su valor estimado no alcance los 5000 €; y que el sistema de pagos utilizado por los poderes adjudicadores sea el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

Esta regulación confirma, en definitiva, la importancia creciente de este «perfil del contratante» como instrumento de publicidad y transparencia de la política contractual de las Administraciones públicas.

En lo que se refiere al expediente de contratación, la LCSP exige una serie de requisitos ya previstos en el Texto Refundido (informe del órgano de contratación justificando la necesidad del contrato, aprobación del gasto e incorporación de la factura correspondiente: art. 118.1)<sup>49</sup>, pero añade, además, dos nuevos requisitos: justificar «*que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo*» (art. 118.3). Este último, criticado, limita la celebración de este tipo de contratos con un mismo proveedor: una Administración no podrá contratar a un mismo proveedor en contratos menores a lo largo de un ejercicio más allá de las cantidades referenciadas. Una interpretación formalista y literal de esta cláusula puede suponer perjuicios no buscados para el contratista, pero también para el administrador. Por eso, la interpretación correcta del art. 118.3 supone que solo se deben sumar las cuantías –a efectos de la cifra total– cuando se trate de contratos con objetos materialmente iguales y que constituyen una unidad; dicho de otra manera, esta cláusula busca impedir el fraccionamiento en fraude de ley de los contratos para adjudicarlos como contratos menores, pero no impide que se puedan celebrar otros contratos menores, de objeto diferente o, sencillamente, no fraccionados, con el mismo contratista<sup>50</sup>.

---

y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores».

49. «En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra» (art. 118.2).

50. Cfr. CANALES GIL, Á. y HUERTA BARAJAS, J. A., *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, BOE, Madrid 2018, págs. 394-395.