

Procedimientos de contratación y su incidencia en las entidades locales: principales novedades*

MARÍA HERNANDO RYDINGS
Prof. contratada doctora.
Universidad Rey Juan Carlos

- 1. Planteamiento: simplificación, transparencia e innovación**
- 2. Aplicación subjetiva y forma de elección de los procedimientos de adjudicación**
- 3. Tipos procedimentales: análisis de las novedades más relevantes**
 - 3.1. El procedimiento abierto: apuesta por la simplificación y la eficiencia
 - 3.1.1. El procedimiento abierto ordinario (arts. 156-158)
 - 3.1.2. El procedimiento abierto simplificado (art. 159)
 - 3.1.2.1. Ámbito de aplicación
 - 3.1.2.2. Publicidad y plazo de presentación de las proposiciones
 - 3.1.2.3. Especialidades de la tramitación respecto de las previstas para el procedimiento abierto
 - 3.1.3. El procedimiento abierto supersimplificado (art. 159.6)
 - 3.1.3.1. Ámbito de aplicación
 - 3.1.3.2. Especialidades de la tramitación respecto de las previstas para el procedimiento abierto simplificado
 - 3.2. El procedimiento restringido: ligeras modificaciones formales
 - 3.3. Procedimientos con negociación que refuerzan la transparencia: licitación con negociación y negociado sin publicidad
 - 3.3.1. Supuestos de aplicación del procedimiento de licitación con negociación (y del diálogo competitivo)
 - 3.3.2. La tramitación del procedimiento de licitación con negociación
 - 3.3.2.1. Fase de selección de los candidatos
 - 3.3.2.2. Fase de negociación y adjudicación
 - 3.3.3. Supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad
 - 3.3.4. Especialidades en la tramitación procedimental del negociado sin publicidad

Artículo recibido el 05/10/2018; aceptado el 14/11/2018.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i del Plan Nacional *Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en Madrid* (DER2016-74843-C3-2-R), del que soy investigadora principal, y del Proyecto *Potestades administrativas y unidad de mercado: el control de las actividades económicas reguladas* (DER 2014-54264-R), integrados en el Grupo de Excelencia de la Universidad Rey Juan Carlos, “Derecho y política económica” (GEDYPE), y en el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid 931089, “Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa”, en los que colaboro como miembro.

- 3.4. El diálogo competitivo: difuminación de sus supuestos de aplicación e introducción de ajustes en la tramitación procedimental
 - 3.4.1. Caracterización
 - 3.4.2. Articulación del procedimiento de diálogo competitivo
 - 3.5. La apuesta por la innovación por medio del procedimiento de asociación para la innovación
 - 3.5.1. Caracterización
 - 3.5.2. Articulación procedimental
 - 3.5.2.1. Fase de preparación del procedimiento
 - 3.5.2.2. Fase de publicidad, selección de candidatos y adjudicación de la asociación
 - 3.5.2.3. Estructura y desarrollo de la asociación
 - 3.5.2.4. Fase de adquisiciones derivadas de la asociación para la innovación
- 4. Excepciones en la aplicación de los procedimientos: en especial el contrato menor**

Resumen

El presente trabajo analiza las novedades que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ha incluido en el ámbito de los procedimientos de adjudicación, con especial incidencia en las implicaciones que las mismas tienen en el ámbito local. Las novedades incluidas deben ser valoradas críticamente, por cuanto, a pesar de pretender favorecer e impulsar una mayor transparencia, simplificación y flexibilidad en el ámbito de la adjudicación de contratos, también presentan importantes carencias que no solo impiden lograr el cumplimiento de los citados objetivos, sino que además entorpecen y dificultan su utilización por parte de las Administraciones de menor entidad, afectando por ello especialmente las mismas al ámbito local.

Palabras clave: *procedimientos de adjudicación; simplificación; transparencia; innovación.*

Procurement procedures and its incidence on local entities: new insights

Abstract

This article analyzes the new regulation established by Law 9/2017, of 8 November, on public procurement, regarding the awarding proceedings and focusing on its impact on local entities. The new regulation should be criticized.

Despite bolstering transparency, simplification and flexibility, it also presents shortfalls which prevent the realization of the objectives pursued by the new regulation and, in addition, hinders its use by minor entities, especially local entities.

Keywords: awarding proceedings; simplification; transparency; innovation.

1

Planteamiento: simplificación, transparencia e innovación

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), además de transponer las conocidas como directivas de cuarta generación, incluye, como por otra parte viene siendo habitual en nuestro legislador, numerosas novedades¹. En este sentido, uno de los principales objetivos de la misma consiste en lograr una mayor transparencia, integridad y eficiencia en el ámbito de la contratación pública². Así, la Ley incluye diversas medidas que buscan dar cumplimiento al citado objetivo, entre las que cabe citar, a modo de ejemplo, las previsiones relativas a la lucha contra la corrupción y los conflictos de intereses, mediante la imposición al órgano

1. La citada LCSP, aunque aprobada por el Congreso el 19 de octubre, no fue publicada en el BOE hasta el 9 de noviembre. En este sentido, finalmente, el BOE núm. 272, de 9 de noviembre, publica la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. De conformidad con las previsiones recogidas en la disposición final decimosexta, la Ley, con carácter general, entró en vigor a los cuatro meses de su publicación, es decir, el 9 de marzo de 2018, a excepción de determinadas previsiones que, o bien se demoraban aún más, o entraron en vigor al día siguiente de su publicación. A su vez, como es sabido, la LCSP transpone buena parte del último paquete normativo comunitario, el cual está compuesto por tres directivas: la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y la Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. La LCSP fundamentalmente transpone las dos primeras, aunque, tal y como advierte el propio preámbulo de la Ley, esta también resulta de aplicación a los contratos que liciten las Administraciones públicas en los conocidos como sectores excluidos (agua, energía, transporte y servicios postales). Sobre las nuevas directivas pueden consultarse, entre otras, las siguientes referencias: GIMENO FELIU, J. M.^a, “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente de compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 159, julio-septiembre 2013, p. 39; y MORENO MOLINA, J. A., “La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos”, *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 115.

2. Concretamente, tal y como señala el preámbulo, en su apartado II, *in fine*, uno de los objetivos primordiales de la norma consiste en articular un “sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos”. No obstante, además de la anterior, la referencia a la búsqueda de la transparencia e integridad es muy recurrente a lo largo del citado preámbulo, y por ello este se configura realmente como uno de los pilares de la nueva LCSP.

de contratación de la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo o la corrupción; la nueva regulación de las prohibiciones para contratar; o la nueva regulación, más exhaustiva, del perfil de contratante, el cual viene a desempeñar un papel protagonista como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos³. Pero junto con el anterior objetivo, la Ley pretende también seguir ahondando en la consolidación de su enfoque estratégico, con la finalidad de que la contratación no solo constituya un medio para la obtención de bienes y servicios, sino también una herramienta que permita, además, lograr dar cumplimiento a otra serie de políticas públicas⁴. Al respecto, y junto con la protección del medio ambiente o la promoción del empleo y la integración social, el nuevo objetivo a perseguir consiste en fomentar la I+D+i⁵.

En este escenario y con estos objetivos en mente, resultaba necesario proceder a depurar también la regulación relativa a los procedimientos de adjudicación de los contratos del sector público. De conformidad con las previsiones del art. 131 de la LCSP, la Ley recoge dos procedimientos ordinarios: el abierto y el

3. Se ha ocupado de analizar cómo pueden fomentarse una mayor transparencia e integridad en la contratación pública, entre otros, GIMENO FELIU, J. M.^a, “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, *REALA*, núm. 7, mayo 2017, que ha analizado la importancia de los principios de integridad y transparencia en la contratación pública, proponiendo, a su vez, un decálogo de propuestas de mejora que deberían incluirse en la legislación de contratación pública. También, del mismo autor, “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *REDA*, núm. 147, 2010; MALARET, E., “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, 2016; CERRILLO MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012; o MEDINA ARNÁIZ, T., “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en AA. VV., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014.

4. Este planteamiento se recoge en GIMENO FELIU, J. M.^a, “Compra pública estratégica”, en PERNAS GARCÍA, J. (dir.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2014, p. 45; MEDINA ARNÁIZ, T., “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 43 a 94, así como en RAMONA APOSTOL, A., “Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness”, *Public Procurement Law Review*, 6, 2012, p. 214.

5. La atribución de un enfoque estratégico a la contratación pública se enmarca en la “Estrategia Europa 2020” (“Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, COM [2010] 2020), la cual se concibe como el plan de crecimiento sostenible e inteligente diseñado por la Comisión Europea para la próxima década. En este sentido, como decimos, las últimas directivas han decidido atribuir una nueva misión al ámbito de contratación pública: fomentar la innovación, al considerarse que la contratación pública es un instrumento idóneo para fomentar su impulso. El objetivo último, manifestado por la Comisión, consiste en tratar de llegar a gastar en Investigación y Desarrollo (en adelante I+D) un 3 % del PIB de la Unión Europea de aquí a 2020 (lo que se puede realizar, por ejemplo, a través de contratos públicos). *Vid.* la Comunicación “Iniciativa emblemática de Europa 2020 Unión por la innovación”, COM (2010) 546, de 6 de octubre de 2010.

restringido, y cuatro que tienen carácter excepcional: licitación con negociación; negociado sin publicidad; diálogo competitivo, y asociación para la innovación. Y es que, tal y como analizaremos a lo largo del presente estudio, las novedades que se incluyen en este ámbito pueden explicarse en torno a tres ejes fundamentales: simplificación, transparencia e innovación. Así, por ejemplo, en aras de simplificar trámites y configurar procedimientos más eficientes, se han incluidos dos nuevas vertientes en el procedimiento abierto: la simplificada y la que denominaremos supersimplificada. También se incluyen medidas destinadas a fomentar una mayor transparencia en los procedimientos, como ocurre con la eliminación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y del protagonismo que en el ámbito de los procedimientos con negociación se atribuye a esta última, o con las importantes limitaciones que se prevén respecto de los contratos menores. Y, por último, con el fin de fomentar la innovación, se incluye también el nuevo procedimiento de asociación para la innovación.

Aunque las medidas anunciadas cumplen en parte con los objetivos señalados, deviene necesario analizarlas desde una perspectiva crítica. Ello nos va a permitir identificar toda una serie de carencias, las cuales, además, se van a ir agravando conforme se simplifica la entidad que debe tramitar los procedimientos, lo que determina que esta resulte especialmente compleja en el ámbito de las entidades locales. Y es que resulta evidente que poco tienen que ver los medios y las necesidades de las entidades locales con los que precisan las Administraciones de mayor envergadura. Por ello no podemos compartir que el diseño de las reglas de la contratación pública, indudablemente complejo y costoso, parezca olvidar, una vez más, la realidad de las distintas Administraciones que deben aplicarlas.

No obstante, y con carácter previo al análisis de nuestro objeto de estudio, conviene realizar unas breves aclaraciones, con el fin de sentar unas bases mínimas que resultarán útiles en un momento posterior. Estas están relacionadas con la forma en que los procedimientos habrán de ser aplicados desde un punto de vista subjetivo, así como con la concreción del modo de elección de los mismos. Una vez aclarado lo anterior, nos centraremos en el análisis de las novedades más relevantes que afectan a los procedimientos de adjudicación, para a continuación hacer referencia en último lugar a las excepciones que prevé la Ley en la aplicación de los citados procedimientos, y al confuso caso de los contratos menores.

2

Aplicación subjetiva y forma de elección de los procedimientos de adjudicación

Los procedimientos que vamos a analizar se encuentran regulados en el Libro Segundo, “De los contratos de las Administraciones públicas”, Título I,

Capítulo I, Sección 2.^a (arts. 156-182) de la LCSP⁶, lo que determina que estos serán los aplicables a las adjudicaciones que lleven a cabo las entidades que son Administración pública (art. 3.2 LCSP)⁷ respecto de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que liciten⁸. La concreción de la forma en que habrán de utilizarse los procedimientos, así como los supuestos especiales que exoneran la aplicación de los mismos, están previstos en el art. 131⁹. Así, por un lado, este recoge los seis procedimientos de adjudicación incluidos en las directivas, previendo

6. No obstante, en esta sección se incluyen además, por un lado, una serie de normas generales aplicables a la adjudicación (arts. 131-155), las cuales no van a ser objeto de estudio pormenorizado, sin perjuicio de que se realicen referencias puntuales a las mismas al hilo del estudio de los procedimientos, y, por otro, también las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos (183-187), que serán citados en el ámbito del procedimiento negociado sin publicidad.

7. La LCSP, siguiendo el esquema de círculos concéntricos que utilizó la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y el posterior Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, concreta en su artículo 3 su ámbito subjetivo de aplicación: el apartado primero concreta qué entidades merecen la calificación de entes del sector público; el apartado tercero, qué entidades, además de la condición anterior, merecen la de poderes adjudicadores; y el apartado segundo, cuáles son, además de las dos anteriores, Administración pública.

8. En primer lugar, debemos nuevamente recordar que la LCSP se ocupa de transponer no solo la Directiva 2014/24/UE (contratación en los sectores clásicos), sino también la Directiva 2014/23/UE (adjudicación de los contratos de concesión). Y ello por cuanto, en lo que respecta a la regulación de los procedimientos de adjudicación, aquellas toman caminos muy distintos. Así, la Directiva 2014/24/UE opta por regular seis procedimientos de adjudicación: abierto, restringido, licitación con negociación, diálogo competitivo, asociación para la innovación y negociado sin publicidad. No obstante, solo el procedimiento abierto y el restringido tienen carácter ordinario, desde el momento en que su utilización no requiere ningún tipo de justificación previa. En cambio, para poder hacer uso de los demás procedimientos, hay que cumplir los requisitos que a tal efecto prevé la Directiva: procedimiento de licitación con negociación (art. 26); diálogo competitivo (art. 30); asociación para la innovación (art. 31), y procedimiento negociado sin publicidad previa (art. 32). Además todos ellos, salvo el negociado sin publicidad, son de transposición obligatoria. En cambio, la Directiva de concesiones (2014/23/UE) adopta un enfoque completamente distinto, por cuanto no hace mención de ningún procedimiento de adjudicación específico y opta por establecer una coordinación mínima de los procedimientos nacionales para adjudicar concesiones, basada en los principios del TFUE, con la finalidad de garantizar la apertura de las concesiones a la competencia y garantizar también una seguridad jurídica adecuada. De esta forma, las disposiciones de coordinación que incluye no van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos citados y para garantizar un cierto grado de flexibilidad, debiendo ser los Estados miembros los que completen y desarrollen las citadas disposiciones (arts. 30-33 Directiva concesiones). Por su parte, la LCSP, en lo relativo a la adjudicación de las concesiones de obras y servicios, se aparta del criterio comunitario y somete a la adjudicación de estos contratos de concesión a las mismas exigencias que rigen para la adjudicación de los contratos de obras, servicios y suministros, lo que determina el establecimiento de un marco jurídico común aplicable a los procedimientos de adjudicación para los contratos de obras, servicios y suministros, así como para las concesiones de obras y servicios.

9. Y especificamos que las reglas recogidas en el citado art. 131 resultan de aplicación a las adjudicaciones realizadas por las Administraciones, por cuanto el artículo está comprendido en el Libro II, el cual recoge todo lo relativo a los contratos de las Administraciones públicas (arts. 115 a 315).

que la adjudicación se realizará ordinariamente, como decíamos, utilizando el procedimiento abierto o el restringido (art. 131.2 LCSP). En cambio, para aplicar cualquiera de los procedimientos extraordinarios, tal y como exige el art. 131.2, 2.º párrafo, es preciso que concurren los supuestos específicos previstos a tal efecto en los siguientes artículos: los previstos en el art. 167 para el procedimiento de licitación con negociación y el diálogo competitivo; los del art. 168, para el negociado sin publicidad; el indicado en el art. 172 para el diálogo competitivo, y los previstos en el art. 177 respecto a la asociación para la innovación. Por otro lado, también se prevén una serie de reglas especiales que excepcionan la aplicación de los procedimientos de adjudicación, de conformidad con las previsiones del art. 131, apartados 3 (contratos menores), 4 (prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia) y 5 (concursos de proyectos), a las que nos referiremos en el último apartado de este estudio.

Pero los citados procedimientos también resultarán de aplicación, en segundo lugar, a los contratos que liciten los poderes adjudicadores que no sean Administración pública¹⁰, en dos supuestos: por un lado, en el caso de que el

10. Son poderes adjudicadores las entidades recogidas en el art. 3.3 de la LCSP. En este sentido, son poderes adjudicadores, en primer lugar, las Administraciones públicas (previstas en el art. 3.2). Pero también lo son (y no son Administración pública, a los efectos de la LCSP): las fundaciones públicas (art. 3.3 b)]; las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (art. 3.3 c]), y los organismos de derecho público (art. 3.3 d]), es decir, las entidades con personalidad jurídica propia, distintas de las anteriores, que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que además dependan de poder adjudicador (bien porque este financie mayoritariamente su actividad; o controle su gestión; o controle a sus órganos de administración, dirección o supervisión), tal y como se ha recogido en una consolidada jurisprudencia comunitaria. Por todas, SSTJUE *Mannesmann Anlangenbau Austria AG y Strohal Rotationsdruck GesmbH*, C-44/96, EU:C:1998:4; *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden y BFI Holding BV*, C-360/96, EU:C:1998:525.3; o *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, C/373/00, EU:C:2003:110. En el ámbito local, podrían ser ejemplo de organismos de derecho público y, por tanto, de poder adjudicador no Administración pública, siempre que, insistimos, se cumplan las exigencias del citado art. 3.3 d), las entidades públicas empresariales (o equivalentes), así como las empresas públicas. Asimismo, podemos señalar también que las entidades que tengan la consideración de medio propio de una Administración (por ejemplo, una empresa pública que es medio propio de un determinado ayuntamiento) van a merecer siempre, a su vez, la consideración de poder adjudicador, cuando liciten en el mercado algún contrato sometido al ámbito de aplicación de la LCSP.

También son poder adjudicador no Administración pública las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores (art. 3.3 e]) y otras entidades que no se encuentran expresamente previstas en el citado art. 3.3, pero que reciben esa calificación, siempre que cumplan con las exigencias correspondientes, como ocurre en el caso de los partidos políticos, organizaciones sindicales, asociaciones empresariales y profesionales, y fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de las anteriores (art. 3.4), o como en el caso de las corporaciones de derecho público (art. 3.5), o en el de Puertos del Estado o Autoridades Portuarias (disposición adicional trigésima novena LCSP), o el Museo del Prado, o el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía (disposición adicional cuadragésima segunda LCSP).

contrato esté sometido a regulación armonizada (art. 317 LCSP), y por otro, en el caso de que, aun no estando sometido a regulación armonizada, el contrato se adjudique por un poder adjudicador no Administración pública y supere las cuantías previstas en el art. 318 b) LCSP¹¹. En ambos casos, la regulación se remite a la propia de los contratos licitados por las Administraciones públicas. No obstante, la remisión no es idéntica, y ello produce consecuencias distintas.

En el primer caso, *ex* art. 317, la adjudicación de los contratos que realicen los poderes adjudicadores no Administración pública, en el caso de que estén sometidos a regulación armonizada (en adelante, SARA), se regirá por “las normas establecidas en las secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro II de esta Ley”, es decir, podrán utilizarse los citados procedimientos de adjudicación en los mismos casos en que puede hacerlo una Administración pública.

En cambio, la adjudicación de contratos no SARA que realicen los poderes adjudicadores no Administración pública, siempre y cuando superen las cuantías previstas en el art. 318 b), podrá realizarse “por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168”. En este sentido, parece que la interpretación que sugiere la citada redacción es que los procedimientos de adjudicación se pueden utilizar *indistintamente* en el caso de que se cumpla lo previsto en el citado art. 318.b), con excepción del negociado sin publicidad, que solo podrá utilizarse en los supuestos previstos en el art. 168¹². Quizá ello resulte coherente con la idea de que, en la medida en que la intensidad en la aplicación de la Ley va disminuyendo en función de la condición del sujeto, del tipo de contrato y valor del mismo que se licite, se flexibiliza también el diseño de los procedimientos de adjudicación que deban aplicar los sujetos correspondientes.

11. En este sentido, las cuantías previstas en el citado art. 318 b) de la LCSP coinciden con las previstas para el contrato menor (obras por un valor estimado inferior a 40 000 euros y servicios o suministros por un valor estimado inferior a 15 000 euros), lo que no quiere necesariamente decir que las reglas que rigen para los contratos menores de las Administraciones públicas (art. 118) sean directamente extrapolables a los contratos “menores” que liciten los poderes adjudicadores, no Administración pública, como veremos en el apartado 4 de este estudio, al cual nos remitimos en este momento.

12. O dicho de otro modo: un poder adjudicador no Administración pública parece que puede decidir aplicar, si se cumple lo señalado en el art. 318 b), cualquiera de los procedimientos de adjudicación regulados en la Ley (por ejemplo, el abierto simplificado, o el procedimiento de licitación con negociación, o el diálogo competitivo), sin tener que tomar en consideración los supuestos legales que permiten aplicar unos y otros. De esta forma, solo hay que tomar en consideración las características del contrato correspondiente, al determinar el procedimiento de adjudicación que se va a aplicar en estos supuestos, en el caso de que se quiera seguir un negociado sin publicidad.

No obstante, el controvertido Informe 2/2018, así como la Instrucción 3/2018, de la Abogacía del Estado, y la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 28 de febrero de 2018, ponen de manifiesto que la conclusión a la que debe llegarse es la contraria, y que, por tanto, hay que entender que lo que se reconoce a los poderes adjudicadores no Administración pública, en el citado art. 318 b) LCSP, es la opción de elegir entre los mismos procedimientos de adjudicación aplicables a las Administraciones públicas, lo que implica una remisión *in totum* a la regulación aplicable a cada uno de esos procedimientos, y la posibilidad de utilizarlos cuando se cumplan los requisitos que exige la norma.

No compartimos las citadas conclusiones por cuanto, en el propio preámbulo de la Ley, se señala de manera inequívoca que los poderes adjudicadores no Administración pública deben “adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones”¹³. O lo que es lo mismo, todos los procedimientos tienen carácter ordinario, a excepción del negociado sin publicidad, que solo puede utilizarse en los supuestos previstos en el art. 168 LCSP. En este sentido, no parece riguroso dedicar esfuerzos a la “búsqueda del designio del legislador”, cuando el sentido literal de la norma resulta ser inequívoco¹⁴.

13. En este sentido, la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión se refiere con naturalidad a la utilización indistinta de los procedimientos de adjudicación por parte de los poderes adjudicadores no Administración pública en los supuestos citados. *Vid.*, al respecto, Díez Sastre, S., “El ámbito subjetivo de la LCSP. La contratación de los poderes adjudicadores no Administración pública”, en GALLEGO CÓRCOLES, I. y GAMERO CASADO, E. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, tomo I, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 538-540, la cual entiende que “la libertad que deja el legislador para emplear unos procedimientos u otros puede conducir a la utilización de los procedimientos más rápidos y que exigen menos trámites, como puede ser el procedimiento abierto simplificado en su tramitación normal o sumaria”. En la misma línea, GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos abiertos, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo”, en GIMENO FELIU, J. M.^a (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, p. 1080, considera que “para los poderes adjudicadores no Administración pública todos los procedimientos de licitación –a excepción del negociado sin publicidad– tienen carácter ordinario en los supuestos en que el contrato no se encuentre sometido a regulación armonizada (*vid.* 318 LCSP)”. También BLÁZQUEZ LIDOY, A., “Los poderes adjudicadores no Administración pública ante la LCSP: Contratos menores y libertad de elección en los procedimientos de adjudicación”, *Revista CEF Legal*, núm. 208, mayo 2018, pp. 18-19, entiende que los argumentos proporcionados por la Abogacía General del Estado, así como por la Junta Consultiva, en esta materia, parecen estar orientados por criterios de *lege ferenda* más que de *lege data*.

14. En este sentido, parece que quizá no resulta razonable preguntarse si los propios criterios interpretativos recogidos en el art. 3.1 del Código Civil pueden primar sobre el sentido literal de la norma. *Vid.* BLÁZQUEZ LIDOY, A., “Los poderes adjudicadores no Administración pública...”, *cit.*, pp. 18-19.

En tercer lugar, la adjudicación de contratos por parte de los entes del sector público no Administración pública se somete a las reglas previstas en el art. 321 de la LCSP, el cual no prevé ningún procedimiento formal de adjudicación, más allá de que la misma cumpla con los principios de publicidad, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación que recoge el citado artículo, exigencia que se prevé tanto para el caso de que el citado ente cuente con instrucciones internas como para el caso de que no disponga de las mismas¹⁵.

3

Tipos procedimentales: análisis de las novedades más relevantes

Las novedades más relevantes, que, como decíamos, pueden explicarse en torno a tres ejes fundamentales (simplificación, transparencia e innovación), afectan fundamentalmente al procedimiento abierto, a los denominados procedimientos de licitación con negociación, y al procedimiento de asociación para la innovación. Es por ello por lo que prestaremos una especial atención a las mismas, sin perjuicio de que aclaremos, aunque sea brevemente, alguna cuestión puntual respecto del procedimiento restringido y del diálogo competitivo.

3.1

El procedimiento abierto: apuesta por la simplificación y la eficiencia

El procedimiento abierto aparece configurado como un procedimiento ordinario de adjudicación de contratos, y se regula en los arts. 156-159 LCSP. Si la Directiva 2014/24/UE no introdujo grandes modificaciones en la regulación del procedimiento abierto, más allá de llevar a cabo una cierta reordenación sistemática que hacía más clara la normativa, y de reducir los plazos de tramitación del procedimiento (art. 27), el legislador interno, además de hacerse eco de lo anterior, ha otorgado un protagonismo indudable a este procedimiento, al introducir, además de la vertiente ordinaria, dos nuevas: la simplificada y la supersimplificada. Estas resultan de aplicación hasta un umbral económico determinado, y permiten agilizar notablemente la adjudica-

15. Los entes del sector público (art. 3.1 LCSP) que no son Administración pública ni poder adjudicador, por no reunir los requisitos que a tal efecto exige la Ley para merecer una u otra calificación, son los fondos sin personalidad jurídica (art. 3.1 i)), así como aquellas entidades del art. 3.1 que no cumplan los requisitos recogidos en el art. 3.3.d) para ser poder adjudicador. Tal sería el caso de las entidades públicas empresariales y entidades de derecho público (art. 3.1.g)), las sociedades mercantiles (art. 3.1 h)), así como las asociaciones de las anteriores (art. 3.1.k)), insístitimos, cuando no cumplan los requisitos para ser poder adjudicador.

ción del contrato correspondiente, sin descuidar a su vez la publicidad y transparencia que debe darse en el procedimiento de licitación de todo contrato.

3.1.1

El procedimiento abierto ordinario (arts. 156-158)

El procedimiento abierto, en su modalidad ordinaria o clásica, no presenta cambios sustanciales respecto de lo que anteriormente se recogía en los arts. 157 a 161 del TRLCSP. Únicamente se incluyen modificaciones formales (reducción de diversos plazos) y aclaraciones respecto del examen de las proposiciones y la propuesta de adjudicación.

Así, en primer lugar, se reducen sensiblemente los plazos de presentación de las proposiciones de contratos SARA (art. 156 LCSP)¹⁶. Por un lado, si el contrato es de obras, servicios o suministros, y el mismo es SARA, el plazo para la presentación de proposiciones no será inferior a treinta y cinco días, contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (art. 156.2)¹⁷. Si el contrato no es SARA (y además no es un contrato de obras), el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a quince días, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil de contratante (art. 156.6). En segundo lugar, y respecto de las concesiones de obras y de servicios, hay que diferenciar también en función de si el contrato es SARA o no. En el primer caso, el plazo para la presentación de proposiciones no será inferior a treinta días, contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (art. 156.2)¹⁸. Si no es SARA, el plazo para la presentación de proposiciones será como mínimo de veintiséis días, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil de

16. En este sentido, hay que tener en cuenta que los plazos establecidos por días se entienden referidos a días naturales, por cuanto los artículos citados no especifican que deban ser hábiles (disposición adicional duodécima LCSP).

17. El citado plazo de treinta y cinco días puede reducirse en los tres siguientes supuestos. En primer lugar, si el órgano de contratación ha enviado un anuncio de información previa, el plazo se puede reducir a quince días (art. 156.3 a)). No obstante, se requiere que haya mediado un mínimo de treinta y cinco días y un máximo de 12 meses desde el envío del anuncio de información previa y el anuncio de licitación, y que el anuncio de información previa incorpore toda la información que se exige para aquel. En segundo lugar, también cabe reducirlo en situaciones de urgencia (previstas en el art. 119), siempre y cuando no sea inferior a quince días contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación (art. 156.3 b)). Por último, si se acepta la presentación de ofertas por medios electrónicos, se puede reducir el plazo general *en* cinco días (art. 156.3 c)).

18. El citado plazo solo se puede reducir *en* cinco días si se acepta la presentación de ofertas por medios electrónicos (art. 156.4).

contratante (art. 156.6). Este mismo plazo de veintiséis días se aplica también para los contratos de obras no SARA.

Finalmente, se prevé un plazo para la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante, ya que esta debe hacerse con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de proposiciones, en función del tipo de contrato de que se trate: quince días para servicios y suministros, y veintiséis días para contratos de obras, concesiones de obras y servicios (art. 156.5). Por otro lado, se reduce también el plazo para la apertura de las proposiciones, el cual se fija en un máximo de veinte días, contados desde la fecha de finalización del plazo previsto para presentar las proposiciones (art. 157.3 LCSP). La adjudicación, regulada en el art. 158, no ha sufrido variaciones, previéndose que tendrá lugar en el plazo máximo de quince días a contar desde la apertura de las proposiciones, si el único criterio de selección a valorar es el precio, o de dos meses, para el caso de que se deban tener en cuenta una pluralidad de criterios.

En segundo lugar, como decíamos, se procede a regular con mayor detalle el examen de las proposiciones y la propuesta de adjudicación (art. 157). En este sentido, se hace referencia expresa a la mesa de contratación como el órgano competente para calificar la documentación presentada por los licitadores, y formular la propuesta de adjudicación al órgano de contratación. Asimismo, no solo se especifica que la citada documentación ha de presentarse en dos sobres o archivos electrónicos distintos (uno, con la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, *ex* art. 140, y otro, con la proposición), sino que además se especifica que, en el caso de que se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán a su vez presentar la propuesta en dos sobres o archivos electrónicos separados, uno con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios que conlleven la aplicación de un juicio de valor, y otro con la que deba ser valorada únicamente mediante la aplicación de fórmulas.

Por otro lado, y de conformidad con el art. 157.4, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación pueden emplearse medios electrónicos. En este sentido, el informe 69/18, de la JCCA del Estado, además de hacer referencia a la no exigencia de celebración de acto público en ese caso, analiza también si esa previsión del art. 157.4 resulta asimismo aplicable al procedimiento abierto simplificado, entendiéndose en este caso que, a diferencia de lo que ocurre en la vertiente ordinaria, en la simplificada se exige en todo caso la celebración de acto público para la apertura del sobre que contiene los criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas.

3.1.2

El procedimiento abierto simplificado (art. 159)

La principal novedad que se incorpora en el ámbito del procedimiento abierto, como señalábamos antes, consiste en incluir dos nuevas vertientes del procedimiento abierto, la simplificada y la supersimplificada.

El objetivo que pretende alcanzar el legislador con esta nueva vertiente simplificada consiste en reconducir los contratos que, con anterioridad, se adjudicaban mediante el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía al procedimiento abierto simplificado, el cual pretende ser ágil, como lo era el negociado sin publicidad, pero además proporciona la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato¹⁹.

Esta nueva vertiente, que, como decimos, no trae causa de las directivas comunitarias, sí había sido regulada con anterioridad a la LCSP, tanto en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, como en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, y al parecer se han aplicado con bastante éxito. Resultan interesantes, en este sentido, los datos publicados por el Registro de Contratos del Sector Público respecto del número de contratos y procedimientos de adjudicación licitados en el ámbito del Estado, comunidades autónomas y entidades locales, en el año 2016²⁰. Tanto en Aragón como en Navarra, ambos con vertientes simplificadas del procedimiento abierto, la utilización del mismo supera la utilización de los demás procedimientos: en Aragón se licitaron un total de 1076 contratos por medio del abierto y 949 a través de otros procedimientos, y en Navarra, 312 y 119, respectivamente, a diferencia de lo que ocurre en otras comunidades autónomas que no cuentan con la vertiente simplificada²¹. Consideramos, además, que ambas vertientes del proce-

19. Para lograr la reducción de los plazos, se simplifican los trámites al máximo de tal forma que la documentación habrá de presentarse en un único sobre, no se exige constitución de garantía provisional, resulta obligatoria la inscripción en el Registro de Licitadores, y la fiscalización del compromiso de gasto se realiza en un solo momento, antes de la adjudicación.

20. Siendo estos los últimos datos disponibles.

21. En estos casos, la utilización del abierto no consigue superar a las de los demás procedimientos, como ocurre en Cataluña, donde se licitaron a través del abierto un total de 3226 contratos, y a través de otros procedimientos 25 155 contratos; o en el caso de Extremadura, con 1013 a través del abierto y 15 178 a través de otros procedimientos; o también en el caso de Asturias, con 944 y 4203, respectivamente. También hay supuestos, más escasos, en que, a pesar de no contar con las citadas vertientes, sí se advierte una mayor utilización del abierto en lugar de los demás procedimientos. Así ocurre, por ejemplo, en Madrid, con 2712 contratos licitados a través del abierto y 980 a través de otros procedimientos; Cantabria, con 477 y 1072, respectivamente; o País Vasco, con 642 y 273, respectivamente. En cualquier caso, los resultados totales muestran cómo la utilización del abierto está muy lejos de la utilización del negociado, diálogo competitivo y adjudicaciones directas, ya que se adjudicaron contra-

dimiento simplificado resultarán especialmente aplicadas en el ámbito local, como consecuencia de las limitaciones que se han incluido en la aplicación de los contratos menores y en los procedimientos negociados sin publicidad, y de que las cuantías máximas que permiten la aplicación del procedimiento abierto simplificado y del supersimplificado son considerablemente elevadas.

A su vez, como señalábamos anteriormente, la LCSP lo regula en el art. 159, extensísimo y ciertamente engorroso, que trataremos de diseccionar de la mejor manera posible, haciendo referencia a su ámbito de aplicación, a la publicidad y los plazos de presentación de proposiciones, y a la tramitación del procedimiento.

3.1.2.1

Ámbito de aplicación

El procedimiento abierto simplificado solo puede ser utilizado si se cumplen las condiciones previstas en el art. 159, las cuales tienen que ver con el objeto del contrato, la cuantía y la forma en que han de valorarse los criterios de adjudicación. No obstante, y aunque se cumplan las citadas condiciones, su utilización no es imperativa, de tal modo que en último término dependerá del criterio del órgano de contratación²².

En este sentido, solo puede ser utilizado en relación con contratos de obras, servicios y suministros, y, por tanto, no está permitido para las concesiones. Además es necesario que se cumplan las dos condiciones siguientes: que el valor sea igual o inferior a 2 000 000 de euros si es un contrato de obras, o a 100 000 euros si se trata de un contrato de servicios o suministro²³. Pero además se exige que, entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego: o bien no haya criterios evaluables mediante juicio de valor, o, si los hay, su ponderación no supere el 25 % del total. Esta regla tiene una excepción, ya que, si el contrato tiene por objeto prestaciones de carácter intelectual (servicios de ingeniería y arquitectura), su ponderación no puede superar el 45 % del total²⁴.

tos a través del abierto en un total de 18 892 contratos y nada menos que 65 045 contratos a través de los procedimientos señalados (de los cuales destacaríamos fundamentalmente el negociado y la adjudicación directa, por cuanto el diálogo competitivo prácticamente no se ha utilizado).

22. Al respecto, el art. 159 dispone que “los órganos de contratación *podrán* acordar la utilización de un procedimiento abierto simplificado”.

23. De esta forma, parece que el abierto simplificado podría convertirse en un procedimiento muy utilizado en general, y particularmente en el ámbito local, desde el momento en que las cuantías máximas que permiten su aplicación son muy elevadas.

24. GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos abiertos, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo”, cit., pp. 1090 y 1091, sostiene, respecto de la introducción de limitaciones en la utilización de criterios de valoración

3.1.2.2

Publicidad y plazo de presentación de las proposiciones

El anuncio de licitación solo ha de publicarse en el perfil de contratante del órgano de contratación, y toda la documentación necesaria para la presentación de la oferta debe estar disponible por medios electrónicos, desde la citada publicación del anuncio en el perfil del contratante²⁵.

Respecto del plazo para presentar proposiciones, hay que diferenciar en función del contrato que se licite. Si es un contrato de servicios o suministros, el plazo mínimo es de quince días, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio en el perfil del contratante. Si el contrato es de obras, el plazo no podrá ser inferior a veinte días.

3.1.2.3

Especialidades de la tramitación respecto de las previstas para el procedimiento abierto

La tramitación del procedimiento abierto simplificado sigue con carácter general la propia del procedimiento abierto, pero con las especialidades a las que aludiremos a continuación. Asimismo, hay que tener en cuenta que, en todo lo no previsto específicamente en el art. 159, se observarán las normas generales aplicables al procedimiento abierto.

En primer lugar, los licitadores que se presenten a una licitación a través de este procedimiento tienen que estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas en la fecha final de presentación de ofertas. No obstante, la disposición transitoria tercera prevé que la inscripción resultará exigible a partir de los seis meses de entrada en vigor de la LCSP, es decir, desde el pasado 9 de septiembre. La citada inscripción tiene por objeto simplificar el trámite de acreditación del cumplimiento de

dependientes de juicios de valor, que no resulta descabellada, y al respecto recuerda los razonamientos del Informe de la JCCA de Aragón 15/2011, de 8 de junio, en el que se afirma que los criterios de valoración, atendiendo a la finalidad de esta tramitación simplificada, deben ser preferentemente de aplicación matemática, pues el simplificado no es más que el procedimiento abierto descargado de algunos trámites procedimentales, por lo que no cabría utilizar este procedimiento en contratos de compleja valoración. En este sentido –apunta la citada autora–, resulta incuestionable que el diseño de procedimientos simplificados debe permitir una tramitación más ágil de las licitaciones que sean estructuralmente más simples. Cosa distinta es que el diseño que ha quedado plasmado en la Ley no sea en sí mismo suficientemente simple.

25. Esta previsión elimina la publicidad de los anuncios en los correspondientes boletines, lo que determina no solo el correspondiente ahorro económico, sino también el del plazo que media desde el envío del anuncio a su publicación en el boletín oficial correspondiente.

los requisitos previos, ya que esta permite acreditar la personalidad jurídica del licitador, su habilitación profesional o empresarial, la representación y acreditación de no estar incurso en prohibiciones para contratar, así como su solvencia económica y financiera y técnica o profesional (art. 96.1 y 2 LCSP)²⁶. La necesaria inscripción admite una excepción, y es que el art. 159.4 a) dispone, de manera equívoca, que ello no será exigible en el caso de que se vea limitada la concurrencia²⁷.

En cualquier caso, la inadecuada planificación de las necesidades que exigía el ROLECE para poder tramitar e inscribir todas las solicitudes antes de que finalizara el plazo previsto en la norma ha determinado considerables retrasos en las inscripciones, como se ha denunciado desde diversos foros²⁸. Junto a la imposibilidad de tramitar a tiempo las solicitudes de inscripción surge otro problema adicional, y es que podría dudarse de la viabilidad de la participación de los licitadores en los procedimientos que se liciten a partir de la fecha del 9 de septiembre, en el caso de que aun no estando formalmente inscritos a partir del citado día sí hubieran presentado su solicitud de inscripción con anterioridad a esa fecha. En este sentido, las juntas de contratación, como viene siendo habitual en los últimos tiempos, no coinciden en la respuesta que ha de darse al anterior interrogante²⁹. En cualquier caso, entendemos que la Ley es también clara en este aspecto, por lo que, por razones de seguridad jurídica, debería prevalecer la misma y exigirse la inscripción en el Registro.

26. Hay que tener en cuenta que, de conformidad con el art. 73.2 de la LCSP, parece que el ROLECE no servirá para acreditar la inexistencia de las prohibiciones de contratar previstas en el art. 71.1, letras c), d), f), g) y h).

27. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “Procedimiento abierto y procedimiento abierto simplificado”, en GALLEGU CÓRCOLES, I. y GAMERO CASADO, E. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, tomo II, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1586 y 1587, pone de manifiesto cómo la citada decisión de no exigir la inscripción queda en manos, por tanto, del órgano de contratación, ya que este puede entender que su exigencia pueda limitar la concurrencia. No obstante, señala también el citado autor que no queda claro cómo ha de aplicarse lo anterior, es decir, surgen dudas en cuanto al número de licitadores inscritos que han de presentarse para entender que hay concurrencia suficiente.

28. En la conocida web del OBCP, como en la de contratos de obras, se recogen diversas notas en las que se denuncia la citada situación.

29. En este sentido, el Informe 20/2018, de 3 de septiembre, de la JCCA de Aragón, dispone que la citada inscripción en el ROLECE es una obligación legal, no una potestad del órgano de contratación, lo que determina la obligación de los licitadores de estar inscritos en el citado Registro, a partir del 9 de septiembre de 2018, para poder concurrir a un procedimiento abierto simplificado. Y concreta también, la citada Junta, que no bastará para cumplir con esta obligación con haber solicitado la inscripción en el Registro de Licitadores antes del 9 de septiembre, sino que el licitador deberá encontrarse ya inscrito en esa fecha para poder licitar. En cambio, la JCCA del Estado, en su Recomendación de 24 de septiembre de 2018, opta por no exigir la inscripción en el ROLECE hasta que la situación en el citado Registro se normalice, y por continuar acreditando la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar del modo general.

En segundo lugar, no procede la constitución de garantía provisional por parte de los licitadores³⁰.

En tercer lugar, y respecto de la presentación de proposiciones, hay que tener en cuenta que esta debe cumplir con una serie de reglas.

No obstante, con carácter previo a su análisis, hay que aclarar que, al concretar las citadas reglas, el legislador introduce confusión al referirse únicamente a las ofertas “en papel”, tal y como se deduce de la propia letra de la Ley³¹. Ello contradice las obligaciones que recoge la LCSP respecto de la contratación electrónica, en su disposición adicional decimoquinta³². En este sentido, la propia Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha recordado en el Informe 2/2018 que “a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2017 la regla general para la presentación de las ofertas es la utilización de los medios electrónicos, que solo cede ante los casos tasados previstos en la citada disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017”³³. En idénticos términos se pronuncia el Tribunal Central de Recursos Contractuales, en la Resolución 632/2018. A pesar de lo anterior, esta no parece ser la regla general, ya que ello depende fundamentalmente de la entidad que esté tramitando el procedimiento³⁴.

30. No obstante, esta previsión no es específica del abierto simplificado, como dispone el art. 159.4 b) LCSP, sino que la misma resulta de aplicación, como regla general, respecto de cualquier procedimiento de adjudicación, tal y como dispone el art. 106 LCSP.

31. A modo de ejemplo, el art. 159.4 d) LCSP solo habla de “sobres para presentar la oferta”, y no de archivo electrónico.

32. Recordemos también cómo la propia Directiva 2014/24/UE ya imponía la licitación electrónica, previendo además los plazos para su entrada en vigor, los cuales, para las obligaciones previstas en la propia Directiva (*vid.* art. 22), expiran el 18 de octubre de 2018 (art. 90). En cualquier caso, la propia LCSP se anticipó a esta exigencia, por cuanto estableció, desde su entrada en vigor, que la licitación electrónica era obligatoria, a excepción de las salvedades previstas en la propia norma.

33. Como decimos, la utilización de medios electrónicos fundamentalmente se exige respecto de la presentación de las ofertas. No obstante, también es cierto que ya en alguna comunidad se están adoptando medidas para poder tramitar el procedimiento de adjudicación íntegramente a través de medios electrónicos, incluso previendo la utilización de determinados sistemas que permiten dotar de una mayor seguridad y transparencia a la tramitación de los mismos. Así, Aragón ha publicado recientemente el anuncio de licitación de un contrato para elaborar un sistema o servicio de tramitación electrónica basado en la tecnología *blockchain*.

34. Basta consultar la web de la Plataforma de Contratación del Sector Público para comprobar cómo la mayoría de los anuncios de licitación prevén la presentación “en papel” de la oferta. Por otro lado, no queríamos dejar de realizar, aunque sea de manera telegráfica, una referencia a las implicaciones que pudiera tener en el ámbito de la contratación pública la reciente modificación de la disposición final séptima de la LPAC, en virtud del Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, la cual traslada la eficacia de algunas disposiciones relativas a la administración electrónica a octubre de 2020. Y es que, tal y como señalábamos anteriormente, entendemos que la contratación electrónica debe regirse tanto por los plazos que específicamente prevé la Directiva 2014/24/UE como por los propios de la LCSP, que es la norma especial en la materia. Lo anterior determina que no cabría aplicar la moratoria de

Aclarado lo anterior, y entendiendo que las citadas reglas especiales son de aplicación, con carácter general, a la presentación de las ofertas (que únicamente debería realizarse de forma electrónica), pasamos a continuación a analizarlas.

En primer lugar, solo se pueden presentar en el Registro indicado en el anuncio de licitación. Asimismo, la presentación de la oferta exige la presentación de una declaración responsable respecto al cumplimiento de los requisitos previos previstos en el art. 159.4 c)³⁵. En tercer lugar, y respecto de los sobres a presentar, hay que diferenciar dos supuestos: se exige un único sobre si no se incluyen criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor; en cambio, se tendrán que presentar dos sobres si los criterios de adjudicación dependen de un juicio de valor. En este último caso, puede plantearse la duda de en qué sobre debe incluirse la citada declaración responsable. En principio, parece que la misma se debe incluir en el sobre que se vaya a abrir en primer lugar, es decir, el que contenga la propuesta sujeta a juicios de valor, con el fin de que en este primer momento puedan ya examinarse los requisitos de capacidad, solvencia, etc. No obstante, tampoco parece ser un inconveniente que se incluya en el segundo sobre, como ha admitido la normativa comunitaria³⁶.

En cuarto lugar, se recogen también determinadas especificaciones relacionadas con la apertura de sobres y con la mesa de contratación. En este sentido, aquella deberá ser realizada por la citada mesa, de conformidad con las previsiones recogidas en las letras d), e) y f) del art. 159. Si se presenta la oferta en un único sobre, el acto de apertura del mismo es público y se realiza, como decimos, por la mesa de contratación. En cambio, si

los dos años recientemente introducida en el ámbito de la LPAC al ámbito de la contratación, so pena de incumplir las previsiones de la propia Directiva. A mayor abundamiento, entendemos que tampoco cabría introducir una moratoria a través de la reforma de la propia LCSP, porque ello también vulneraría la citada normativa comunitaria. En este sentido también se ha pronunciado el Tribunal Central de Recursos Contractuales, en la Resolución 632/2018, que citábamos anteriormente.

35. En este sentido, el modelo de oferta que figure como anexo al pliego debe recoger la citada declaración responsable. Esta es una declaración distinta al Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), como aclara el propio artículo 141.1 LCSP, y la misma deberá incluir las especificaciones recogidas en el art. 159.4 c) LCSP. Por otro lado, si la empresa es extranjera la DR debe incluir el sometimiento al fuero español, y si fuera una UTE, el compromiso de constitución de la misma.

36. Concretamente el artículo 56.2 de la Directiva 2014/24/UE, el cual señala lo siguiente: “En los procedimientos abiertos, los poderes adjudicadores podrán decidir examinar las ofertas antes de comprobar la inexistencia de motivos de exclusión y el cumplimiento de los criterios de selección”. *Vid.*, en este sentido, SANMARTÍN MORA, M.^a A., “Los procedimientos simplificados en la nueva LCSP: algunas cuestiones prácticas que pueden poner en valor este procedimiento”, nota publicada en la web del *Observatorio de Contratación Pública*, el 9 de marzo de 2018.

la oferta se presenta en dos sobres, hay que abrir, en primer lugar, el que contenga la oferta evaluable mediante criterios que dependan de un juicio de valor. La valoración se realiza por los servicios técnicos del órgano de contratación en un plazo no superior a siete días³⁷. A continuación, se abre el sobre con la oferta evaluable mediante la mera aplicación de fórmulas, en acto público, por la mesa de contratación, la cual, además, tendrá que dar lectura al resultado de la valoración del primer sobre³⁸.

Por otro lado, y respecto a la composición de la mesa, el art. 326.6 LCSP prevé una composición especial, más reducida, para la que vaya a tramitar un procedimiento abierto simplificado³⁹. No obstante, la disposición adicional segunda (que recoge las especialidades aplicables a las entidades locales), apartado 7, de la LCSP no prevé diferencias respecto de la mesa de contratación en función del tipo de procedimiento que se esté siguiendo, por lo que, en principio, habría que aplicar la composición general prevista en la citada disposición adicional segunda⁴⁰.

Por último, hay que hacer referencia también a las previsiones relativas a la adjudicación provisional, requerimiento de documentación y adjudicación del contrato. En este sentido, la mesa de contratación, tras el citado acto público de apertura del sobre con la oferta, excluye, en su caso, las que no cumplan los requisitos del pliego, y evalúa y clasifica las válidas, para realizar a continuación la propuesta de adjudicación al candidato que hubiese obtenido una mejor puntuación. En este momento, la mesa deberá cumplir con dos deberes: comprobar en el Registro de Licitadores que no haya ninguna irregularidad en la inscripción que afecte al cumplimiento de los requisitos previos por parte del adjudicatario provisional, y requerir a este, mediante comunicación electrónica, para que, en el plazo de 7 días hábiles, proceda a constituir la garantía definitiva y la documentación que

37. Asimismo, hay que tener en cuenta que no parece necesario que el sobre que contenga la propuesta sujeta a juicio de valor deba abrirse en acto público, a diferencia de lo que se exige para el sobre que contenga la propuesta que se valora automáticamente, respecto de la que la LCSP sí exige que se haga en acto público (art. 159.4 d] LCSP).

38. *Vid.*, en este sentido, el informe 69/18 de la JCCA del Estado al que se alude en la p. 108 anterior.

39. En este caso, deberá estar integrada por el presidente, el secretario, un funcionario que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación, y un funcionario que tenga atribuidas las funciones de control económico-financiero.

40. De esta forma, la mesa estaría presidida por un miembro de la corporación o funcionario de la misma, y formarían parte de ella, como vocales, el secretario y el interventor (o los órganos que tengan atribuidas las correspondientes funciones de asesoramiento jurídico y control económico-financiero), así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación de entre funcionarios de carrera o personal laboral al servicio de la corporación, o miembros electos de la misma, debiendo respetar al respecto los límites previstos en la propia disposición adicional segunda.

acredite que dispone de los medios que se ha comprometido a dedicar a la ejecución del contrato (art. 159.4. f) 4.º). Presentada la garantía definitiva, y, en su caso, previa fiscalización del compromiso de gasto por la Intervención cuando la exija la Ley 47/2003, General Presupuestaria, en un máximo de cinco días, se procederá a adjudicar el contrato a favor del licitador propuesto, y a continuación se formalizará el contrato. En el caso de que no se presente la garantía definitiva en el plazo previsto, se formulará propuesta de adjudicación a favor del siguiente candidato en puntuación⁴¹.

Por último, hay que tener en cuenta que, aunque se declare la urgencia del expediente de contratación, en el marco del abierto simplificado no se pueden reducir los plazos previstos para la licitación, adjudicación y formalización del contrato (art. 159.5).

3.1.3

El procedimiento abierto supersimplificado (art. 159.6)

3.1.3.1

Ámbito de aplicación

El art. 159.6 de la LCSP prevé que cabe acudir a esta tramitación *express* del procedimiento simplificado en el caso de que se trate: bien de un contrato de obras de valor estimado inferior a 80 000 euros, o bien de un contrato de suministros o servicios de valor estimado inferior a 35 000 euros, a excepción de los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual que no pueden acudir a la aplicación de esta vertiente del simplificado⁴².

41. Por otro lado, la LCSP prevé también, al final del art. 159.4.f) 4.º, que, en el caso de que la oferta del licitador que haya obtenido la mejor puntuación se presuma que es anormalmente baja, la mesa, realizadas las actuaciones recogidas en los puntos 1.º y 2.º anteriores, seguirá el procedimiento previsto en el art. 149, donde se hace referencia a evaluar y clasificar las ofertas y realizar la propuesta de adjudicación. Al respecto, hay quienes han llamado la atención sobre el innecesario cambio que propone esta previsión, ya que, normalmente, el trámite previsto para el caso de que se aprecien ofertas desproporcionadas se realiza antes de la valoración y, por supuesto, de la propuesta de adjudicación. Asimismo, resulta llamativo que sea una previsión especial aplicable al abierto simplificado, desde el momento en que el art. 149.4 no configura el procedimiento a seguir en caso de ofertas desproporcionadas de la forma en que se hace en el ámbito del abierto simplificado, al preverse que deberá realizarse antes de la valoración y, por tanto, de la propuesta de adjudicación. *Vid.*, en este sentido, IRIBARREN HERNÁIZ, J., “Procedimiento simplificado y bajas anormales: sugerencias para evitar adjudicaciones más que dudosas”, nota publicada en la web del *Observatorio de Contratación Pública*, el 16 de abril de 2018.

42. Estas cuantías no son caprichosas, como pone de manifiesto HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “*Procedimiento abierto...*”, cit., pp. 1586 y 1587, por cuanto son las que exige el art. 11.5 del RGLCAP (tras la modificación introducida en virtud del Real Decreto 773/2015) para exceptuar del requisito de acreditación tanto de la solvencia económico-financiera como de la solvencia técnica-profesional.

3.1.3.2

Especialidades de la tramitación respecto de las previstas para el procedimiento abierto simplificado

En primer lugar, se reduce aún más el plazo de presentación de proposiciones, el cual no podrá ser inferior a diez días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. No obstante, si se trata de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado, el plazo se reduce a cinco días hábiles.

Por otro lado, se exige a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera, y técnica o profesional. Este aparente deseo del legislador de que se confíe en el mercado, puede determinar la aparición de posibles problemas con el licitador que resulte adjudicatario, en el caso de que este no cumpla con unos estándares mínimos de solvencia que, al no solicitarse, son desconocidos por el órgano de contratación en el momento de adjudicar el contrato. Quizá sería aconsejable entender que se permite la solicitud de la acreditación de la personalidad jurídica del licitador, y de que el objeto social del mismo coincide con el objeto de la prestación que se licita, logrando evitar de esta forma riesgos y posibles dilaciones innecesarias.

En tercer lugar, y en relación con los criterios de adjudicación, estos deben ser cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, y solo se presenta un sobre o archivo electrónico.

Lo anterior determina, a su vez, que la valoración de las ofertas se va a realizar, o bien automáticamente mediante un dispositivo informático, o bien con la ayuda de una unidad técnica que colaborará con el órgano de contratación. A su vez, un dispositivo electrónico deberá garantizar que no se procede a la apertura de las ofertas hasta que haya finalizado el plazo de presentación de las mismas, y por ello no se exige que esta tenga lugar en acto público. No obstante, y hasta que se disponga del citado dispositivo electrónico que garantice que no se proceda a la apertura de las ofertas hasta que finalice el plazo de presentación de las mismas, parece razonable entender que, con el fin de poder asegurar lo anterior, se proceda a su apertura en acto público. Por otro lado, se requiere que todas las ofertas y documentación presentada sean accesibles de forma abierta por medios informáticos, y sin restricciones, desde el momento en que se notifique la adjudicación del contrato.

Por último, no se requiere constituir garantía definitiva, y la formalización del contrato podrá realizarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.

3.2

El procedimiento restringido: ligeras modificaciones formales

El procedimiento restringido aparece configurado, junto con el abierto, como un procedimiento ordinario de adjudicación de contratos (art. 131.2). Pero además, si se trata de adjudicar un contrato de concesión de un servicio especial (que son los recogidos en el Anexo IV de la LCSP), será el procedimiento a seguir en todo caso (art. 131.2, párrafo 2.º)⁴³.

La LCSP se ocupa de regular el procedimiento restringido en los artículos 160-165, los cuales, en sintonía con la Directiva 2014/24/UE, no introducen novedades de calado. Además de precisar alguna cuestión secundaria, como, por ejemplo, que el procedimiento restringido es especialmente adecuado cuando se trata de servicios intelectuales de gran complejidad (como en el caso de los servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería –art. 161.4–), y que se prohíbe toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos, reduce los plazos de tramitación del procedimiento en los casos de los contratos SARA⁴⁴.

En este sentido, y tras la correspondiente convocatoria de licitación, cualquier empresa interesada podrá presentar una solicitud de participación. Esta deberá presentarse en el plazo que se fije en el anuncio de licitación, el cual no podrá ser inferior a treinta días, si el contrato es SARA, contados desde la fecha del envío del citado anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (art. 161.1). El citado plazo se puede reducir a otro que no sea inferior a quince días, en el caso de que se trate de una situación de urgencia (de conformidad con las previsiones del art. 119), y solo en el caso de que se trate de un contrato de obras, servicios o suministros⁴⁵. Si el contrato no es SARA, el plazo es el mismo, ya que se prevé en el art. 161.3 que el plazo de

43. En el citado Anexo IV, se recogen, entre otros, determinados servicios sociales, de salud, educativos, sanitarios y culturales. No obstante, no alcanzamos a comprender la razón por la que se limita la necesaria utilización del procedimiento restringido a las concesiones de servicios especiales, y no también a los contratos de servicios especiales que se liciten. En este sentido, la utilización de una concesión de servicios o de un contrato de servicios (con la variante de los que conlleven prestaciones directas a la ciudadanía) estriba en que sea posible o no (o deseable) trasladar el riesgo operacional al contratista concesionario, ya que, como es sabido, es este elemento el que caracteriza en la LCSP a las concesiones.

44. Se ha ocupado de su análisis detallado DELGADO PIQUERAS, F., “Procedimiento restringido y concurso de proyectos”, en GALLEGO CÓRCOLES, I. y GAMERO CASADO, E. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, tomo II, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1596 y ss.

45. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en el procedimiento restringido, la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante debe hacerse con una antelación mínima de quince días respecto de la fecha del envío del anuncio de licitación al DOUE (art. 161.2).

presentación de solicitudes de participación será, como mínimo, de quince días, contados desde la publicación del anuncio de licitación.

Las solicitudes de participación deberán ir acompañadas de la documentación a que se hace referencia en el art. 140, es decir, de la declaración responsable que acredite, además de los requisitos previos previstos en el apartado 1 del citado artículo (reglas de capacidad, solvencia, y no estar incurso en prohibiciones de contratar), los requisitos objetivos de solvencia conforme a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones (art. 162.1). No obstante, de conformidad con lo señalado en el art. 161.4, no es necesaria la constitución de garantía provisional. Por otro lado, también se reduce el plazo para presentar proposiciones entre los candidatos previamente invitados por el órgano de contratación (artículo 164). Por un lado, si el contrato es SARA, el plazo no puede ser inferior a treinta días desde la fecha del envío de la invitación escrita⁴⁶. A su vez, si el contrato no es SARA, el plazo no será inferior a diez días, desde la fecha del envío de la invitación.

Por último, hay que tener en cuenta también las especialidades que afectan al régimen de publicidad y al envío de la solicitud de participación en el caso de que se trate de una concesión de servicios especiales (previstas en la disposición adicional trigésima sexta y en el Anexo IV de la LCSP). Y ello por cuanto, como hemos dicho más arriba, en estos casos el procedimiento a seguir en todo caso es el restringido⁴⁷.

3.3

Procedimientos con negociación que refuerzan la transparencia: licitación con negociación y negociado sin publicidad

La LCSP regula, bajo la denominación “Procedimientos con negociación” (arts. 166 a 171), el procedimiento de licitación con negociación y el procedimiento negociado sin publicidad. Lo primero que llama la atención es

46. El citado plazo general se puede reducir en los supuestos previstos en el art. 164.1: si se hubiera enviado anuncio de información previa, el plazo se puede reducir a diez días; el mismo plazo puede aplicarse en situaciones de urgencia; si se acepta la presentación de ofertas por medios electrónicos, podrá reducirse en cinco días. No obstante, si se trata de una concesión de obras o servicios, solo se puede reducir el plazo en el caso de que se acepte la presentación de la oferta por medios electrónicos.

47. Así, se prevé que el medio de convocar la licitación será a través de un anuncio de información previa, el cual deberá contener toda la información precisada en el Anexo III.B, Sección 3, y deberá ser publicado en el DOUE y en el perfil de contratante (disposición adicional trigésima sexta). Pero además, en segundo lugar, no rige la regla de la necesaria publicación previa en el perfil de contratante, y por tanto el citado anuncio de información previa habrá de ser publicado, en primer lugar, en el citado DOUE. No obstante, si transcurren 48 horas desde la confirmación de la recepción del anuncio enviado al DOUE sin que este haya sido publicado, podrá procederse a su publicación en el perfil de contratante (art. 135.3).

el cambio de denominación del procedimiento negociado con publicidad. Al respecto, hay quienes han apuntado que el cambio de denominación no es caprichoso, y que con ello se pretenden marcar las diferencias existentes entre el procedimiento de licitación con publicidad y el negociado sin publicidad, acabando con la situación anterior en la que bajo la expresión “procedimiento negociado” se incluían dos procedimientos muy diferentes. Asimismo, se advierte el intento de simplificar y aclarar la sistemática y el régimen jurídico del procedimiento de licitación con negociación y del negociado sin publicidad, y, tras precisar cuál va a ser el ámbito de la negociación en ambos procedimientos (art. 166), se regulan separadamente los supuestos que permiten utilizar uno u otro procedimiento (art. 167, para el procedimiento de licitación con negociación, y 168, para el negociado sin publicidad), así como la tramitación que deben seguir ambos (art. 169, para el procedimiento de licitación con negociación, y 170, para el negociado sin publicidad). De esta forma se subraya, como decíamos, la idea de que nos encontramos ante procedimientos distintos, no solo desde un punto de vista formal, sino también sustantivo⁴⁸.

Por último, el art. 171, que resulta de aplicación a ambos procedimientos, se ocupa de regular la forma en que ha de facilitarse información a los licitadores del desarrollo de las negociaciones que se estén llevando a cabo durante el procedimiento⁴⁹.

3.3.1

Supuestos de aplicación del procedimiento de licitación con negociación (y del diálogo competitivo)

La LCSP prevé los supuestos en los que cabe acudir al procedimiento de licitación con negociación en el art. 167⁵⁰, los cuales pueden reconducirse a las

48. Y decimos esto porque el TRLCSP, en cambio, regulaba, en los extensos arts. 170-175, los supuestos en los que cabía acudir a la licitación de un procedimiento negociado, precisando el art. 177 cuándo era necesario publicar un anuncio de licitación y cuándo se podía prescindir del mismo. De esta forma, cabía entender que el procedimiento era único, y que solo había alguna especialidad procedimental respecto al régimen de la publicidad previa del procedimiento.

49. En este sentido, quizá hubiera sido aconsejable que el preámbulo de la Ley incluyera alguna explicación adicional a los cambios que introduce en ambos procedimientos. No obstante, se recoge una única referencia, en el apartado IV, que consiste en señalar que se suprime la posibilidad del uso del procedimiento negociado con o sin publicidad por razón de la cuantía, y que se suprime la aplicación de este procedimiento respecto de las obras y servicios complementarios. Sobre ello volveremos más adelante, al analizar el negociado sin publicidad, pero, con la finalidad de seguir el orden sistemático de la LCSP, nos referiremos antes al procedimiento de licitación con negociación.

50. Para un análisis detallado del primero, puede consultarse HERNANDO RYDINGS, M.^a, “Procedimiento de licitación con negociación y diálogo competitivo”, en GALLEGO CÓRCOLES,

tres siguientes posibilidades⁵¹. En primer lugar, el procedimiento de licitación debería utilizarse en los supuestos en que el órgano de contratación considere que las características del objeto contractual y su ejecución puedan tener respuestas diferentes y modalidades de ejecución también distintas, o bien que la complejidad del objeto no presente una formulación de ejecución sencilla, sino que se considere más aconsejable que sean los licitadores los que vayan modulando las posibilidades conforme a las indicaciones del órgano de contratación⁵². Pero también se permite acudir a la licitación de cualquiera de los dos procedimientos en los casos en que, en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente, solo se hubieran presentado ofertas irregulares o inaceptables⁵³. Por último, se prevé asimismo la posibilidad de utilizarlos cuando se trate de contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio.

A su vez, y respecto del diálogo competitivo, no se advierten novedades relevantes, más allá de la regulación conjunta que se hace respecto de los su-

I. y GAMERO CASADO, E. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, tomo II, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1629 y ss. Asimismo, hay que tener en cuenta que el catálogo de supuestos recogidos en el citado artículo es común también para el diálogo competitivo (art. 131.2), tal y como, a su vez, prevé la Directiva 2014/24/UE. Conviene tener esta circunstancia presente, por cuanto, cuando analicemos los supuestos en los que cabe acudir al diálogo competitivo, nos remitiremos a lo que diremos a continuación.

51. De esta forma, entendemos que se ha llevado a cabo una depuración necesaria respecto de las previsiones del TRLCSP que resultaban aplicables a los supuestos que permitían acudir a la licitación del procedimiento negociado con publicidad. Esta resultaba ser muy compleja, por contener toda una serie de previsiones relacionadas con las cuantías de los contratos que daban lugar a numerosas remisiones y excepciones. Constituye ejemplo de lo anterior el complejo art. 177 del TRLCSP, que comenzaba señalando los supuestos en los que había que publicar un anuncio de licitación al licitar el negociado, para a continuación señalar que si el contrato no estaba sometido a regulación armonizada, también debían ser objeto de publicación previa si se superaban determinadas cuantías. Además, ha desaparecido la posibilidad de licitar este procedimiento en el caso que preveía el art. 170 b) (relativo a los contratos en los que no pueda determinarse el precio global del contrato), así como el previsto en el 170 e) del TRLCSP (relativo a casos de imperiosa urgencia).

52. BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal”, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 116, 2012.

53. Se considerarán irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción, o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación. Se considerarán inaceptables, en particular, las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida, y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del órgano de contratación tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación (art. 167.e)].

puestos que permiten licitar un procedimiento de licitación con negociación y un diálogo competitivo. En este sentido, la LCSP recoge también, en el art. 167 c), el supuesto que, conforme a la anterior regulación, permitía licitar un procedimiento de este tipo, y que hacía referencia a que el contrato fuera particularmente complejo, al no poder definir el órgano de contratación los medios técnicos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.

3.3.2

La tramitación del procedimiento de licitación con negociación

El procedimiento de licitación con negociación se articula en torno a tres fases fundamentales: la selección de candidatos, la negociación y la adjudicación, las cuales se regulan en el art. 169 LCSP⁵⁴.

3.3.2.1

Fase de selección de los candidatos

La primera fase del procedimiento de licitación con negociación, comienza con la necesaria publicación del anuncio de licitación por parte del órgano de contratación, de conformidad con las reglas de publicación previstas en el art. 135⁵⁵.

54. Con carácter previo, es preciso que el expediente de contratación recoja toda la información relativa al contrato, de conformidad con las exigencias de los arts. 116 y ss. de la LCSP. Y muy especialmente, además de la justificación de la elección del procedimiento de licitación con negociación, conforme a los supuestos que permiten su utilización, recogerá, entre otros extremos, los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que, en relación con el procedimiento que nos ocupa, habrán de incluir la siguiente información: los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas; la descripción de las necesidades de los órganos de contratación y de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse; el procedimiento que se seguirá para negociar, que en todo momento garantizará la máxima transparencia de la negociación, la publicidad de la misma y la no discriminación entre los licitadores que participen; los elementos de la prestación objeto del contrato que constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas; y los criterios de adjudicación (art. 166.2 LCSP).

55. En este sentido, el anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones públicas debe publicarse en el perfil de contratante (si la Administración pertenece a la AGE, también en el BOE), y, si el contrato está sometido a regulación armonizada, además, en el DOUE. Es importante recordar que la información facilitada debe ser lo suficientemente precisa como para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la contratación y decidir si solicitan participar en el mismo. De esta forma, se debería facilitar información respecto de la descripción del objeto del contrato, una delimitación de las condiciones jurídicas y económicas del mismo y el establecimiento de unos criterios de adjudicación (art. 166.2 LCSP). Toda ella constará de forma detallada en el pliego de cláusulas administrativas particulares, como decíamos más arriba.

A continuación, la selección de los candidatos debe llevarse a cabo aplicando las mismas reglas que rigen, en este aspecto, para el procedimiento restringido, concretamente las previstas en los arts. 160.1, 161, 162, 163 y 164.1 (y 2). En términos generales, cabe señalar que, una vez publicado el anuncio, cualquier interesado podrá presentar su solicitud de participación (art. 160.1). El plazo mínimo de presentación de las citadas solicitudes varía en función de si el contrato es SARA o no (art. 161). En el primer caso, el plazo mínimo se fija en treinta días, contados a partir de la fecha del envío del anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea⁵⁶. En cambio, si el contrato no es SARA, el plazo será como mínimo de quince días, contados desde la publicación del anuncio de licitación.

El órgano de contratación deberá seleccionar a los candidatos a tomar parte en las negociaciones que se vayan a realizar, conforme a los criterios objetivos de solvencia correspondientes que se hubieran fijado en el anuncio de licitación, debiendo invitar a un mínimo de tres candidatos⁵⁷. Una vez seleccionados los candidatos, estos deben ser invitados a formular su oferta inicial, la cual supone el punto de partida de la siguiente fase del procedimiento, pero nada se dice sobre si debería ser valorada por el órgano de contratación. En este sentido, podría ser útil llevar a cabo algún tipo de valoración de las mismas, aunque sea de manera genérica, con la finalidad de que el órgano de contratación pueda comenzar a delimitar el ámbito de la negociación⁵⁸.

56. No obstante, tal y como dispone el art. 161.1, si se trata de una situación de urgencia, de conformidad con las previsiones del 119, el órgano de contratación para los contratos de obras, suministros y servicios podrá fijar otro plazo que no podrá ser inferior a quince días. Ahora bien, esta previsión se recoge para el procedimiento restringido, y aunque no se exceptiona del procedimiento de licitación con negociación, dudamos de que en caso de concurrir la citada urgencia sea útil licitar un procedimiento de licitación con negociación.

57. No obstante, si el número de candidatos que cumplen con los criterios de selección es inferior al mínimo exigido, aquel podrá continuar el procedimiento con los candidatos que reúnen las condiciones, de tal forma que, en este caso, no podrá invitar a empresarios que no hubieran solicitado participar en el mismo, ni a candidatos que no posean las condiciones exigidas (art. 169.2 LCSP).

58. Al respecto, conviene hacer referencia a BLANCO LÓPEZ, F., 2012, pp. 6-7, el cual apunta a que una primera valoración de las ofertas puede servir para dimensionar la complejidad de la negociación. En este sentido, considera el citado autor que una eventual gran diferencia en la valoración, destacando claramente una oferta de las restantes empresas participantes en el procedimiento, podría indicar que el procedimiento negociado no será muy intensivo. Y lo mismo ocurriría al contrario: si esa primera valoración de ofertas pone de manifiesto que las diferencias de valoración no son excesivas entre una oferta y otras, puede anunciar que se requerirá precisar y desarrollar las ofertas, y que, por tanto, la negociación se desarrollará con cierta intensidad. A su vez, considera que la misma se realizaría tomando como referencia los criterios de adjudicación que se hubieran establecido en el pliego. Además, la valoración debería recogerse en un Informe de Valoración que especificaría una puntuación y, por tanto, la posición de partida en que cada candidato iniciará el proceso de negociación.

A su vez, es obligatorio, en el procedimiento de licitación con negociación, constituir una mesa de contratación, la cual asistirá al órgano de contratación (art. 326 LCSP). No obstante, la negociación de las ofertas no corresponde a la mesa, sino al órgano de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos de ellos dependientes.

3.3.2.2

Fase de negociación y adjudicación

La negociación que constituye la pieza fundamental de este procedimiento tendrá por objeto todos los extremos que se hubieran indicado en el pliego y, concretamente, los aspectos económicos y técnicos que se vayan a negociar con los licitadores. Y es la pieza clave del procedimiento, porque la ausencia de la misma determinará la nulidad de pleno derecho del procedimiento, como han reconocido los tribunales de recursos contractuales (Resolución del TACRC 50/2011, o Acuerdo del Tribunal de Contratos Públicos de Navarra 10/2013), así como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, en su Acuerdo de 21 de julio de 2010. Además la negociación debe ser auténtica y no consistir en una mera comparación de ofertas⁵⁹. No obstante, esta no va a poder afectar a los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato ni a los criterios de adjudicación, tal y como se hubieran fijado en el pliego (art. 169.5 LCSP). Tampoco puede negociarse la oferta final que formulen los licitadores correspondientes. De esta forma, la negociación tendrá por objeto todos los aspectos que se hubieran hecho constar en el pliego, y afectará a todas las ofertas iniciales que se hubieran presentado por los licitadores y todas las ofertas posteriores que vayan presentando estos (salvo la oferta final), con el fin de que puedan ir mejorando su contenido y adaptándolas a los requisitos indicados en el pliego y en el anuncio (art. 169.5 LCSP).

A su vez, la negociación, que admite múltiples configuraciones, pero que deberá estar perfilada en el PCAP, podrá articularse en fases sucesivas, con la finalidad de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar, confor-

59. Así, la Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, recuerda que “lo cierto es que una mala praxis administrativa ha venido utilizando indebidamente este procedimiento, desvirtuando su carácter ‘negociado’ al prescindir de un trámite esencial y definitorio del mismo, cual es la negociación, realizándose exclusivamente la solicitud de ofertas y adjudicación a la considerada mejor oferta en su conjunto. Probablemente, aquella mala praxis sea consecuencia de que en sus orígenes, este procedimiento tuvo una escasa regulación que condujo a asimilar, en cierta manera, el procedimiento negociado con la antigua adjudicación directa, confusión que ha perdurado en el tiempo y que ha acarreado un uso indebido y abuso de este procedimiento”.

me a la aplicación de los criterios de adjudicación que se hubieran recogido en el anuncio de licitación o en el pliego. Asimismo, es preciso que el número de soluciones que lleguen hasta la fase final sea lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva⁶⁰.

Por otro lado, se exige que, durante la negociación, el órgano de contratación y la mesa respeten el principio de igualdad de trato entre los licitadores, y el correspondiente deber de confidencialidad (art. 169.4)⁶¹.

Cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todos los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas. Finalmente, la mesa de contratación verificará que las ofertas definitivas se ajusten a los requisitos mínimos, y que cumplan todos los requisitos establecidos en el pliego; valorará las mis-

60. En este sentido, tal y como han apuntado algunos, como BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos...”, 2012, se considera una exigencia del principio de transparencia, y una buena práctica a seguir, que el pliego de cláusulas administrativas particulares detalle la forma en que se va a realizar la negociación: número de rondas previstas, si la negociación se realizará presencialmente, por escrito o por vía telemática, etc. Además, es necesario dejar constancia documental del proceso de negociación en el expediente administrativo, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos, que registren los términos en que se desarrolla la negociación. Al respecto, recuerda la citada Recomendación cómo la Comisión Nacional de la Competencia, en la “Guía sobre contratación pública y competencia” de 2010, sugiere que, para la realización de la negociación, las Administraciones públicas elaboren “protocolos de funcionamiento que identifiquen los criterios utilizados para la selección de los candidatos”, y en los que se desarrollen “tanto el procedimiento de negociación como los aspectos sobre los que esta versará y el momento exacto en que se llevará a cabo”.

61. Así, en primer lugar, las mesas de contratación y los órganos de contratación no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto, e informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido excluidas de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación, y les darán plazo suficiente para que presenten una nueva oferta revisada (art. 169.7). Pero, además, en el curso del procedimiento las mesas de contratación y los órganos de contratación cumplirán con su obligación de confidencialidad en los términos establecidos en esta Ley, por lo que no revelarán a los demás participantes los datos designados como confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador sin el previo consentimiento de este. Este consentimiento no podrá tener carácter general, sino que deberá especificar a qué información se refiere. No obstante, los licitadores que hayan presentado una oferta admisible pueden solicitar información acerca del desarrollo de las negociaciones, y, en este caso, la mesa de contratación, o en su defecto los servicios dependientes del órgano de contratación, comunicarán lo antes posible, y en todo caso dentro de los quince días siguientes al de recepción de la solicitud por escrito de aquel, el desarrollo de las mismas (art. 171.1). En este sentido, el Acuerdo 33/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, entendió que el hecho de que se revelen todas las ofertas y quiénes son los licitadores vicia el procedimiento, porque, “si bien las ofertas pueden ser utilizadas por el órgano de contratación, no pueden ser públicas frente al resto de licitadores, por el carácter reservado que debe ser mantenido durante toda la fase de negociación como garantía de que todos los licitadores que participen en la negociación reciban igual trato y ninguno de ellos se encuentre en posición ventajosa respecto del resto”.

mas con arreglo a los criterios de adjudicación; elevará la correspondiente propuesta; y el órgano de contratación procederá a adjudicar el contrato (art. 169.8 LCSP).

3.3.3

Supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad

El art. 168 se ocupa de precisar los supuestos en los que el órgano de contratación podrá adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación⁶².

El examen de los mismos pone de manifiesto cómo queda eliminado el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, con el objetivo de fomentar una mayor transparencia en la adjudicación de los contratos. Y es que parece que se estaba utilizando con carácter ordinario, y muy especialmente en el ámbito local, cuando el mismo representa una importante restricción de la concurrencia, lo que aconsejaba utilizarlo de modo limitado⁶³.

Pero además la LCSP pretende reconducir al procedimiento abierto simplificado los supuestos que, por razón de la cuantía, se licitaban a través del negociado sin publicidad, tal y como señala el propio preámbulo de la LCSP.

Pues bien, como decíamos, el art. 168 incorpora, de manera muy similar a como lo hace la Directiva, los supuestos en los que cabe acudir al procedimiento negociado sin publicidad. Estos aparecen agrupados en cinco categorías, las cuales hacen referencia al tipo de contrato que se esté licitando y especifican los supuestos en que, respecto de los mismos, cabe utilizar el procedimiento que nos ocupa.

62. El legislador ha optado por realizar una transposición prácticamente idéntica de los supuestos previstos en el art. 32 de la Directiva 2014/24/UE y que son los que permiten licitar un procedimiento de este tipo. Ha analizado detenidamente todos estos supuestos GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, en GIMENO FELIU, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 34 y ss.

63. Recomendación 1/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón. Ahora bien, también es cierto que quizá el problema no radicaba en la posibilidad de recurrir a su aplicación, sino más bien en cómo se estaba utilizando, por cuanto parece, como decimos, que a pesar de estar configurado como un procedimiento de carácter excepcional, su utilización era muy común. De forma muy elocuente, señala CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 9, 2017, p. 7: “este, a mi juicio, es el gran problema de fondo. Que hemos convertido un procedimiento de adjudicación, que en principio, podría haber sido de gran utilidad, por su carácter ágil y flexible para adjudicar determinados contratos de escasa cuantía, en una herramienta útil para adjudicar contratos ‘a dedo’. En otras palabras, hemos confundido el procedimiento negociado sin publicidad con la adjudicación directa, cuando lo que se pretendió, al menos teóricamente, con su introducción en la Ley de Contratos de 1995, era algo totalmente diferente”.

En primer lugar, cabe utilizarlo en los contratos de obras, servicios, suministros, concesión de obras y concesión de servicios, en los siguientes tres supuestos. Por un lado, si hay ausencia de ofertas o de solicitudes de participación, o de ofertas o de solicitudes de participación adecuadas en el ámbito de un procedimiento abierto o restringido previo⁶⁴. También cuando las prestaciones solo puedan ser proporcionadas por un operador concreto (art. 168 a] 2.º)⁶⁵. Y, finalmente, cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o deba ir acompañado de medidas de seguridad especiales.

En segundo lugar, cabe utilizarlo en los contratos de obras, servicios o suministros, en los siguientes casos: cuando sea estrictamente necesario por razones de imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles, que demanden una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia prevista en el art. 119⁶⁶. Y aparentemente también en el caso previsto en el art. 167 e), cuando en un procedimiento abierto o restringido solo se presenten ofertas irregulares o inaceptables⁶⁷.

64. El art. 168.a).1.º señala además que, en estos casos, no se pueden modificar sustancialmente las condiciones iniciales del contrato, y concretamente el presupuesto base de la licitación ni el sistema de retribución. También se especifica qué debe entenderse por oferta y solicitud inadecuada. La oferta es inadecuada si no es pertinente para el contrato por resultar manifiestamente insuficiente para satisfacer las necesidades del órgano de contratación. A su vez, una solicitud de participación es inadecuada si el empresario puede ser excluido de conformidad con las previsiones de la LCSP o no satisface los criterios de selección del órgano de contratación. De esta forma, solo en los casos en que se incumplan gravemente los pliegos, o bien los operadores económicos carezcan de la aptitud necesaria, podrán ser reconducidos a procedimientos negociados sin publicidad. Y precisamos esto para distinguir este supuesto de oferta o solicitud inadecuada, que se produce en los supuestos más graves, del de oferta irregular o inaceptable, que permite, a su vez, acudir a la licitación con negociación o al diálogo competitivo.

65. Concretamente, cuando el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única; cuando no existe competencia por razones técnicas, o bien cuando proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los de propiedad intelectual e industrial.

66. Al respecto conviene tener presente, como apunta GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación...”, cit., p. 35, que el TJUE ha realizado una interpretación muy restrictiva de la imperiosa urgencia, la cual requiere el cumplimiento de tres requisitos: que se dé un acontecimiento imprevisto, que sea incompatible la urgencia con los plazos previstos en otros procedimientos, y que exista una relación de causalidad entre el acontecimiento imprevisto y la imperiosa urgencia que del mismo se deriva (STJUE de 18 de noviembre de 2004, C-126/03, *Comisión contra Alemania*).

67. No obstante, esta circunstancia determina la posibilidad de la aplicación de la licitación con negociación o del diálogo competitivo, por lo que entendemos que solo procedería acudir al negociado sin publicidad en el caso de que no pueda acudirse a la licitación con negociación o al diálogo competitivo, por cuanto en caso contrario se estarían solapando los supuestos de aplicación de unos y otro procedimiento.

En tercer lugar, en los contratos de suministros: cuando se trate de productos que se fabriquen exclusivamente para fines de investigación y desarrollo⁶⁸. También si se trata de contratos cuyo objeto sean suministros adicionales efectuados por el proveedor inicial, que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, en los casos en que el cambio de proveedor obligaría al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos no podrá, por regla general, ser superior a tres años. Asimismo, si se trata de adquirir suministros cotizados, o bien adquirir suministros en condiciones especialmente ventajosas, bien de un proveedor que cesa definitivamente su actividad, bien de un administrador en caso de procedimientos de insolvencia.

En cuarto lugar, en los contratos de servicios, cuando este sea la consecuencia de un concurso de proyectos. Si hubiera varios ganadores del concurso, se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones. Y también, cuando se trate de la adquisición de servicios en condiciones especialmente ventajosas, bien de un proveedor que cesa definitivamente su actividad, bien de un administrador en caso de procedimientos de insolvencia.

En quinto y último lugar, en los contratos de obras o servicios en los casos en que se trate de repetir otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos regulados en la LCSP, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 168 e)⁶⁹.

68. Ahora bien, en este supuesto se contempla el caso de que lo que se desea adquirir es un prototipo o un primer bien o servicio desarrollado en el ámbito de un contrato de I+D, es decir, en cantidad limitada. Y ello por cuanto el art. 168 c) 1.º especifica que no cabe incluir en este supuesto la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial de producto o a recuperar los costes de la I+D, esto es, la producción a gran escala. Por otro lado, respecto de los contratos de I+D, hay que tener en cuenta las previsiones que establece el art. 8, el cual los excluye del ámbito de aplicación de la LCSP, si se dan las circunstancias aludidas en el citado artículo. Con carácter específico, se excluyen del ámbito de aplicación de la LCSP.

69. Concretamente se dispone la necesidad de cumplir con las siguientes condiciones: las obras o servicios que constituyan su objeto consisten en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación regulados en la Ley, y previa publicación del correspondiente anuncio de licitación; deben ajustarse a un proyecto base que ha sido objeto del contrato inicial adjudicado por dicho procedimiento. El citado proyecto base mencionará necesariamente el número de posibles obras o servicios adicionales, así como las condiciones en que serán adjudicados estos; la posibilidad de hacer uso de este procedimiento debe estar indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial; el importe de las nuevas obras o servicios ha debido tenerse en cuenta al calcular el valor estimado del contrato inicial, y no han transcurrido más de tres años a partir de la celebración del contrato inicial.

3.3.4

Especialidades en la tramitación procedimental del negociado sin publicidad

El procedimiento debe tramitarse, de conformidad con las previsiones aplicables al procedimiento de licitación con negociación, en todo lo que resulte de aplicación –dispone el art. 169–, según el número de participantes que concurran en cada caso.

No obstante, deben tenerse en cuenta dos especialidades. En primer lugar, no se exige que se cumpla con lo relativo a la publicidad previa de la convocatoria del procedimiento, y así se recoge en el art. 170.1 y se exceptiona también en el art. 135, al regularse el anuncio de licitación. En segundo lugar, y con la finalidad de subrayar la importancia que da la LCSP a la necesaria existencia de la negociación entre las partes, el art. 170.2 remite el contenido de la negociación a las previsiones que a tal efecto dispone el art. 169.5 en relación con el procedimiento de licitación con negociación. Pero no solo eso, esto es, no solo dispone que debe existir negociación respecto de la/s oferta/s de los candidatos, sino que además la impone incluso cuando solo exista un candidato. No obstante, no cabe negociar los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato ni los criterios de adjudicación.

3.4

El diálogo competitivo: difuminación de sus supuestos de aplicación e introducción de ajustes en la tramitación procedimental

3.4.1

Caracterización

El procedimiento de diálogo competitivo, muy escasamente utilizado en el ámbito local, se regula en los arts. 172 a 176 de la LCSP sin grandes cambios, y al respecto únicamente hay que hacer referencia a la regulación de las primas y compensaciones que se pueden entregar a los licitadores en el diálogo competitivo, en los términos que señalaremos más adelante⁷⁰.

70. No obstante, sí hay que tener en cuenta que la LCSP prescinde del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, el cual, de conformidad con las previsiones del TRLCSP, tenía que adjudicarse necesariamente a través del diálogo competitivo. De esta forma, aunque la citada norma permitía utilizar también este procedimiento en relación con otros contratos complejos, también es cierto que el diálogo competitivo aparecía normalmente asociado al citado contrato. Y puntualizamos esta cuestión por cuanto entendemos que quizá tendrían que haberse incluido en las disposiciones relativas al procedimiento algunas

Por su parte, la caracterización que se realiza respecto del diálogo competitivo, en el art. 172, no presenta grandes variaciones respecto de la que realizaba el TRLCSP, en el derogado art. 179, con dos excepciones. En primer lugar, el 172 LCSP omite toda referencia a la idea de la complejidad y de que este resulta ser un procedimiento adecuado para supuestos especialmente complejos⁷¹. Pero además, la concreción de los supuestos que permiten aplicar el procedimiento de licitación con negociación y el diálogo competitivo es común, lo que puede determinar la aparición de dificultades a la hora de concretar cuándo aplicar uno u otro procedimiento. Y es precisamente la idea de la complejidad, que como decimos se omite en el artículo 172, una de las que, en nuestra opinión, puede permitir deslindar ambos procedimientos⁷².

de las que resultaban de aplicación a la preparación del contrato, como era el caso del programa funcional, y que facilitaban la articulación del procedimiento.

71. En este sentido, entendemos que la omisión, desde un punto de vista formal, obedece a que la idea de la complejidad aparecía regulada en el art. 180 del TRLCSP, al tratar los supuestos de aplicación del procedimiento, y como la actual regulación prevé ahora unos supuestos de aplicación del diálogo competitivo que son comunes a los del procedimiento de licitación con negociación, incorpora la idea de la complejidad al delimitar aquellos, en el art. 167 LCSP, pero la omite, a nuestro juicio erróneamente, al caracterizar el diálogo en el art. 172 LCSP. Y ello porque, caracterizando el diálogo en los términos en que lo hace el citado art. 172, parece que no es un procedimiento tan distinto de la licitación con negociación.

72. En este sentido, el derogado TRLCSP afirmaba que, en este tipo de supuestos complejos, los órganos de contratación saben cuáles son sus necesidades, pero no cuál es la mejor vía para satisfacerlas, y de ahí que se proponga un procedimiento flexible —el diálogo competitivo—, en el que el poder adjudicador entabla un diálogo con los seleccionados a participar en el mismo, para perfilar la prestación que podrá satisfacer sus necesidades, es decir, para concretar el objeto del contrato. En cambio, en la licitación con negociación, como han señalado algunos, el objeto del contrato se encuentra definido en el momento en el que se abren las negociaciones, las cuales tendrán como objetivo mejorar el contenido de las inicialmente presentadas, de forma tal que no concurre esa complejidad de forma tan intensa como lo hace en el diálogo. Así, BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado...”, cit., pp. 15 y 16, apunta a que ambos procedimientos son diferentes porque responden a puntos de partida y a objetivos distintos: “en el diálogo competitivo no hay negociación en sus propios términos, hay un diálogo, apunta el autor, que viene a implicar una toma de contacto entre el órgano de contratación y los candidatos. No hay negociación porque el órgano de contratación no está en condiciones de negociar por no poder determinar las condiciones jurídicas, técnicas o financieras que describen el objeto contractual. De esta forma, en el diálogo competitivo la concurrencia se abre para que los interesados puedan presentar los modelos que puedan satisfacer las necesidades de la Administración, para poder llegar a una o varias soluciones posibles. En estos casos se parte de que el contrato es complejo y que, por ello, el órgano de contratación, no puede, por sí solo, definir cuáles son los medios técnicos, las soluciones jurídicas y las fórmulas financieras que mejor sirvan para satisfacer sus necesidades. En cambio en otros procedimientos, la concurrencia se abre para que los licitadores presenten sus ofertas, pero respecto de unos pliegos que, en principio, definen perfectamente el contenido de la relación contractual. Y concretamente, en el procedimiento de licitación con negociación, no hay libertad para construir la prestación, porque desde el primer momento el órgano de contratación sabe lo que quiere y tiene un conocimiento suficiente de lo que puede ofrecer el mercado”.

3.4.2

Articulación del procedimiento de diálogo competitivo

El procedimiento de diálogo competitivo se desarrollará en tres fases que quedan bien diferenciadas en la LCSP: apertura del procedimiento y solicitudes de participación (art. 174); diálogo con los candidatos (art. 175); y presentación y examen de ofertas (art. 176).

Como decimos, la LCSP no ha incluido grandes modificaciones a lo que preveía el TRLCSP, por lo que nos remitimos al contenido de los citados artículos, aclarando únicamente dos extremos.

Así, por un lado, y con carácter previo a la apertura del procedimiento, es preciso que se tramite el expediente de contratación (art. 116). Al expediente se incorporará el documento descriptivo, el cual sustituye al pliego de cláusulas administrativas particulares y al de prescripciones técnicas, cuando el procedimiento elegido para adjudicar el contrato es el de diálogo competitivo (art. 116.3 LCSP)⁷³.

Por otro lado, hay que tener en cuenta uno de los pocos extremos que deben ser necesariamente incluidos en el documento descriptivo. Nos estamos refiriendo a las primas o compensaciones que el órgano de contratación podrá establecer en el citado documento para todos o algunos de los participantes en el diálogo, y ello con el objetivo de fomentar la participación de las empresas que puedan ofrecer las soluciones más apropiadas e innovadoras (art. 173)⁷⁴.

73. No obstante, y a pesar de la importancia que presenta el citado documento descriptivo, la LCSP prescinde de concretar qué debe incluirse en el mismo, y se desconoce si habrá de contener, al menos, las especificaciones que el art. 122 prevé para los pliegos de cláusulas administrativas, en la medida en que sea posible, o si el órgano de contratación puede diseñarlo con total libertad, más allá de las cuestiones puntuales a las que se alude en los arts. 173-176 LCSP. Es cierto que resulta inherente a este procedimiento la idea de que debe ser flexible, pero también lo es que el derogado TRLCSP sí ofrecía respecto de su contenido algunas previsiones adicionales al regular el contrato de CPP. Y por eso, hubiera resultado aconsejable recoger de manera sistematizada, como se hace con el PCAP, los extremos mínimos que deberían contenerse en el citado documento. Así, por ejemplo, entendemos que el citado documento descriptivo, además de las exigencias que se derivan, como decimos, de las previsiones de los arts. 173-176 LCSP, tendría que incluir lo que el art. 135 del TRLCSP denominaba programa funcional y que comprendía: los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas y, muy, particularmente, la identificación de la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato.

74. Ahora bien, es importante que se prevean en el documento determinados detalles respecto de las citadas primas o compensaciones, como por ejemplo, a quiénes se van a entregar, en el caso de que no estén previstas para todos los participantes en el diálogo, en cuyo caso, habrá que especificar que se reconocerán a los que obtuvieron los primeros puestos en el orden de clasificación de las ofertas. Asimismo, habría que indicar el importe de las mismas, que deberá ser suficiente para fomentar la participación en el diálogo, y por ello, en el

3.5

La apuesta por la innovación por medio del procedimiento de asociación para la innovación

3.5.1

Caracterización

El nuevo procedimiento de asociación para la innovación (arts. 177-182), de carácter extraordinario, tiene por finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores, y la compra ulterior de los suministros, obras o servicios resultantes, siempre que estos respondan a los niveles de rendimiento y de costes máximos que se hubieren acordado entre el órgano de contratación y los participantes (art. 177.1 LCSP)⁷⁵.

De esta forma, hay que destacar, en primer lugar, que cabe licitarlo cuando las soluciones previstas en el mercado no satisfacen las necesidades del órgano de contratación, y ello porque el procedimiento puede cubrir tanto actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores (fase precomercial) como su ulterior adquisición (fase comercial)⁷⁶. A su vez, y como particularidad, en cada fase del procedimiento (precomercial y comercial) se adjudican contratos: los primeros serán de investigación y desarrollo, y los correspondientes a la segunda fase varían en función de la prestación de la que se trate (art. 177.3 LCSP).

Pero además, en segundo lugar, el órgano de contratación podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo. Si la crea con varios, podrá articular el procedimiento, como veremos con más detalle en el siguiente apartado, en fases sucesivas, a fin de ir limitando el número de candidatos que continúan formando parte de la asociación en función de los resultados que vayan obteniendo (art. 177.2 LCSP).

expediente de contratación se deberá acreditar la cobertura financiera necesaria para hacer frente al pago derivado de las mismas. El abono de las mismas seguirá las reglas recogidas en el art. 198, contándose los plazos a partir del día siguiente a aquel en que se produjo la formalización del contrato.

75. No obstante, dada su complejidad, dudamos de que este procedimiento resulte útil y atractivo a la inmensa mayoría de las entidades locales.

76. La inclusión de esta fase previa de desarrollo (ya sea más o menos intensa), como decíamos anteriormente, permite aunar en un único procedimiento la citada fase previa de investigación y desarrollo y la posterior de ejecución de la prestación correspondiente. De esta forma, el citado diseño procedimental permite, en principio, evitar el conocido como “valle de la muerte”, que hace referencia al abismo que separa la investigación aplicada de la demostración tecnológica. Se ha llegado a afirmar que el citado valle de la muerte es responsable de que más de la mitad de los conocimientos generados en la fase de I+D no lleguen a comercializarse.

Esta caracterización nos hace dudar de que la asociación para la innovación sea un auténtico procedimiento de adjudicación, desde el momento en que durante la tramitación del mismo, además de adjudicarse contratos, estos se ejecutan. O dicho de otro modo, el procedimiento de asociación para la innovación no finaliza con la adjudicación del contrato en la primera fase, sino que esta durará largos períodos de tiempo. A la adjudicación de esos primeros contratos de I+D (fase precomercial), y siempre que los resultados que se van obteniendo sean fructíferos, le seguirá la adjudicación de nuevos contratos para ejecutar la prestación correspondiente (fase comercial). Por esta razón, quizá hubiera sido deseable calificar la asociación como un contrato⁷⁷.

3.5.2 Articulación procedimental

El procedimiento de asociación para la innovación, que aparece caracterizado como un procedimiento complejo y largo, comprende diversas fases en las cuales se llega incluso a adjudicar contratos. En términos generales, y 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 y la adjudicación de uno o varios contratos de investigación y desarrollo, que podrá culminar con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes.

De esta forma, entendemos que el *iter* procedimental se desarrollaría en torno a cuatro posibles fases: preparación (art. 177), publicidad, selección de candidatos y adjudicación de la asociación (arts. 178 y 179), estructura y desarrollo de la asociación (arts. 180 y 182), y adquisiciones derivadas de la

77. Quizá esta caracterización de la asociación para la innovación como un contrato no la alejaría tanto, a su vez, de la propia del suprimido contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Más aún cuando la asociación para la innovación proviene exclusivamente del ámbito comunitario, concretamente de las directivas vigentes, y, como es sabido, las directivas de 2004 no regulaban nada que se pareciera ni al contrato de CPP ni al procedimiento de asociación para la innovación. En esa ocasión, nuestro Estado se adelantó al derecho comunitario tipificando ese nuevo contrato, y ahora que hemos procedido a derogarlo, el derecho comunitario introduce un nuevo procedimiento con un objetivo similar a alguno de los que presentaba el contrato de CPP, lo cual, cuando menos, resulta curioso.

asociación para la innovación (art. 181)⁷⁸. El órgano de contratación estará asistido a lo largo del procedimiento por la mesa especial del procedimiento de asociación para la innovación (art. 327)⁷⁹.

3.5.2.1

Fase de preparación del procedimiento

En primer lugar, se exige una cuidada y detallada preparación del procedimiento. Al respecto, la LCSP prevé, en el art. 177, que el órgano de contratación debe determinar en el pliego de cláusulas administrativas particulares “cuál es la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado”. De esta forma, con carácter previo a la incoación del procedimiento, el órgano de contratación debe necesariamente realizar consultas en el mercado para obtener información acerca del objeto de la licitación y de la capacidad y estructura de las empresas correspondientes⁸⁰. El resultado de esta fase previa de consultas preliminares va a determinar la procedencia de la licitación del procedimiento, por lo que el órgano de contratación no solo debe examinar el mercado para confirmar si existen soluciones que podrían satisfacer sus necesidades, sino que además debe obtener la información necesaria para esbozar el objeto de la prestación que pretenda licitar⁸¹.

78. No obstante, el preámbulo de la LCSP, que distingue también cuatro fases, las articula de manera distinta: selección de candidatos, negociación con los licitadores, asociación con los socios, y adquisición del producto resultante. La razón por la que proponemos aquellas y no las del preámbulo, es porque entendemos que la preparación del procedimiento presenta la suficiente importancia como para que se visualice como una fase autónoma de las demás, que hay que llevar a cabo con una cierta dedicación. Pero además, incluimos en una misma fase la selección de candidatos y la negociación con los licitadores, para subrayar la diferencia entre esa fase y la correspondiente a la del desarrollo de la asociación.

79. La citada mesa especial se compondrá de un presidente, al menos cuatro vocales y un secretario (arts. 23 y 31 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP de 2007). Además se deberán incorporar a la misma personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse la asociación para la innovación, las cuales serán designadas por el órgano de contratación, en número igual o superior a un tercio de los componentes de la mesa, participando en las deliberaciones con voz y voto.

80. *Vid.*, en este sentido, las previsiones del art. 115 relativas a las consultas preliminares del mercado.

81. En este sentido, el pliego de cláusulas administrativas particulares, además de precisar lo anterior, debe indicar qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores, y definirá las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial. La información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los empresarios puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la solución requerida y decidir si solicitan participar en el procedimiento.

3.5.2.2

Fase de publicidad, selección de candidatos y adjudicación de la asociación

En segundo lugar, y una vez preparado el procedimiento, el órgano de contratación habrá de publicar el anuncio de licitación, de conformidad con las reglas de publicación previstas en el art. 135 LCSP. A su vez, el art. 178 prevé que, si el valor estimado de la prestación puede determinar su calificación como contrato sometido a regulación armonizada (SARA), el plazo de presentación de solicitudes de participación no puede ser inferior a treinta días. En caso distinto, tendrá que ser como mínimo de veinte días.

A continuación, el órgano de contratación, una vez comprobada la aptitud para contratar de los candidatos y, en particular, los criterios objetivos de solvencia relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como en la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras, procederá a la selección de los que posteriormente deban presentar proyectos de investigación e innovación, conforme a los criterios que haya establecido el pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 178.3). Los órganos de contratación podrán limitar el número de candidatos aptos que hayan de ser invitados a participar en la asociación, siendo tres el número mínimo de empresarios a los que se invitará a negociar⁸².

Una vez concluida la selección de candidatos, estos deberán presentar sus proyectos de investigación e innovación, y salvo que se disponga de otro modo, los órganos de contratación negociarán con los candidatos seleccionados las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido. No obstante, no se negociarán los requisitos mínimos, ni los criterios de adjudicación (art. 179.3 LCSP)⁸³.

82. No obstante, como el propio art. 178.3 se remite en este aspecto al 162.2, entendemos que, si el número de candidatos que cumplen los criterios de selección es inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnan las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones.

83. Las citadas negociaciones podrán desarrollarse en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y recogidos en el anuncio de licitación. Y además, durante las mismas, los órganos de contratación velarán por que todos los licitadores reciban igual trato, y no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros; y deben informar por escrito, a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas, de todo cambio relevante, dándoles el tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas (art. 179.5 LCSP). Junto con el deber de dar cumplimiento al principio

Concluidas las negociaciones, el órgano de contratación procederá a adjudicar el contrato o los contratos correspondientes, con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio (art. 179.2 LCSP). De esta forma, quedaría formalizada la asociación para la innovación entre el órgano de contratación y uno o varios empresarios. A su vez, y partiendo del art. 177.3, los contratos adjudicados durante esta fase de investigación y desarrollo se regirán por las normas que se establezcan reglamentariamente, así como por las prescripciones contenidas en los pliegos y supletoriamente por normas del contrato de servicios.

3.5.2.3

Estructura y desarrollo de la asociación

La asociación para la innovación se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras (art. 180.1). De esta forma, la asociación fijará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios, y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados⁸⁴. No obstante, si no se alcanzan los objetivos fijados para cada fase, el órgano de contratación podrá resolver el acuerdo de colaboración concertado con el empresario, o en el caso de asociación con varios, resolver los contratos individuales, siempre que se hubiese reservado esta facultad en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En este sentido, la finalización de la asociación para la innovación o la resolución de los contratos individuales no dará lugar a indemnización, sin perjuicio de la contraprestación que, en las condiciones establecidas en el pliego, corresponda por los trabajos realizados.

3.5.2.4

Fase de adquisiciones derivadas de la asociación para la innovación

En cuarto y último lugar, y una vez finalizadas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación debe analizar si sus resultados alcanzan los niveles de rendimiento y los costes acordados, y resolverá lo proce-

de igualdad de trato entre los licitadores, el órgano de contratación debe guardar también la necesaria confidencialidad, por cuanto no puede revelar a los demás participantes los datos confidenciales que le hayan sido comunicados por un candidato o licitador participante en la negociación, sin el acuerdo previo de este (art. 179.6 LCSP).

84. Asimismo hay que tener en cuenta las obligaciones que pesan sobre el órgano de contratación durante la citada asociación (art. 182 LCSP).

dente sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes (art. 181.1). En este sentido, si la asociación para la innovación se celebró con un único empresario, este resultará adjudicatario de los contratos que se deriven de la misma de acuerdo con lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En caso de que se hubiera celebrado la citada asociación con varios, la selección del empresario al que se deba efectuar dichas adquisiciones se realizará sobre la base de los criterios objetivos que se hayan establecido en el pliego (art. 181.2 LCSP).

Por último, y de conformidad con las previsiones del art. 175.3 b), los contratos que deriven de la citada asociación se registrarán por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate, es decir, por las que regulan los contratos de obras, servicios o suministros. Y en el caso de que la adquisición de las obras, servicios o suministros conlleve la realización de prestaciones sucesivas, aquella solo se podrá llevar a cabo durante un periodo máximo de cuatro años a partir de la recepción de la resolución sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros (art. 181.2).

4

Excepciones en la aplicación de los procedimientos: en especial el contrato menor

No resultarán de aplicación los citados procedimientos de adjudicación en el caso de que se trate de alguno de los supuestos previstos en el art. 131, apartados 3 (contratos menores), 4 (prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia) y 5 (concursos de proyectos). No obstante, de todos ellos únicamente nos queríamos referir a continuación al supuesto de los contratos menores, por la importancia que representa su utilización en el ámbito local y por la gran incertidumbre y controversia que ha suscitado su reforma, no sin antes dejar constancia de dos aclaraciones previas.

Así, en primer lugar, los conocidos como contratos menores, de conformidad con las previsiones del art. 118, son los de obras cuyo valor estimado sea inferior a los 40 000 euros, y los de servicios y suministros con un valor estimado inferior a 15 000 euros. La característica fundamental de estos contratos, tal y como apunta el art. 131.3, es que se permite su adjudicación directa a cualquier empresario que cuente con capacidad de obrar y la habilitación profesional que corresponda.

En segundo lugar, la LCSP, además de reducir el límite de las cuantías en relación con las que se recogían en el TRLCSP, incrementa el número de documentos que han de incluirse en el expediente de contratación, en el que deberá constar un informe motivando la necesidad del contrato, la aprobación

del gasto y la incorporación de la factura correspondiente. Si el contrato es de obras, se requiere también la incorporación de un presupuesto (art. 118.1 y 2 LCSP). Por otro lado, se incluyen también novedades en el ámbito de la publicidad que hay que dar a estos contratos, ya que se exige que hayan de publicarse en la forma prevista en el art. 63.4 LCSP⁸⁵.

No obstante, y además de lo anterior, el art. 118.3 LCSP incluye, con una técnica un tanto deficiente, una serie de limitaciones adicionales (objetivas, subjetivas, temporales y cuantitativas) para impedir que se adjudiquen directamente varios contratos menores a un mismo empresario. El citado apartado dispone lo siguiente: “En el expediente se justificará 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. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º”.

Al respecto, no queda claro si la limitación objetiva (no haber suscrito más contratos que individual o conjuntamente superen la cifra correspondiente) afecta a cada tipo contractual u opera conjuntamente respecto de los tres tipos contractuales. A su vez, y desde un punto de vista subjetivo, no se especifica tampoco sobre quién recae la limitación, lo que puede plantear dudas cuando la competencia se ejerza por delegación. Y, desde un punto de vista temporal, tampoco se aclara el período durante el cual regirá la citada limitación.

La falta de claridad en la especificación del contenido y alcance de cada una de estas limitaciones, ha ocasionado que numerosas juntas consultivas se hayan ido pronunciando ofreciendo distintas interpretaciones que pueden ser, en cierto modo, reconducidas a dos posturas diferenciadas.

Por un lado, la que en nuestra opinión proporciona una mayor seguridad jurídica y que aparece encabezada por la JCCA de Aragón, en su Informe 3/2018, y que se ha seguido, entre otros, en los informes 1/2018 de la JCCA de Madrid o 1/2018 de la JACP de Euskadi. Estos entienden que, desde un punto de vista subjetivo, la limitación para la utilización de los contratos menores opera respecto del órgano de contratación, no desactivando la misma la delegación de la competencia. A su vez, y desde un punto de vista objetivo y cuantitativo, entienden que la limitación opera respecto de los contratos de la

85. De esta forma, al menos trimestralmente, en el perfil de contratante se debe publicar el objeto del contrato, su duración, el importe de adjudicación y la identidad del adjudicatario (art. 118.4 LCSP).

misma tipología hasta las cuantías recogidas en el art. 118 (es decir, hasta 40 000 euros para obras, 15 000 euros para servicios, y 15 000 euros para suministros), y que, desde un punto de vista temporal, opera durante el ejercicio o la anualidad presupuestaria correspondiente.

Y, por otro, la encabezada por la JCCA del Estado, la cual, quizá en su intento de aclarar las dudas que suscita el art. 118.3, logra, en cambio, generar nuevos interrogantes. La citada Junta, en sus informes (41/2017, 42/2017 y 5/2018), entiende que la limitación objetiva no se aplica si los objetos de los contratos son cualitativamente distintos (aunque sea un mismo tipo contractual) o si las prestaciones no constituyen una unidad de ejecución. Tampoco se determina el contenido de lo que debe entenderse por “objeto cualitativamente distinto”. A su vez, y en relación con la limitación temporal, la JCCA del Estado entiende que el año se computa desde la aprobación del gasto del anterior contrato menor que tenga el mismo objeto⁸⁶.

A mayor abundamiento, tampoco hay una interpretación pacífica en relación con la aplicación de las limitaciones del art. 118.3 a los poderes adjudicadores, no Administración pública, en los casos en que licitan contratos que no superan las cuantías previstas en el art. 318 b) LCSP. Y ello a pesar de que el tenor literal del citado precepto no ofrezca, en nuestra opinión, pocas o ninguna duda al respecto⁸⁷.

86. En parecidos términos se han pronunciado la JCCA de Galicia, en el Informe 1/2018, y la JCCA de Cataluña, en su Informe 1/2018.

87. En este sentido, si el contrato que licita un poder adjudicador no Administración pública no supera las cuantías previstas en el art. 318 a), es decir, 40 000 euros para obras y 15 000 para servicios y suministros, el citado artículo prevé que el contrato “pueda adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato”. Estas previsiones han suscitado la duda de si cabe entender que el legislador se está remitiendo a las propias del contrato menor, y si, por tanto, habría que tener en cuenta las limitaciones adicionales que respecto de los mismos se recogen en el artículo 118, o si, por el contrario, el tenor literal de la LCSP aconsejaría no exigirlos. En este sentido, la Abogacía del Estado (en los informes 2/2018 y 3/2018) entiende, de manera cuando menos dudosa, que aunque el citado artículo “no contenga una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los que contienen la regulación general de dichos contratos menores, está aludiendo, sin embargo, a un supuesto coincidente con el de los contratos menores”, por lo que habría que extender el régimen de los contratos menores de las Administraciones públicas también a los menores de los poderes adjudicadores no Administración pública. No obstante, no podemos compartir el citado planteamiento, ya que, ante la ausencia de remisión expresa al citado régimen de los contratos menores, y ante la aún más llamativa ausencia de la propia calificación de estos contratos de escasa cuantía expresamente como contratos menores, y encontrando como única similitud las cuantías previstas en ambos supuestos (40 000 euros para obras y 15 000 euros para servicios y suministros), entendemos que no existen argumentos sólidos y suficientes para extender sin más a los contratos que licitan los poderes adjudicadores todas las limitaciones propias de los contratos menores previstas en el art. 118 LCSP para los contratos menores que liciten las Administraciones públicas.

La verdad es que, en este sentido, resulta difícil recordar una situación similar a la que se ha generado con las citadas previsiones del art. 118, y cómo, incluso antes de que llegara a entrar en vigor la LCSP, por el período de *vacatio legis* correspondiente, sus previsiones llegaron a suscitar tanto interés e interpretaciones tan diversas. Ello puede ser buena muestra de que era necesaria la reforma del contrato menor, e incluso del acierto en la inclusión de las limitaciones para celebrarlos. En cambio, resulta menos defendible la técnica legislativa empleada al efecto, por su falta de claridad y rigurosidad.