

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

MARÍA TERESA ROYO MANERO

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.– II. ASPECTOS COMUNES: 1. El anuncio de licitación. 2. Las mesas de contratación. 3. Los sobres. 4. La clasificación. 5) Adjudicación y formalización. III. LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: 1. Un clásico: el procedimiento abierto: A) El procedimiento abierto simplificado. B) La gran novedad: el procedimiento abierto simplificado «abreviado». 2. El procedimiento restringido. 3. El conflictivo: el procedimiento negociado. 4. La representación de la modernidad: el diálogo competitivo y la asociación para la innovación. 5. El controvertido contrato menor.– IV CONCLUSIÓN.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Los procedimientos de adjudicación constituyen una de las fases más importantes de la vida de un contrato. La nueva ley sobre materia de contratación pública adapta, mejora y en algunos casos complica los procedimientos de adjudicación ya existentes, de acuerdo con la Directiva 24/2014/UE. Este pequeño estudio plantea un análisis general de cada procedimiento, intentando aclarar algunas de las novedades que introduce la nueva norma.

Palabras clave: contrato; licitación; procedimiento de adjudicación; transparencia; empresas.

ABSTRACT: *The procurement procedure procedures constitute one of the most important phases of the life of a contract. The new law about public procurement improves and in some complicate cases existing adjudication procedures, in accordance with Directive 24/2014 / EU. This small study proposes a general analysis of each procedure, trying to clarify some of the novelties introduced by the new norm.*

Key words: *contract; tender; procurement procedure; transparency; companies.*

I. INTRODUCCIÓN

Una buena obra dramática que se precie requiere de un comienzo que atraiga la atención y de una emocionante trama que mantenga el interés hasta el final para acabar con un brillante desenlace. Todo debe transcurrir en un

periodo de tiempo razonable que mantenga la atención del espectador. Así debería suceder con la contratación pública. El legislador y los gestores deberían centrar la atención tanto en la forma como en el contenido de la preparación del expediente y de la ejecución de las prestaciones por parte del contratista, dejando la licitación como un desarrollo más o menos complejo del proceso de contratación. Sin embargo, esto no es así. Progresivamente, la legislación en materia de contratación pública, y en especial la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), ha ido detallando hasta el extremo todos y cada uno de los pasos que es necesario dar a lo largo de un procedimiento de adjudicación, manteniendo una regulación bastante escasa de la preparación del contrato y sobre todo de la fase de ejecución.

Desde una perspectiva general, el contrato empieza mucho antes del proceso de adjudicación. Un contrato comienza con la preparación de los pliegos y del expediente, puesto que de esta documentación depende el éxito del proceso que concluye con la realización de la prestación y la liquidación.

Los procedimientos de adjudicación, sin duda alguna, son importantes ya que a través de ellos se selecciona al contratista. Es el medio para alcanzar un fin de acuerdo con los principios de igualdad, transparencia, objetividad y eficiencia. Sin este medio, quiebran los principios citados y se abre una peligrosa puerta que puede conducir hacia una preparación y ejecución a medida de otros intereses que dejen en segundo plano las necesidades reales que demandan la atención del sistema público.

II. ASPECTOS COMUNES A TODOS LOS PROCEDIMIENTOS

Todos los procedimientos comparten en mayor o menor medida hitos fundamentales en la tramitación del expediente, puesto que su importancia va indisolublemente asociada al cumplimiento de la legalidad esencial.

El análisis de los procedimientos de adjudicación no es tarea sencilla, puesto que su regulación implica un ejercicio de composición consistente en el encaje de las piezas de un puzzle que se encuentran dispersas por todo el articulado de la ley.

La LCSP dedica la Sección 2.ª, del Capítulo I dentro del TÍTULO I, en el Libro II, dedicado a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. En esta sección encontraremos las normas generales que se aplican a todos los procedimientos de licitación que a continuación se aborda, continuando con otras normas generales aplicables a la fase de ejecución y extinción del contrato.

Aunque no es el objeto del presente trabajo abordar cuestiones de técnica legislativa, lo cierto es que para entender la estructura de un procedimiento

de contratación completo es imprescindible tener claros los pilares indispensables en cada fase, sin perjuicio de los numerosos matices y excepciones que reconoce la ley.

Estos pilares son: el anuncio de licitación, los sobres donde se incluyen las proposiciones de los licitadores, la clasificación de ofertas, la adjudicación y la formalización del contrato.

1. El anuncio de licitación

La publicidad de las actuaciones propias de la Administración a lo largo del procedimiento se ha reforzado hasta tal extremo que su ausencia puede provocar la nulidad de pleno derecho del expediente. El perfil de contratante y la Plataforma de Contratos del Sector Público se han convertido en el único medio de comunicación oficial para llevar a cabo todas las actuaciones, en el ámbito estatal, autonómico y local.

El anuncio de licitación es vital para el desarrollo del proceso. Supone la comunicación oficial por la que la Administración Pública decide contratar y la puesta a disposición de las empresas de la documentación necesaria para presentar oferta. Es un hito tan importante que marca el desarrollo posterior de las actuaciones, los plazos y la viabilidad de todo el expediente. Sin anuncio de licitación no hay procedimiento, aunque esta afirmación tiene notables excepciones.

Con carácter previo al anuncio de licitación, con diferente grado de exigencia, es posible publicar el denominado *anuncio de información previa* para dar a conocer las necesidades que demanda la Administración, poniendo en alerta al mercado, con el fin de favorecer la concurrencia y competitividad empresarial. Aunque es un medio que permite sondear al mercado para valorar el interés sobre un determinado contrato, su principal atractivo reside en la reducción de plazos permitirá reducir los plazos para la presentación de proposiciones en los procedimientos abiertos y restringidos

2. Las mesas de contratación

El artículo 326 LCSP aborda una regulación controvertida de las mesas de contratación, quizá con el ánimo de reforzar su independencia frente a cualquier posible amenaza, para poder ejercer las funciones que tiene atribuidas, de forma totalmente imparcial, objetiva y justa, pero cuyo acierto está por comprobar en particular. Se trata de un precepto que no tiene carácter básico, de modo que el legislador autonómico tiene una buena oportunidad para replantear cuestiones que son significativamente restrictivas.

En todos los procedimientos de contratación, a excepción del negociado sin publicidad y del abierto simplificado abreviado, se requiere la presencia de este

órgano de asistencia. Sus funciones se describen a lo largo de toda la ley y del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, todavía en vigor y no contradictorio en muchos aspectos con la nueva regulación. Entre las actuaciones más importantes, podemos destacar la calificación la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, la valoración de las proposiciones de los licitadores o realizar la propuesta al órgano de contratación de la adjudicación del contrato a favor de la mejor oferta.

Se mantiene la estructura tradicional de las mesas de contratación con la presencia imprescindible de un presidente y un secretario, así como la asistencia letrada junto con el interventor de la Administración correspondiente, y los vocales que se determinen. Sin embargo, la nueva ley introduce unos requisitos de cualificación controvertidos y muy discutibles, que afectan de forma directa al personal funcionario interino al igual que al personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica.

La voluntad que subyace en estas discutibles prescripciones es la de garantizar una valoración absolutamente objetiva de las proposiciones, de modo que ninguna circunstancia personal o profesional pueda influir en la decisión que se adopte, pero partiendo del principio de presunción de culpabilidad. Paradójicamente, la mesa de contratación que debe asesorar al órgano de contratación, se puede llegar a convertir en un ente totalmente ajeno al expediente gracias a la sospecha general y no fundada que pone en entredicho la profesionalidad del personal que prepara y gestiona la ejecución del contrato, prescindiendo de su conocimiento directo.

3. Los sobres

En todos los procedimientos de contratación, los licitadores interesados deben presentar la proposición y toda la documentación que se requiera en sobres, carpetas, archivadores o cajas etc... claramente identificados en el exterior. Podemos encontrar un único sobre en el que introducir toda la documentación (procedimiento abierto simplificado sin criterios subjetivos y procedimiento abreviado), o también en dos o tres sobres entre los que se reparte la documentación administrativa, técnica y económica correspondiente y perfectamente separada para no intentar influir en las valoraciones de forma inadecuada.

La doctrina y numerosa jurisprudencia han asentado el principio antiformalista en el modo de presentación de las proposiciones. Este requisito tan sencillo en su descripción que provoca una buena parte de los recursos que dirigen los licitadores frente a exclusiones del procedimiento. La mayor parte de las veces suelen ser exclusiones correctamente realizadas por introducir documentación

incorrecta en cada uno de los sobres, por error, o con ánimo de anticipar su oferta. Sin embargo, la práctica diaria todavía pone en dificultades a las mesas de contratación a la hora de abrir las proposiciones.

El impulso que supone la LCSP a la administración electrónica implica que las comunicaciones de las empresas se hagan en formato electrónico, de modo que la presentación de ofertas también debe considerarse como una exigencia de inmediato cumplimiento por parte de la Administración Pública, que debe articular los medios necesarios para implantar la licitación electrónica total, que permita la presentación de sobres electrónicos con las garantías de confidencialidad que se exigen.

4. La clasificación de ofertas

Los trámites esenciales en todos los procesos de licitación, tal como la adjudicación y la formalización del contrato, requieren de un acto previo de clasificación de ofertas por orden de puntuación decreciente que proponga al adjudicatario para que el órgano de contratación —una vez verificado el cumplimiento de requisitos previos a través del servicio gestor— dicte la resolución de adjudicación para acabar con la firma del contrato entre las partes.

En principio es un acto necesario y sencillo, una vez visto el informe de valoración de ofertas con las puntuaciones finales. Sin embargo, en algunas ocasiones, el legislador ha llevado a la confusión práctica a la hora de considerar las ofertas incursas en temeridad cuando el único criterio de adjudicación era el precio. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón e su informe 3/2017, de 5 de abril, sobre clasificación y valoración de las ofertas en los procedimientos de licitación en que existen ofertas anormales o desproporcionadas, aclara que, en todo caso, deben quedar al margen de la clasificación todas las ofertas excluidas por no estar justificada la temeridad. Sin embargo, el procedimiento abierto simplificado, como veremos, reorganiza los trámites de tal manera que complica la solución en torno a la baja temeraria, ya que en principio se clasifican todas las ofertas y después se examinan las que hayan resultado anormalmente bajas, con posibilidad de exclusión. La puntuación de una oferta a la que se excluye finalmente del procedimiento, sin duda no parece coherente, y puede tratarse de un conflicto más teórico que real, pero queda una zona de sombra entorno a la posible alteración del orden de clasificación en que hayan quedado todas las empresas.

5. Adjudicación y formalización

Si hay un acto fundamental en todos los procedimientos es la resolución de adjudicación, acto formal y expreso por el que el órgano de contratación

decide cuál es la mejor oferta, a propuesta de la mesa de contratación, que se produce una vez verificado por el servicio gestor correspondiente que la empresa que ha presentado la mejor oferta acredita todos los requisitos previos que ha declarado cumplir.

Es un acto tan importante que se debe notificar a todos los licitadores, los excluidos y los no excluidos, indicando no sólo el resultado sino también los motivos por los que se ha excluido su oferta, así como todos los detalles de la mejor proposición. La resolución debe publicarse en el perfil de contratante con carácter obligatorio.

Toda esta información se facilita a fin de permitir la interposición de recurso especial fundado, garantizando la total transparencia de la valoración de ofertas. La importancia es tal, que la interposición de recurso especial en materia de contratación conlleva la suspensión automática del procedimiento hasta su resolución.

Es comprensible que se habiliten todos los medios disponibles en materia de transparencia para verificar que toda decisión administrativa se ajusta a la legalidad vigente, pero considerando las obligaciones establecidas en torno a la adjudicación que se detallan en el artículo 151 LCSP, quizá la comunicación a candidatos y licitadores que se recoge en el artículo 155 resulte excesiva (por no decir, reiterativa o vacía de contenido), puesto que reproduce en formato de comunicación, todas las obligaciones que se han ido notificando, a lo largo del procedimiento.

La formalización, en cambio, constituye el acto final y solemne por el que se perfecciona el contrato en el sentido más civilista de la palabra. Nos lo recuerda el artículo 36.1 LCSP, con alguna excepción. Las obligaciones entre las partes nacen desde este momento, y por tanto son exigibles de acuerdo a lo estipulado en el mismo. No podemos reclamar el inicio de la ejecución del contrato entre la adjudicación y la formalización. Tampoco la empresa puede solicitar el pago u otras contraprestaciones en ese lapso de tiempo.

Las obligaciones de transparencia alcanzan esta fase, de modo que deberán publicarse en el perfil de contratante los documentos correspondientes, aunque ante el posible conflicto con el principio de confidencialidad que pueda implicar, excepcionalmente podrá prescindirse de la difusión de algunos datos de carácter reservado que obren en los mismos.

III. LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Los procedimientos de adjudicación son un medio para alcanzar un fin, son una herramienta que debemos saber utilizar y cuya elección adquiere especial

relevancia puesto que puede condicionar toda la licitación, resultado incluido. No todos los procedimientos valen para todo fin. Quizá este haya sido el principal problema de las licitaciones, un error en la selección del procedimiento puede conducir directamente a la opacidad y de ahí al problema, aunque se haya adjudicado a la mejor oferta de todas las presentadas.

El artículo 131 LCSP reconoce cinco procedimientos de adjudicación a los que clasifica como ordinarios y extraordinarios. Entre los primeros se encuentran el procedimiento abierto, con todas sus modalidades, y el procedimiento restringido. En la categoría de procedimientos extraordinarios se mantiene el cuestionado procedimiento negociado, con y sin publicidad, el diálogo competitivo y la novedosa asociación para la innovación. Mención aparte merece el concurso de proyectos y el contrato menor que se ha convertido en el procedimiento de adjudicación más polémico de la nueva ley debido a las novedades introducidas en su regulación y a las numerosas y dispares interpretaciones que está generando.

1. Un clásico: el procedimiento abierto

El procedimiento abierto debería ser el procedimiento más utilizado entre las Administraciones Públicas ya que, de acuerdo con su definición, cualquier empresa interesada en el contrato puede presentar oferta ajustándose a las prescripciones establecidas en los pliegos. No hay negociación, ni diálogo con las mismas. Con estas características se podría concluir que no hay procedimiento más transparente para la Administración y para el mercado. Ciertamente, es así. El procedimiento abierto es el modelo a seguir cuando la Administración conoce perfectamente qué necesita, qué sectores empresariales están implicados o cuál es la relación entre oferta y demanda tanto en el ámbito público como privado para valorar las prestaciones. Sin embargo, la realidad obliga a replantear en multitud de ocasiones la utilización de este procedimiento.

Existen actualmente diferentes bases de datos que permiten tener una visión aproximada de esta realidad. En Aragón es posible hacer una rápida comprobación estadística a través del Portal de Transparencia (<http://transparencia.aragon.es/>) revisando todas las licitaciones de cualquier ejercicio. También en el ámbito estatal, se puede acceder a una base de datos que gestiona el Ministerio de Hacienda y Administración Pública (<http://transparencia.gob.es/>). Los resultados que ofrecen son valorables comparando no sólo el número de contratos según el procedimiento elegido sino también considerando la cuantía de las adjudicaciones realizadas.

A pesar de todo, el procedimiento abierto es el patrón que sirve para construir los demás, debido a las garantías de las que está rodeado. No obstante, no se puede obviar su principal obstáculo: el tiempo de tramita-

ción. A pesar del intento de reducción de plazos en la LCSP, la estructura del procedimiento, junto con los incidentes que puedan aparecer a lo largo del mismo, provocan como mínimo un proceso que dura unos 6-8 meses en el mejor de los casos. Si se añade la posibilidad de interposición de recurso en distintas fases, la valoración de posibles bajas temerarias —sin contar la complejidad de valoración de ofertas y trámites intermedios como puede ser la fiscalización— es muy probable que haya pasado un año y todavía no hayamos logrado formalizar el contrato.

Sin duda, existen muchas otras razones por las que se deriva la contratación hacia otros procedimientos, pero el tiempo pesa mucho en un horizonte condicionado por programas de políticas públicas a corto plazo y sometido a elecciones periódicas.

Desde esta circunstancia, tan obvia como conocida por el legislador, se construyen el procedimiento abierto simplificado y el procedimiento abierto súper simplificado, *abreviado* o *expres*, como se ha denominado en diversos foros. Ambos supuestos no dejan de ser modalidades de tramitación relativamente más sencillas que el procedimiento clásico —el abierto—, ya que no vamos a encontrar la misma posibilidad en ninguno de los demás procedimientos de licitación.

El procedimiento abierto está regulado en los artículos 156, 157 y 158 LCSP. En estos preceptos encontramos fundamentalmente una regulación de los plazos: para presentar ofertas, para su valoración y para adjudicar. Para estructurar el procedimiento en su totalidad, debemos hacer una composición que parte de la elaboración de los pliegos y del anuncio de licitación. Desde ese instante, se construye el proceso con el periodo para la presentación de ofertas y los elementos comunes que hemos visto anteriormente, esto es: apertura de sobres en actos separados, valoración de ofertas, clasificación, adjudicación y formalización.

El procedimiento abierto comienza con el plazo de presentación de ofertas, que sitúa como mínimos entre 35 días (30 días para concesiones) y 15 días en función de si estamos ante contratos sujetos a regulación armonizada o no. En todos los supuestos, estos plazos pueden reducirse si se pone a disposición de los interesados toda la documentación necesaria por medios electrónicos. Además, excepto para concesiones, todavía se puede reducir el plazo si hay anuncio de información previa o cuando haya declaración de urgencia del expediente. Esto supone pasar de un plazo mínimo de 35 días para presentar oferta a 15 días (26 días para concesiones) como mínimo.

La reducción de plazos que aporta la ley es importante dentro de la tramitación administrativa, pero no podemos olvidar que las empresas requieren de un tiempo necesario para preparar la oferta en función de la complejidad del contrato en el podemos encontrar varios lotes, con diferentes criterios de

adjudicación y prestaciones diferenciadas, de manera que estos plazos pueden resultar insuficientes y hasta perjudiciales para el fin perseguido, aumentando el riesgo de licitaciones desiertas o sin la debida concurrencia por un motivo secundario y que no afecta de modo sustancial al procedimiento. Es aconsejable dar un plazo adecuado y suficiente a las empresas para que preparen su estrategia en la licitación, fomentando el interés y la participación, que es la esencia del procedimiento abierto.

En los pliegos ya hemos determinado no sólo el procedimiento, sino también los criterios de adjudicación y cómo se van a presentar las ofertas, esto es, los sobres y cómo se van a valorar las proposiciones.

El artículo 157 concreta las funciones de la mesa de contratación, además de lo previsto en el artículo 326 LCSP entre otros preceptos sin olvidar el todavía vigente Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en el que se regula la composición y funciones de las mesas de contratación.

En el procedimiento abierto es posible que los licitadores tengan que presentar la documentación en dos o tres sobres. En el primer caso, el sobre nº uno, contendrá la documentación administrativa que calificará la mesa de contratación en su primera reunión, mientras que el sobre nº dos contendrá la proposición económica y aquella sujeta a criterios de evaluación posterior u objetivos. Esta segunda mesa siempre tiene carácter abierto permitiéndose asistencia de público a la apertura como garantía de transparencia. En el segundo caso, si se han previsto criterios sometidos a juicio de valor, será necesario presentar tres sobres: uno con la documentación administrativa, otro con la propuesta a valorar subjetivamente por la mesa de contratación o por el comité de expertos y un tercero con la oferta económica. Cada uno de estos sobres se abrirá en acto independiente y con los plazos máximos que se establecen para poder subsanar en su caso y valorar ofertas, en total 20 días desde la finalización del plazo de presentación de ofertas o desde la apertura del sobre nº uno, algo escaso es función de la complejidad del expediente.

Para la valoración de ofertas, cuando se hayan previsto diferentes criterios de adjudicación, no sólo precio, la mesa de contratación cuenta con la posibilidad de solicitar cuantos informes técnicos se estimen procedentes, incluyendo a las organizaciones sociales de usuarios destinatarios de la prestación, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato, a las organizaciones sindicales, a las organizaciones que defiendan la igualdad de género y a otras organizaciones para la verificación de las consideraciones sociales y ambientales.

En el caso de haber previsto el precio como único criterio de adjudicación, la mesa de contratación seguirá existiendo a diferencia de lo que ocurre con las versiones simplificadas del procedimiento. Pero en coherencia con el

procedimiento abreviado, se podrá prescindir en este caso de la apertura pública únicamente si se ha previsto que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.

Están previstos una serie de plazos máximos para adjudicar el contrato, salvo que los pliegos dispongan otra cosa y con posibilidad de ampliación hasta 15 días hábiles más en el supuesto de estar ante ofertas anormalmente bajas. La adjudicación debe producirse en 15 días desde la apertura de proposiciones, si el único criterio para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio o en dos meses, cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, o uno único si trata del menor coste del ciclo de vida. La consecuencia del retraso en la adjudicación es natural, el licitador podrá retirar su proposición.

En estos plazos, no sólo habrá que examinar la posible temeridad de ofertas, sino que también es necesario volver a los elementos comunes que hemos definido con anterioridad, esto es, una vez hecha la valoración, se clasificarán las ofertas y se propondrá adjudicatario, al cual se le requerirá para que presente la documentación acreditativa de requisitos previos, a efectos de su verificación. Si todo es correcto, entonces se dicta el acto de adjudicación, se notifica y una vez transcurrido el plazo para la posible interposición de recurso especial en contratos sujetos a regulación armonizada, entonces se formaliza el contrato, fase final de la licitación que señala el día en el que comenzará la ejecución del contrato.

Una vez con todas las piezas en su sitio, vemos que no estamos ante un procedimiento ni sencillo ni breve, pero lo suficientemente estructurado como para asegurar la transparencia y objetividad de la decisión adoptada.

A) El procedimiento abierto simplificado

No dedicaremos mucho al procedimiento abierto simplificado, puesto que es sobradamente conocido en Aragón. El artículo 159 está basado en la tramitación simplificada del procedimiento abierto que regula desde 20011 el artículo 10 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 24 de noviembre.

El procedimiento abierto simplificado sólo podrá ser utilizado para contratos con valor estimado igual o inferior a dos millones de euros, en caso de obras, o a 100.000 euros para servicios y suministros. Además, deberán adjudicarse con criterios fundamentalmente objetivos, ya que la ponderación de los criterios de juicio de valor no podrá superar el 25%, salvo para prestaciones de carácter intelectual, en donde se permite un incremento hasta el 45%.

El artículo 159 LCSP, en consonancia con la fuerte apuesta que hace el legislador por la contratación electrónica, agiliza trámites y cargas burocráticas, exigiendo la inscripción obligatoria de los licitadores en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público u órgano autonómico equivalente, a pesar de que su eficacia está demorada por la Disposición Transitoria Primera hasta el 9 de septiembre de 2018.

Sin embargo, debe cuestionarse el exceso regulador que lleva a relacionar las competencias y trámites que se atribuye a la posible mesa de contratación (su constitución es potestativa) alterando el orden del abierto ordinario de un modo poco coherente. Así ocurre con el examen de las ofertas anormalmente bajas, o en la referencia a trámites ordinarios como la fiscalización del compromiso de gasto por la Intervención, con una redacción poco afortunada.

B) La gran novedad: el procedimiento abierto simplificado «abreviado»

El procedimiento abierto simplificado abreviado, regulado en el apartado 6 del artículo 159 LCSP nace para reconducir los excesos que han provocado los contratos menores, evitando adjudicaciones directas, sin publicidad y recurrentes, pero manteniendo los trámites absolutamente esenciales del procedimiento abierto. El «abreviado» sólo podrá utilizarse para contratos de obras, servicios y suministros en las cuantías determinadas (obras de valor estimado inferior a 80.000 €, suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto prestaciones de carácter intelectual), adjudicándose exclusivamente con criterios objetivos medibles mediante fórmulas matemáticas.

Se eximirá a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional. Este requisito puede resultar algo desconcertante en cuanto a su determinación. El artículo 159.6 no aclara si esta exención sólo afecta a la acreditación documental o a la posesión en general. En su último apartado remite en todo lo no previsto al procedimiento abierto simplificado, en donde encontramos algo más de confusión. En el apartado 4 del mismo precepto se exige al licitador una declaración responsable en la que manifieste que cuenta *«con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso, la clasificación correspondiente; a contar con las autorizaciones necesarias para ejercer la actividad»*.

Entonces, ¿cuál es la solvencia adecuada? Con una primera interpretación podríamos valorar que los licitadores no deben poseer ni acreditar solvencia alguna por la propia configuración del procedimiento y por las cuantías máxima a las que está sometido. Sin embargo, desde otro punto de vista, también podríamos considerar necesario que el licitador esté en posesión de la solvencia, aunque no se requiera acreditación alguna para la adjudicación, pero se

trata de una circunstancia que debe mantener durante la ejecución del contrato, estando en disposición de justificar su capacidad cuando le fuera requerido.

Aunque ambas conclusiones son totalmente razonables, quizá resulte conveniente que sea la Administración quien delimite el concepto sobre la adecuación de solvencia para la licitación de cada contrato, no dejando en manos de los licitadores una valoración que puede añadir mayor incertidumbre a la fase de ejecución del contrato.

El procedimiento es totalmente electrónico, de modo que la oferta se entregará en un único sobre o archivo electrónico, valorándose conforme a criterios objetivos con aplicación de fórmulas matemáticas.

No caben en este procedimiento criterios subjetivos, ya que la valoración de las ofertas se podrá efectuar automáticamente mediante dispositivos informáticos sin necesidad de la tradicional apertura pública de ofertas. También es posible que el órgano de contratación cuente con la colaboración de una unidad técnica, de modo que hace innecesaria la presencia de una mesa de contratación, aunque no define la configuración ni funciones de la unidad técnica auxiliar. Es posible que el futuro reglamento de desarrollo de la ley cubra esta laguna, aunque de momento, es posible tomar por referencia la presencia de estas unidades en el artículo 10 de la Ley 3/2011 citada con anterioridad.

En un último intento de supresión de trámites, elimina la garantía definitiva y la formalización del contrato en documento administrativo ya que podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.

Considerado además que el plazo de presentación de ofertas 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—, salvo para compras corrientes de bienes disponibles en el mercado en cuyo caso el plazo será de 5 días hábiles, podríamos creer que en quince días como mucho lograremos la adjudicación. El tiempo lo dirá, pero es probable que la tramitación sea algo superior a tres meses, lo cual no es despreciable, vista la ley en su totalidad.

2. El procedimiento restringido

Este procedimiento está calificado como ordinario, pero se utiliza de forma minoritaria quizá por la complejidad requerida para contratar prestaciones con cierto carácter habitual. Al igual que el procedimiento abierto, el restringido está pensado para la contratación de obras, servicios o suministros ciertos, por lo que la preselección de candidatos que implica no presenta grandes ventajas de tramitación para cuestiones ordinarias. Quizá por ello, la ley expresamente recomienda su uso para contratar servicios intelectuales

de especial complejidad, como es el caso de algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería.

La característica principal de este procedimiento es la limitación de la presentación de ofertas a través de una selección previa de los participantes. En una primera fase, cualquier empresa interesada en el procedimiento, remite únicamente su solicitud de participación para que pueda ser seleccionada por el órgano de contratación en atención a su solvencia, y en una segunda fase presente oferta. No existe negociación con ningún participante, por lo que la adjudicación se realizará siguiendo los criterios determinados en el pliego.

Se regula en los artículos 160 a 165 LCSP y como en todos, hay que hacer un ejercicio de composición para comprender su estructura. El anuncio de licitación determinará los aspectos básicos del contrato, con especial atención a los requisitos de solvencia, puesto que son el primer obstáculo a superar por el licitador, que en atención a los datos publicados, podrá presentar su solicitud de participación. El órgano de contratación deberá seleccionar a los candidatos adecuados conforme a los criterios de solvencia establecidos, siendo necesario que al menos existan cinco empresas a las que invitar. En el caso de no ser posible tener los candidatos necesarios, podrá continuar con el procedimiento, pero en ningún caso admitir a una empresa que no cumpla con los requisitos de solvencia.

Una vez determinadas las empresas, el órgano de contratación les invitará a participar formalmente, indicando la fecha límite para la recepción de ofertas; la dirección a la que deban enviarse; los criterios de adjudicación y su ponderación relativa o, en su caso, el orden decreciente de importancia atribuido a los mismos, si no figurasen en el anuncio de licitación; y el lugar, día y hora de la apertura de proposiciones y en todo caso se indicará como acceder a los pliegos, si no se hubiesen publicado en el perfil de contratante.

Para continuar, sólo basta volver al procedimiento abierto desde el inicio: una vez cumplido el plazo de presentación de ofertas, se valorarán en función de los criterios de adjudicación, y se seguirán los trámites ya visto para adjudicar y formalizar el contrato.

3. El conflictivo: el procedimiento negociado

Se ha escrito mucho acerca del procedimiento negociado, especialmente cuando se tramitaba sin publicidad y por razón de la cuantía como único motivo. El abuso en esta figura ha provocado una buena parte de la reforma legal que se ha producido con la nueva LCSP, de la que se pueden destacar, de entre muchas cuestiones, el refuerzo de la transparencia, publicidad y legalidad, eliminando sin consideración alguna el supuesto residual que se había convertido en la práctica generalizada de contratación. No podemos olvidar, que la Ley

3/2011 anteriormente citada, fue modificada por la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas para contener el uso irregular del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y con ausencia de negociación por su estrecha vinculación con casos destacados de fraude y corrupción.

La nueva ley LCSP transforma el procedimiento negociado partiendo de dos premisas: la primera implica la concurrencia de alguno de los supuestos tasados, tanto cuando sea con publicidad o sin ella; y la segunda, la regulación y constancia expresa en el expediente de una verdadera negociación.

La regla general parte de la publicidad, dando trato excepcional a los supuestos del artículo 168 que permiten prescindir del anuncio de licitación.

Los pliegos siguen siendo el documento fundamental de la licitación, razón por lo que además de las cláusulas habituales deberán recoger con claridad qué aspectos son los negociables y cuáles no, así como el procedimiento que se seguirá para negociar, garantizando transparencia, publicidad y no discriminación entre los licitadores que participen.

En ambos casos, con publicidad o sin ella, lo que debe existir es negociación. Con esta claridad lo recoge el artículo 169 LCSP, que por primera vez establece unas pautas a seguir en un ámbito realmente impreciso. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, (1) anticipó la estructura de la negociación para lograr reconducir este procedimiento hacia los supuestos en lo que tiene sentido su utilización.

El artículo 166 LCSP exige que el PCAP delimite el ámbito de negociación en torno a los aspectos económicos y técnicos del objeto del contrato en contraposición a los elementos de la prestación que constituyen los requisitos mínimos de todas las ofertas. Tampoco serán negociables los criterios de solvencia o de adjudicación.

No vamos a entrar en detalle con los supuestos que permiten el uso del negociado con publicidad o sin ella, pero de una rápida lectura de los artículos 167 y 168 LCSP podemos concluir que se trata de casos con especialidades o alternativos a la regla general en la que se encuadra la mayoría de necesidades que se puedan satisfacer dentro de la Administración Pública.

La particularidad en la tramitación de estos procedimientos, sin perjuicio de la publicidad, radica en la fase de negociación. Estamos ante una modalidad de procedimiento restringido que debe limitar la selección de empresas a las que se invitará a participar en la negociación que se lleva a cabo para ir progresivamente reduciendo ofertas hasta llegar a la final.

(1) Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la utilización del procedimiento negociado.

4. La representación de la modernidad: el diálogo competitivo y la asociación para la innovación

El diálogo competitivo y la asociación para la innovación son dos procedimientos de adjudicación particularmente complejos, en los que se ha depositado una gran esperanza por parte del legislador para fomentar desde la Administración Pública la innovación y participación de las empresas en la búsqueda de soluciones poco convencionales y altamente especializadas, en el marco de un mundo dominado por las nuevas tecnologías.

La principal diferencia entre el diálogo competitivo y la asociación para la innovación está en saber reconocer lo que se quiere contratar y, sobre todo, su disponibilidad en el mercado.

El diálogo competitivo comienza con la convocatoria del anuncio de licitación, por el que se da a conocer las necesidades que demandan soluciones cualificadas. Para ello, se facilitará un documento descriptivo del que partirán las empresas seleccionadas para configurar las ofertas, de acuerdo con el proceso de negociación y debate sobre las diferentes propuestas que dirige la mesa especial, cuya composición se inspira en la mesa de contratación, pero con un número mayor de personal especialmente cualificado en la materia objeto del contrato.

A lo largo de la fase de negociación es cuando, gracias al conocimiento de las empresas se llega a delimitar el objetivo a contratar, de modo que entre los participantes se va dando forma a las soluciones que finalmente se estimen más adecuadas. En ese momento es cuando se cierra el diálogo, y todas las empresas participantes en el mismo presentan su oferta final en condiciones de igualdad.

La adjudicación se realizará de acuerdo con varios criterios, pero resulta peculiar que la ley permita, antes de la adjudicación formal, volver a negociar la oferta ganadora con el candidato seleccionado a fin de adecuar el compromiso financiero u otras condiciones que confirmen la viabilidad del proyecto, sin modificar sustancialmente la oferta.

La asociación para la innovación surge de la necesidad de promover la inversión administrativa en la creación de productos, prestaciones u obras que no existan fomentando así actividades de investigación para la posterior comercialización del resultado obtenido. No deja de ser una fórmula de dinamización del mercado, en el que la Administración puede participar como uno de los actores principales.

La estructura del procedimiento parte del restringido y recuerda mucho al diálogo competitivo, con diferentes fases que nacen de la convocatoria para la selección de candidatos.

Al igual que en el diálogo competitivo, cualquier empresa interesada podrá remitir su solicitud de participación, para que, de acuerdo con los requisitos del pliego de cláusulas administrativas particulares (no un documento descriptivo propio del diálogo competitivo), el órgano de contratación haga selección según los criterios de solvencia y capacidad de los candidatos en los ámbitos de investigación y desarrollo, así como en la preparación de soluciones innovadoras

Los seleccionados, mínimo tres, recibirán una invitación para que presenten su proyecto de innovación e investigación conforme a las necesidades planteadas en el objeto del contrato.

A partir de aquí se inicia una fase de negociación con las empresas seleccionadas para que puedan presentar sus ofertas iniciales y posteriores hasta llegar a la definitiva

Concluida esta fase, el contrato no es adjudicado en los términos tradicionales, sino que nace la asociación entre la Administración y uno o varios socios que se comprometen a desarrollar las fases de investigación e innovación hasta llegar a la fabricación productos, prestación de servicios o realización de las obras.

La composición de esta asociación puede variar, ya que, en cumplimiento de objetivos previamente fijados, es posible que el órgano de contratación decida si resolver la asociación para la innovación o reducir el número de socios si son más de uno.

Parece lógico que, si se participa en la inversión de productos innovadores, se pueda participar de los beneficios de su explotación o comercialización en el ámbito público y privado. Aunque quedan muchas preguntas por resolver con respecto a este procedimiento, lo cierto es que la flexibilidad de la asociación para la innovación, articula la participación de la Administración en el ámbito mercantil tecnológico con las garantías necesarias relativas al control de la inversión, lejos del clásico sistema de subvenciones y ayudas a empresas.

5. El controvertido contrato menor

Para acabar esta revisión de los procedimientos de contratación vamos a dedicar merecida atención a la nueva regulación del contrato menor. Nunca un procedimiento tan pequeño había dado tanto de que hablar.

La escasa regulación que se hace del contrato menor en la nueva LCSP parte del anterior texto legal, pero con añadidos de última hora que han generado inquietud y mucha confusión en cuanto a su utilización.

Es necesario recordar la definición básica del menor que se deduce del artículo 118 en relación con el artículo 131.3 LCSP: se trata de un procedi-

miento de adjudicación aplicable a contratos de obras, suministros o servicios con valor estimado inferior a las cuantías determinadas con carácter máximo, no mínimo (hasta 15.000 € en servicios y suministros, y hasta 40.000 € en obras) y que no requiere más que una aprobación de gasto y la correspondiente factura, además del presupuesto de la obra en su caso. A esta mínima documentación se deberá incorporar un informe de necesidad de contratar que justifique entre otras cosas, que no se fracciona el contrato. No es necesario publicar un anuncio de licitación y no se requiere concurrencia alguna.

El contrato menor permite realizar adjudicaciones directas, sin previa licitación, por importes que pueden ir desde apenas unos céntimos hasta las cuantías máximas determinadas por la ley. Al menos, la ley 3/2011 antes referida, exige al menos la solicitud de tres ofertas cuando se supera el umbral de 6.000 € en suministros y servicios, y 30.000 en el caso de obras.

No obstante, debemos plantear cuántos supuestos están por debajo de estas cuantías, y no pronto percibimos la existencia de numerosos pequeños gastos de gestión ordinaria, que no demandan previsión ni acumulación para evitar fraccionamiento. Los sistemas de racionalización de la contratación, acuerdos marco o sistemas dinámicos gestionados a través de centrales de compra puede resultar una opción viable para canalizar esta situación, pero no ampara en su totalidad la multitud de gastos menores a los que todas las Administraciones Públicas deben hacer frente.

El artículo 118 en sus dos primeros apartados LCSP no permitían adivinar que la fatalidad acechaba en el siguiente apartado, con una redacción poco afortunada a pesar de la buena intención que se pretende deducir del mismo.

«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».

Esta redacción es la que está generando numerosas interpretaciones recabadas de diferentes órganos consultivos en materia de contratación a instancia de administraciones del ámbito local en su mayoría, en un intento desesperado por lograr una interpretación legal coherente que reconduzca la gestión administrativa diaria de cualquier entidad pública evitando la paralización del sistema.

La regla establecida en el artículo 118 LCSP pretende evitar el fraccionamiento de los contratos para eludir normas de publicidad y las adjudicaciones directas al mismo empresario. Esta visión tipo «hormiga», a nivel del suelo, impide tener la perspectiva global, como visión de «águila» para ver el horizonte tan complicado que han creado.

Los informes 3/2018, de 13 de febrero, y 9/2018, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón adopta una interpretación que intenta conciliar el espíritu y la letra de la ley. La limitación temporal establecida para la acumulación de cuantías requiere valorar dos conceptos necesarios: qué es objeto de contrato y cuál es el plazo de acumulación, esto es, qué y en cuánto tiempo. Para ello, desde la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón se profundizó en los trabajos parlamentarios desde los inicios de la tramitación de la actual ley para intentar descubrir a través de la evolución sufrida cuál era el motivo subyacente de la regulación que ha terminado aprobándose. El ejercicio presupuestario como limitación temporal para acumular las cuantías definidas permite controlar con rigor el cumplimiento de esta norma tan restrictiva. El objeto del contrato se relaciona directamente con la tipología del contrato para evitar cambios superfluos en la definición del objeto del contrato con ánimo de eludir fácilmente la aplicación de las limitaciones citadas.

Esta interpretación, con la que nuestro mi total conformidad, ha generado división de opiniones, especialmente desde los informes 41/17, 42/17 y 5/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que plantean una lectura muy diferente de la limitación del contrato menor, en un lapso temporal a 12 meses con un sistema de cómputo algo complejo, otorgando una gran flexibilidad al concepto de objeto de contrato.

A raíz de ambos informes, se han ido sucediendo a lo largo de estos meses más informes y recomendaciones de otros órganos consultivos de carácter autonómico que intentan arrojar luz sobre una norma repleta de ambigüedad.

Con carácter general, las Juntas Consultivas de Contratación Pública de Madrid, Galicia, Cataluña o País Vasco apuestan por el ejercicio o anualidad presupuestaria como ámbito temporal para aplicar la limitación de las cuantías de contratación.

Hay más disparidad entorno al objeto del contrato, ya que las prestaciones sucesivas y recurrentes no tienen por qué ser necesariamente coincidentes. A pesar de todo, la duda persistirá mientras no se concrete el ámbito material de la prestación, puesto que mientras sean equivalentes, con pequeñas modificaciones, sólo se logra eludir la norma a través de un simple ejercicio de creatividad que incide directamente en los principios que inspiran no sólo el contrato menor sino toda la ley.

En todo caso, el gestor debe recapacitar sobre las necesidades de contratación a medio y largo plazo, para valorar el uso del contrato menor o del procedimiento abierto abreviado, que es el medio hacia el que deben reconducirse, permitiendo a multitud de pequeñas y medianas empresas participar en el mercado público en libre competencia.

El Decreto Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de

pequeña cuantía, intenta salvar el bloqueo administrativo al que puede llevar el artículo 118.3 LCSP en todos los ámbitos, de ahí que admita la publicidad de la licitación del contrato a través del perfil de contratante, en búsqueda de concurrencia de empresas participantes y, por encima de todo, como medida que busca una mayor transparencia en las licitaciones. Se ha discutido mucho acerca de su viabilidad, aunque la realidad indica que en un futuro no muy lejano se va a extender esta regulación puesto que es el camino natural por el que debía haber transcurrido la regulación del contrato menor.

IV. CONCLUSION

Con carácter general, la nueva ley ha introducido las novedades que debían ser objeto de trasposición de la Directiva 24/2014/UE con importantes cambios en la tramitación y estructura de los procedimientos de adjudicación, que pretenden garantizar mayor agilidad y transparencia. Era una gran oportunidad para corregir los errores e incongruencias que arrastraba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 24 de noviembre, pero el resultado actual nos ha dejado con una singular mezcla de intereses y contenidos, una complicada aleación entre lo viejo y lo nuevo, entre el pasado, el presente y el futuro, todo junto, haciendo de la ley un texto de difícil comprensión y ardua aplicación.

La regulación de los procedimientos de adjudicación responde a estas características, aunque la introducción de las modalidades de tramitación abreviada del procedimiento abierto y la adecuación del procedimiento negociado suponen un gran avance en la gestión de la contratación de obras, suministros y servicios habituales de la Administración.

Sin duda, la tecnología se convierte en el eje del cambio de la contratación pública que apuesta por la tramitación totalmente electrónica de cualquier procedimiento y por el fomento de la innovación a través del diálogo competitivo y de la asociación para la innovación, sin olvidar la gestión ordinaria de cualquier Administración que se resiste a prescindir del contrato menor como mecanismo de contratación.

V. BIBLIOGRAFÍA

BLANCO LÓPEZ, Francisco (2009): «Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en la LCSP», *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Publicación de la Institución «Fernando el Católico», Fundación Democracia y Gobierno Local.

Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público (2018). Varios autores. Director: GIMENO FELIÚ, José María. Editorial Aranzadi.