

# Medidas de fomento da transparencia na adxudicación de contratos do sector público

Medidas de fomento de la  
transparencia en la adjudicación  
de contratos del sector público

Measures to promote transparency  
in the award of public contracts

54  
Regap

MARÍA HERNANDO RYDINGS

Profesora Contratada Doutora de Dereito Administrativo  
Universidade Rei Juan Carlos  
maria.hernando@urjc.es

Recibido: 30/11/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** Este traballo analiza as medidas que introduciu o lexislador na recente Lei 9/2017, de contratos do sector público, para fomentar unha maior transparencia nos procedementos de adxudicación dos contratos. Concretamente, analízase o novo procedemento aberto simplificado, a configuración da negociación como fase fundamental que ha de ter lugar necesariamente nos procedementos con negociación e a supresión do procedemento negociado sen publicidade por razón da contía.

**Palabras clave:** Contratación pública, transparencia, procedementos de adxudicación, aberto simplificado, procedementos con negociación.

**Resumen:** Este trabajo analiza las medidas que ha introducido el legislador en la reciente Ley 9/2017, de contratos del sector público, para fomentar una mayor transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos. Concretamente, se analiza el nuevo procedimiento abierto simplificado, la configuración de la negociación como fase fundamental que ha de tener lugar necesariamente en los procedimientos con negociación y la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía.

**Palabras clave:** Contratación pública, transparencia, procedimientos de adjudicación, abierto simplificado, procedimientos con negociación.

**Abstract:** This paper analyzes the measures that the legislator has introduced in the recent Law 9/2017, on public sector contracts, to encourage greater transparency in the procedures for awarding contracts. Specifically, the new simplified open procedure is analyzed, the configuration of the negotiation as a fundamental phase that must necessarily take place in the proceedings with negotiation and the suppression of the negotiated procedure without prior publication due to the amount.

**Keywords:** Public procurement, transparency, award procedures, open procedure, procedures with negotiation.

**Sumario:** 1 Enfoque e aclaracións previas. 2 Primeira medida: a introdución do procedemento aberto simplificado. 2.1 O procedemento aberto simplificado. 2.1.1 Ámbito de aplicación. 2.1.2 Publicidade e prazo de presentación das propostas. 2.1.3 Especialidades da tramitación respecto das previstas para o procedemento aberto. 2.2 O procedemento

aberto supersimplificado. 2.2.1 Ámbito de aplicación. 2.2.2 Especialidades da tramitación respecto das previstas para o procedemento aberto simplificado. 3 Segunda medida: nos procedementos con negociación hai que negociar. 3.1 Precisións previas respecto dos procedementos con negociación. 3.2 A negociación como fase procedemental imprescindible. 4 Terceira medida: supresión do negociado sen publicidade por razón da contía. 5 Bibliografía.

## 1 Enfoque e aclaracións previas<sup>1</sup>

Un dos obxectivos que inspiran a regulación contida na Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público<sup>2</sup> (en diante LCSP), consiste en lograr unha maior transparencia e integridade na contratación pública<sup>3</sup>. Así, a lei inclúe diversas medidas que buscan dar cumprimento ao citado obxectivo, entre as que cabe citar, a xeito de exemplo, as previsións relativas á loita contra a corrupción e os conflitos de intereses, mediante a imposición ao órgano de contratación da obriga de tomar as medidas axeitadas para loitar contra a fraude, o favoritismo ou a corrupción; a nova regulación das prohibicións para contratar; a nova regulación, máis exhaustiva, do perfil do contratante, o cal vén desempeñar un papel protagonista como instrumento de publicidade dos distintos actos e fases da tramitación dos contratos; ou as medidas que se incluíron respecto dos procedementos de adxudicación de contratos<sup>4</sup>.

Respecto destas últimas, son fundamentalmente tres as medidas que se introduciron para fomentar unha maior transparencia nos procedementos de adxudicación de contratos, e que son as que van centrar o noso estudo. Así, en primeiro lugar, inclúese un novo procedemento de adxudicación, ou, mellor, unha nova vertente ao procedemento aberto, que é o denominado «aberto simplificado», concibido para que a súa duración sexa breve e a tramitación moi sinxela, pero sen que resulte descoidada a necesaria publicidade e transparencia que debe darse no procedemento de licitación do contrato. En segundo lugar, tamén se optou por subliñar a importancia que ten a negociación nos «procedementos con negociación», categoría en que o lexislador inclúe dous procedementos: o procedemento de licitación con negociación e o procedemento negociado sen publicidade. Tal é a súa importancia, que esta

- 1 Este traballo foi realizado no marco do Proxecto I+D+i do 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), do que son investigadora principal, e do proxecto *Potestades administrativas y unidad de mercado: el control de las actividades económicas reguladas* (DER 2014-54264-R), integrados no Grupo de Excelencia da Universidade Rei Juan Carlos, “Derecho y política económica” (GEDYPE), e no Grupo de Investigación da Universidade Complutense de Madrid 931089, “Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa”, nos que colaboro como membro.
- 2 A citada LCSP, aínda que aprobada polo Congreso o 19 de outubro, non foi publicada no BOE ata o pasado 9 de novembro. Neste sentido, finalmente, o BOE n. 272, do 9 de novembro, publica a Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público. De conformidade coas previsións recollidas na D.D. 16.<sup>a</sup>, a lei, con carácter xeral, entrará en vigor aos catro meses da súa publicación, é dicir, o 9 de marzo de 2018, a excepción de determinadas previsións que, ou ben se demoran aínda máis, ou entran en vigor ao día seguinte da súa publicación.
- 3 Concretamente, tal como sinala a exposición de motivos, no seu apartado II, *in fine*, un «sistema de contratación pública máis eficiente, transparente e íntegro, mediante o cal se consiga un mellor cumprimento dos obxectivos públicos, tanto a través da satisfacción das necesidades dos órganos de contratación como mediante unha mellora das condicións de acceso e participación nas licitacións públicas dos operadores económicos». Non obstante, ademais da anterior, a referencia á busca da transparencia e integridade é moi recorrente ao longo da citada exposición de motivos, o que determina que esta se configure realmente como un dos alicerces da nova LCSP.
- 4 Ocupáronse de analizar como poden fomentarse unha maior transparencia e integridade na contratación pública, entre outros, GIMENO FELLU, J. M., “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 7, 2017, quen analizou a importancia dos principios de integridade e transparencia na contratación pública, expondo, á súa vez, un decálogo de propostas de mellora que deberían incluírse na lexislación de contratación pública. Tamén do mesmo 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”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 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* n. 15, 2016; CERRILLO MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012; ou MEDINA ARZAIZ, T., “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, Fernández Acevedo, R., e Valcárcel Fernández, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

debe darse mesmo cando só estea presente un licitador, e a súa falta determinará a nulidade de todo o procedemento<sup>5</sup>.

Por último, suprímese o procedemento negociado sen publicidade por razón da contía, o cal, malia resultar áxil, presentaba un déficit de transparencia, xa que carecía de publicidade. Formulado o obxecto do noso estudo, convén así mesmo realizar, con carácter previo á análise das tres medidas apuntadas, unhas breves aclaracións previas relacionadas coa configuración xeral dos procedementos de adxudicación na LCSP, co fin de sentar unhas bases mínimas que resultarán útiles nun momento posterior.

Así, por un lado, os procedementos de adxudicación dos contratos das administracións públicas regúlanse no libro II «Dos contratos das administracións públicas», título I, capítulo I, sección 2.<sup>a</sup> (arts. 156-182), da LCSP. Non obstante, nesta sección inclúense ademais, por un lado, unha serie de normas xerais aplicables á adxudicación (arts. 131-155), e, por outro, tamén as normas especiais aplicables aos concursos de proxectos (183-187), que serán citados no ámbito do procedemento negociado sen publicidade.

Debemos ter en conta tamén, en segundo lugar, que os procedementos que imos analizar se atopan recollidos no libro dedicado aos *contratos das administracións públicas*, o que determina que estes serán os aplicables ás adxudicacións que leven a cabo as entidades que son Administración pública, respecto dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos que liciten.

Pero tamén resultarán de aplicación aos contratos que liciten os poderes adxudicadores que non sexan Administración pública en dous supostos: por un lado, en caso de que o contrato estea sometido a regulación harmonizada (art. 317 LCSP), e, por outro, en caso de que, mesmo non estando sometido a regulación harmonizada, o contrato sexa adxudicado por un poder adxudicador non Administración pública e supere as contías previstas no artigo 318 b) LCSP. En ambos os dous casos, a regulación remítese á propia dos contratos licitados polas administracións públicas. No entanto, a remisión non é idéntica, e iso produce consecuencias distintas. Vaiamos por partes.

No primeiro caso, ex artigo 317, a adxudicación dos contratos que realicen os poderes adxudicadores non AP, en caso de que estea sometida a regulación harmonizada, rexeráse polas «*normas establecidas nas seccións 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> do capítulo I, do título I do libro II da LCSP*», é dicir, poderán utilizarse os citados procedementos de adxudicación nos mesmos casos en que pode facelo unha Administración pública.

En cambio, a adxudicación de contratos non sometidos a regulación harmonizada (en diante SARHA) que realicen os poderes adxudicadores que non teñan a condición de Administración pública, sempre e cando superen as contías previstas no artigo 318 b), poderán realizarse «*por calquera dos procedementos previstos na sección 2.<sup>a</sup> do capítulo I, do título I do libro II da LCSP, con excepción do procedemento negociado sen publicidade, que unicamente se poderá utilizar nos casos previstos no artigo 168*». ¿Quere isto último dicir que os procedementos de adxudicación se poden utilizar *indistintamente* en caso de que se cumpra o previsto no

5 Tamén é certo que, ademais de perseguirse unha maior transparencia nos procedementos de adxudicación de contratos, se busca tamén modernizar e simplificar os citados procedementos, en sintonía, ademais, coas previsións das directivas de 2014, tamén coñecidas como de cuarta xeración. *Vid.*, GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", Gimeno Felii, J. M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2014.

citado artigo 318 b), con excepción do negociado sen publicidade, que só poderá utilizarse nos supostos previstos no artigo 168? Ou, dito doutro xeito, un poder adxudicador que non teña a condición de Administración pública ¿pode decidir aplicar, se se cumpre o sinalado no artigo 318 b), calquera dos procedementos de adxudicación regulados na lei (por exemplo, o aberto simplificado, ou o procedemento de licitación con negociación, ou o diálogo competitivo), sen ter que tomar en consideración os supostos legais que permiten aplicar uns e outros? ¿Só hai que tomar en consideración as características do contrato correspondente ao determinar o procedemento de adxudicación que se vai aplicar nestes supostos en caso de que se queira seguir un negociado sen publicidade? Parece que, tal como está redactada a lei, esta é a interpretación que suxire.

Quizais iso resulte coherente coa idea de que, na medida en que a intensidade na aplicación da lei vai diminuindo en función da condición do suxeito, do tipo de contrato e do valor deste que se licite, se flexibiliza tamén o deseño dos procedementos de adxudicación que deban aplicar os suxeitos correspondentes. Porén, iso leva consigo o risco de xerar nos licitadores certa inseguridade xurídica respecto do procedemento de adxudicación que, en cada suposto, será utilizado polos poderes adxudicadores.

O anterior quizais poida gardar relación, se se quere, coas previsións que establece a lei respecto dos procedementos de adxudicación en caso de que o suxeito sexa un ente do sector público non poder adxudicador (art. 321). E é que, neste caso, a LCSP déixalles marxe a estes entes para deseñaren, nas súas respectivas instrucións internas, as normas que reñan a adxudicación de contratos, sempre e cando estas respecten como mínimo os requisitos previstos no artigo 321.2.b). Nada se di, en cambio, respecto de como e en que supostos deberán aplicarse os procedementos de adxudicación, polo que entendemos que iso queda á disposición dos citados entes no momento en que deseñen as instrucións correspondentes, as cales, como dicimos, só deben cumprir cos requisitos mínimos previstos no artigo 321.2 LCSP. Neste sentido, e como un dos requisitos consiste na necesaria publicación do anuncio de licitación no perfil do contratante, entendemos que iso exclúe a posibilidade de que se utilice o negociado sen publicidade por parte de entes do sector público que non sexan poderes adxudicadores.

En terceiro lugar, convén subliñar que a LCSP se ocupa de traspor non só a Directiva 2014/24/UE, de contratación nos sectores clásicos, senón tamén a Directiva 2014/23/UE, relativa á adxudicación dos contratos de concesión. E, no que respecta á regulación dos procedementos de adxudicación, as directivas toman camiños moi distintos.

Así, a Directiva 2014/24/UE opta por regular seis procedementos de adxudicación: aberto restrinxido, licitación con negociación –antigo negociado con publicidade–, diálogo competitivo, asociación para a innovación e negociado sen publicidade. Non obstante, só o procedemento aberto e o restrinxido teñen carácter ordinario, desde o momento en que a súa utilización non require ningún tipo de xustificación previa. En cambio, para poder facer uso dos demais procedementos, hai que cumprir os requisitos que para tal efecto prevé a directiva nos artigos seguintes: procedemento de licitación con negociación (art. 29); diálogo competitivo (art. 30); asociación para a innovación (art. 31) e procedemento negociado sen publicidade previa (art. 32). Ademais, todos eles, salvo o negociado sen publicidade, son de transposición obrigatoria.

En cambio, a Directiva 2014/23/UE, de concesións, adopta un enfoque completamente distinto, xa que non fai mención a ningún procedemento de adxudicación específico e opta por establecer unha coordinación mínima dos procedementos nacionais para adxudicar concesións, baseada nos principios do TFUE, coa finalidade de garantir a apertura das concesións á competencia e garantir tamén unha seguridade xurídica axeitada<sup>6</sup>. Deste xeito, as disposicións de coordinación que inclúe non van máis alá do necesario para acadar os obxectivos citados e para garantir certo grao de flexibilidade, debendo ser os Estados membros os que completen e desenvolvan as ditas disposicións<sup>7</sup>.

Pola súa banda, a LCSP –que, como advertimos, traspón non só a Directiva 2014/24, senón tamén a 2014/23–, no relativo á adxudicación das concesións de obras e servizos, apártase do criterio comunitario e somete a adxudicación destes contratos de concesión ás mesmas exixencias que rexen para a adxudicación dos contratos de obras, servizos e subministracións, é dicir, o marco xurídico aplicable aos procedementos de adxudicación é común para os contratos de obras, servizos e subministracións, así como para as concesións de obras e servizos.

E, ao respecto, a LCSP optou por traspasar os seis procedementos de adxudicación regulados na Directiva 2014/24/UE, adoptando ademais o mesmo criterio que esta. Neste sentido, as regras xerais (e especiais) conforme as cales se ordena a adxudicación dos contratos das administracións aparecen recollidas no artigo 131, o cal prevé con carácter xeral que a adxudicación se realizará ordinariamente, utilizando o procedemento aberto ou o restrinxido (art. 131.2 LCSP). En cambio, para aplicar calquera dos procedementos especiais, tal como exige o artigo 131.2. 2.º parágrafo, cómpre que concorran os supostos específicos previstos para tal efecto nos seguintes artigos: os previstos no artigo 167, para o procedemento de licitación con negociación e o diálogo competitivo; os do artigo 168, para o negociado sen publicidade; o indicado no artigo 172, para o diálogo competitivo, e os supostos previstos no artigo 177, para a asociación para a innovación.

Pero, ademais, o citado artigo 131 tamén prevé unha serie de especialidades ás que non lles resultará de aplicación o que acabamos de sinalar. Concretamente, prevese a adxudicación directa dos contratos menores (art. 131.3); as regras que resultan de aplicación aos contratos relativos á prestación de asistencia sanitaria en supostos de urxencia e cun valor inferior a 30.000 € (art. 131.4) e, por último, o sometemento dos concursos de proxectos a unhas regras especiais de adxudicación (art. 131.5).

Aclarado o anterior, centrarémonos a continuación na análise das tres medidas apuntadas, a saber: a introdución do procedemento aberto simplificado, a eliminación do negociado sen publicidade por razón da contía e a necesidade de negociar nos procedementos con negociación.

6 HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Las nuevas Directivas de Contratación Pública, número monográfico especial del Observatorio de Contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 213 e ss., recorda que esta solución é coherente co obxectivo perseguido, consistente en establecer unha regulación de mínimos que garanta unha aplicación uniforme en todos os Estados membros dos principios de igualdade de trato, non discriminación por razón da nacionalidade e transparencia. Ao respecto e de conformidade co citado obxectivo, o detalle e a minuciosidade con que se describe o ámbito de aplicación da citada directiva dá paso a unhas regras básicas sobre a adxudicación do contrato e proclámase o principio de liberdade de organización do procedemento de elección do concesionario, suxeito ao cumprimento dos principios e garantías establecidas na propia directiva.

7 Para tal efecto, a Directiva de concesións incorpora, nos artigos 30 a 33, unha serie de principios xerais que cómpre observar na adxudicación das concesións, así como nos artigos 36 a 41 as garantías procedementais que han de observarse.

## 2 Primeira medida: a introdución do procedemento aberto simplificado

O procedemento aberto aparece configurado como un procedemento ordinario de adxudicación de contratos, e regúlase nos artigos 156-159 LCSP. Neste sentido, a citada Directiva 2014/24/UE non introduciu grandes modificacións na regulación do procedemento aberto, máis alá de levar a cabo certa reordenación sistemática que facía máis clara a normativa e de reducir os prazos de tramitación do procedemento (art. 27 Directiva 2014/24/UE). Estas previsións recóllense tamén, con carácter xeral, nos citados artigos e, neste sentido, a principal novidade, de tipo formal, que incorpora a lei consiste en reducir sensiblemente os prazos de presentación das proposicións no caso de contratos SARHA (art. 156 LCSP), debendo ter en conta ademais que os prazos establecidos por días se entenden referidos a días naturais, xa que os artigos citados non especifican que deban ser hábiles (D.A. 12.<sup>a</sup> LCSP)<sup>8</sup>. Tamén se regula con maior detalle o exame das proposicións e proposta de adxudicación (art. 157 LCSP)<sup>9</sup>.

Non obstante, a LCSP, co fin de potenciar a transparencia e a integridade na contratación pública, optou por incluír novidades relevantes na regulación do procedemento aberto, ao incorporar, ademais do procedemento aberto «ordinario», unha vertente «simplificada» e unha «supersimplificada». Estas resultan de aplicación ata un limiar económico determinado, e permiten axilizar notablemente a adxudicación do contrato correspondente, posibilitando que o estea, no caso do aberto simplificado, no prazo dun mes (teoricamente) desde a convocatoria de licitación ou, no caso do supersimplificado, mesmo nun prazo menor. Vexamos con máis detalle cada unha das modalidades do procedemento aberto.

- 
- 8 Así, por un lado e respecto dos prazos previstos no artigo 156, estes poden esquematizarse do seguinte xeito. En primeiro lugar e para o caso dos contratos de obras, servizos ou subministracións, prevense dúas posibilidades, en función de se o contrato está sometido a regulación harmonizada ou non. Se o contrato é SARHA, o prazo para a presentación de proposicións non será inferior a trinta e cinco días, contados desde a data do envío do anuncio de licitación á Oficina de Publicacións da Unión Europea (art. 156.2). O citado prazo de trinta e cinco días pode reducirse nos seguintes tres supostos: se o órgano de contratación enviou un anuncio de información previa, o prazo pódese reducir a quince días (art. 156.3 a). Non obstante, requírese que mediase un mínimo de trinta e cinco días e un máximo de 12 meses desde o envío do anuncio de información previa e o anuncio de licitación e que o anuncio de información previa incorpore toda a información que se exige para aquel; en situacións de urxencia (previstas no art. 119), pódese reducir o prazo xeral, sempre e cando non sexa inferior a quince días, contados desde a data do envío do anuncio de licitación (art. 156.3 b); ou, se se acepta a presentación de ofertas por medios electrónicos, pódese reducir o prazo xeral en cinco días (art. 156.3 c). En segundo lugar, se o contrato non é SARHA (e non é un contrato de obras), o prazo de presentación de proposicións non será inferior a quince días, contados desde o día seguinte ao da publicación do anuncio de licitación do contrato no perfil do contratante (art. 156.6). Por outro lado, e respecto das concesións de obras e de servizos, se son SARHA, o prazo para a presentación de proposicións non será inferior a trinta días, contados desde a data do envío do anuncio de licitación á Oficina de Publicacións da Unión Europea (art. 156.2). O citado prazo só se pode reducir en cinco días se se acepta a presentación de ofertas por medios electrónicos (art. 156.4); se non son SARHA, o prazo para a presentación de proposicións será, como mínimo, de vinte e seis días, contados desde o día seguinte ao da publicación do anuncio de licitación do contrato no perfil do contratante (art. 156.6). Este mesmo prazo de vinte e seis días aplícase para os contratos de obras non SARHA. Por outro lado, redúcese tamén o prazo para a apertura das proposicións, o cal se fixa nun máximo de vinte días (o TRLCSP fixábao nun mes no art. 160.1), contados desde a data de finalización do prazo previsto para presentar as proposicións (art. 157.3 LCSP). A adxudicación, regulada no artigo 158, non sufriu variacións, prevéndose que terá lugar no prazo máximo de quince días, contados desde a apertura das proposicións se o único criterio de selección a valorar é o prezo, ou de dous meses para o caso de que se deba ter en conta unha pluralidade de criterios.
- 9 Neste sentido, faise referencia expresa á mesa de contratación como o órgano competente para cualificar a documentación presentada polos licitadores e formularlle a proposta de adxudicación ao órgano de contratación. Así mesmo, especificase non só que a citada documentación se debe presentar en dous sobres ou arquivos electrónicos distintos (un coa acreditativa do cumprimento dos requisitos previos, ex artigo 140, e outro coa proposición), senón que, ademais, se especifica que, en caso de que se utilice unha pluralidade de criterios de adxudicación, os licitadores, deberán, á súa vez, presentar a proposta en dous sobres ou arquivos electrónicos separados, un coa documentación que deba ser valorada consonte criterios que leven consigo a aplicación dun xuízo de valor e outro coa que deba ser valorada unicamente mediante a aplicación de fórmulas.

## 2.1 O procedemento aberto simplificado

A principal novidade que se incorpora no ámbito do procedemento aberto, como sinalabamos antes, consiste en incluír dúas novas vertentes do procedemento aberto, a «simplificada» e a «supersimplificada», ademais da ordinaria. Non obstante, a exposición de motivos unicamente fai referencia á primeira, pero, como veremos, a simplificada admite outro axuste adicional para convertela en aínda máis simplificada.

Neste sentido, o procedemento aberto simplificado, como apunta a citada EM, «resultará de aplicación ata uns limiares determinados, e nace coa vocación de converterse nun procedemento moi áxil que polo seu deseño debería permitir que o contrato estivese adjudicado no prazo dun mes desde que se convocou a licitación»<sup>10</sup>. Neste sentido, chegouse mesmo a afirmar que este procedemento se converterá na «autoestrada da contratación pública»<sup>11</sup>.

Para acadar a redución dos prazos, sen prexuízo de que dificilmente se logrará dar cumprimento ao citado prazo dun mes, polas razóns que máis adiante se detallarán, simplifícanse os trámites ao máximo, de tal forma que en termos xerais, destacaremos agora, entre outras medidas, que a documentación se deberá presentar nun único sobre; non se exige constitución de garantía provisional; resulta obrigatoria a inscrición no Rexistro de Licitadores, e a fiscalización do compromiso de gasto realízase nun só momento, antes da adjudicación.

O obxectivo que pretende alcanzar o lexislador con esta nova vertente simplificada consiste en reconducir os contratos que con anterioridade se adjudicaban mediante o procedemento negociado sen publicidade por razón da contía ao procedemento aberto simplificado, o cal pretende ser áxil, como o era o negociado sen publicidade, pero que ademais proporciona a necesaria publicidade e transparencia no procedemento de licitación do contrato<sup>12</sup>.

Esta nova vertente, que, como dicimos, non trae causa das directivas comunitarias, non é en cambio absolutamente descoñecida, xa que si fora regulada con anterioridade á LCSP, tanto na Lei foral 6/2006, do 9 de xuño, de contratos públicos de Navarra (LFCPN), como na Lei 3/2011, do 24 de febreiro, de medidas en materia de contratos do sector público de Aragón (LCSPA), e ao parecer aplicáronse con bastante éxito<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Apartado IV.

<sup>11</sup> BLANCO LÓPEZ, F., “Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado”, publicado na web do *Observatorio de Contratación Pública*, con data do 4 de xaneiro de 2016, en relación coa redacción que prevía o artigo 157 do Anteproxecto de Lei de contratos do sector público. Non obstante, o citado autor tamén apunta a que, para lograr axilizar ao máximo a adjudicación dos contratos que se realice a través desta vía, resulta imprescindible que o deseño do procedemento sexa sinxelo, de trámites concentrados e breves.

<sup>12</sup> Apartado V da E.M., é que, tal como se sinala na citada exposición de motivos, o procedemento negociado sen publicidade por razón da contía, moi utilizado na práctica, presentaba un déficit de transparencia, ao carecer de publicidade, o que podería xerar desigualdades entre os licitadores.

<sup>13</sup> A LFCPN prevé, tanto respecto do procedemento aberto como do restrinxido, unha variante simplificada para os casos en que o contrato non supere o limiar comunitario, nos artigos 65 e 68, respectivamente. Porén, maiores similitudes ten a vertente regulada na actual LCSP coa que se prevé na LCSPA. Neste sentido, o artigo 10 contén determinadas previsións que coinciden coas do artigo 159 LCSP. Así, por exemplo, nos contratos de obras, o límite superior previsto para utilizar a vertente simplificada coincide (2.000.000 €), e tampouco se exige garantía provisional para participar no procedemento. Á súa vez, e de conformidade cos datos obtidos do Rexistro de Contratos do Sector Público do ano 2015 (cuxos datos son do 27 de decembro de 2016) en relación cos contratos licitados nas comunidades autónomas, chama a atención que dun total de 69.506 contratos se adjudicasen por procedemento aberto 14.245, 18 mediante o procedemento restrinxido e, polo procedemento negociado, diálogo competitivo e mediante adjudicación directa, un total de 55.243 contratos. A mesma tendencia se observa nas entidades locais: dun total de 32.678, seguiron o aberto 11.870, 101 o restrinxido e 20.707 o negociado, diálogo competitivo e adjudicación directa. En cambio, se nos fixamos nos contratos adjudicados en cada Comunidade Autónoma, chama a atención que tanto en Aragón como en Navarra esta tendencia varíe, xa que se aprecia unha maior utilización do aberto respecto doutro tipo de procedementos. Así, en Aragón, as cifras practicamente coinciden, pois dun total de 1.745 contratos, 884 seguiron o aberto, 3 o restrinxido

A LCSP regúlao no artigo 159, extensísimo e certamente pesado, que trataremos de simplificar do mellor xeito posible, facendo referencia ao seu ámbito de aplicación, á publicidade e aos prazos de presentación de proposicións e á tramitación do procedemento.

### 2.1.1 Ámbito de aplicación

O procedemento aberto simplificado só pode ser utilizado se se cumpren as condicións previstas no artigo 159, as cales teñen que ver co obxecto do contrato, a contía e a forma en que se deben valorar os criterios de adxudicación. Non obstante, e aínda que se cumpran as citadas condicións, a súa utilización non é imperativa, de xeito que en último termo dependerá do criterio do órgano de contratación<sup>14</sup>.

En calquera caso, como dicimos, para empregar a vertente aberta simplificada cómpre, en primeiro lugar, que se trate dun contrato de obras, servizos e subministracións, non estando permitida a súa utilización para as concesións. Ademais, é necesario que se cumpra unha condición cuantitativa e outra en relación coa valoración dos criterios de adxudicación. Así, por un lado, se se trata dun contrato de obras, o valor debe ser igual ou inferior a 2.000.000 de euros e, se é un contrato de servizos ou subministración, o valor debe ser igual ou inferior a 100.000 € (art. 159.1 a) LCSP). Pero, ademais, entre os criterios de adxudicación previstos no prego, ou ben non hai criterios avaliados mediante xuízo de valor, ou, se os hai, a súa ponderación non supera o 25 % do total. Esta regra ten unha excepción, xa que, se o contrato ten por obxecto prestacións de carácter intelectual (servizos de enxeñaría e arquitectura), a súa ponderación non pode superar o 45 % do total (art. 159.1 b) LCSP).

Desta forma, parece que o aberto simplificado podería converterse nun procedemento moi utilizado en xeral, e particularmente no ámbito local, desde o momento en que as contías máximas que permiten a súa aplicación son moi elevadas.

### 2.1.2 Publicidade e prazo de presentación das proposicións

A apertura do procedemento de adxudicación levarase a cabo mediante a publicación do anuncio de licitación, o cal, neste caso, só ha de publicarse no perfil do contratante do órgano de contratación (art. 159.2). Ademais, toda a documentación necesaria para a presentación da oferta debe estar dispoñible por medios electrónicos desde a citada publicación do anuncio no perfil do contratante. Esta previsión acaba coa publicidade dos anuncios nos correspondentes boletíns, o que determina non só o correspondente aforro económico, senón tamén o do prazo que media desde o envío do anuncio á súa efectiva publicación.

Respecto do prazo para presentar proposicións, hai que diferenciar en función do contrato que se licite. Se é un contrato de servizos ou subministracións, o prazo mínimo é de quince días, contados desde o día seguinte ao da publicación do anuncio no perfil do contratante. Se o contrato é de obras, o prazo non poderá ser inferior a vinte días (art. 159.3). Ao respecto, cómpre ter en conta que, a teor do previsto na D.A. 12.<sup>a</sup>, os prazos establecidos

---

e 858 outros procedementos. Á súa vez, en Navarra, dun total de 460 contratos, 373 foron adxudicados mediante o procedemento aberto e 87 a través doutros procedementos.

14 Ao respecto, o artigo 159 dispón que: «os órganos de contratación *poderán* acordar a utilización dun procedemento aberto simplificado».



na lei se entenden referidos a días naturais, salvo que nela se indique expresamente que só deben computarse os días hábiles.

### 2.1.3 Especialidades da tramitación respecto das previstas para o procedemento aberto

A tramitación procedemental do procedemento aberto simplificado segue con carácter xeral a propia do procedemento aberto, pero coas especialidades a que aludiremos a continuación. Así mesmo, hai que ter en conta que, en todo o non previsto especificamente no artigo 159, se observarán as normas xerais aplicables ao procedemento aberto.

En primeiro lugar, os licitadores que se presenten a unha licitación a través deste procedemento teñen que estar inscritos no Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas na data final de presentación de ofertas. Non obstante, a D.T. 3.<sup>a</sup> prevé que a inscrición resultará exixible a partir dos seis meses de entrada en vigor da LCSP. Ata ese momento, a acreditación da capacidade, solvencia e ausencia de prohibicións para contratar realizárase da forma establecida con carácter xeral. A citada inscrición permitirá, polo tanto, simplificar o trámite de acreditación do cumprimento dos requisitos previos, xa que esta permite acreditar as condicións de aptitude do empresario en canto á súa personalidade e capacidade de obrar, representación, habilitación profesional ou empresarial, solvencia económica e financeira e técnica ou profesional, así como a concorrencia ou non das prohibicións de contratar (arts. 96.1 e 2 LCSP).

En segundo lugar, prevese como especialidade do aberto simplificado a non existencia da garantía provisional por parte dos licitadores. No entanto, esta previsión non é específica do aberto simplificado, como dispón o artigo 159.4 b) LCSP, senón que resulta de aplicación, como regra xeral, respecto de calquera procedemento de adxudicación, tal como dispón o artigo 106 LCSP<sup>15</sup>.

A presentación de proposicións debe cumprir, á súa vez, coas seguintes regras. Por un lado, só se poden presentar no rexistro indicado no anuncio de licitación<sup>16</sup>. Pero, ademais, a presentación da oferta exige presentar unha declaración responsable respecto ao cumprimento dos requisitos previos previstos no artigo 159.4 c). Neste sentido, o modelo de oferta que figure como anexo ao prego debe recoller a citada declaración responsable. Por outra banda, se a empresa é estranxeira, a declaración responsable debe incluír o sometemento ao foro español e, se fose unha unión temporal de empresas, o compromiso de constitución desta. Non obstante, e unha vez concretado o contido da LCSP respecto da declaración responsable, debemos sinalar que a existencia da súa presentación non resulta moi acertada, xa que, como sinalamos antes, os licitadores que queiran concorrer a un procedemento aberto simplificado teñen a obriga de estar inscritos no Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas, inscrición que xa permite acreditar as condicións a que se fai referencia na declaración responsable, o que determina que a existencia desta non sexa de utilidade.

15 Desta forma, a regra xeral é a non existencia de garantía provisional, salvo cando o órgano de contratación, por motivos de interese público, o considere necesario e o xustifique motivadamente no expediente (art. 106 LCSP).

16 MARABOTTO AGUDO, M.L., "El procedimiento abierto simplificado en el Proyecto de Ley de contratos del sector público", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 151, setembro-outubro 2017, apunta a que, coa citada previsión, parece eliminarse a posibilidade de que non poidan utilizarse como lugar de presentación de proposicións as oficinas de correos e, polo tanto, non resultaría tampouco de aplicación a espera de dez días para que poida chegar a oferta, tal como se exige no artigo 80.4 do RD 1098/2001, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas. Esta posibilidade sería coherente co obxectivo de simplificación e redución de prazos a que aspira o aberto simplificado.

Por outro lado, e respecto dos sobres que se deben presentar, diferéncianse dous supostos, pois, por un lado, exíxese un único sobre se non se inclúen criterios de adxudicación que dependan dun xuízo de valor. En cambio, teranse que presentar dous sobres se os criterios de adxudicación dependen dun xuízo de valor.

A citada referencia a que as ofertas se presenten en *sobres* non pasou desapercibida e foi criticada por algúns, dado que esta previsión non é coherente coa establecida na D.A. 15.<sup>a</sup>, apartado 3, a cal prevé que «a presentación de ofertas e as solicitudes de participación se levará a cabo empregando medios electrónicos». Deste xeito, tería sido preferible que, igual que no caso do aberto ordinario, se tivese feito referencia non só á posibilidade de presentar a oferta mediante sobres, senón tamén mediante arquivos electrónicos. Se só se pode presentar a oferta a través de sobres, parece que se podería pór en perigo o cumprimento do prazo dun mes en que se prevé que se tramite o procedemento<sup>17</sup>.

Respecto da apertura das proposicións, non se prevé ningún prazo específico para proceder a esta, polo que cabería entender que habería que aplicar o prazo xeral do procedemento aberto, que o fixa en vinte días, contados desde a data de finalización do prazo para presentalas (art. 157.3 LCSP)<sup>18</sup>. En calquera caso, a citada apertura de sobres realizaraa a mesa de contratación, de conformidade coas seguintes previsións. Se unicamente se presentou un único sobre, o acto de apertura deste é público e realíza, como dicimos, a mesa de contratación. En cambio, se se presentaron dous sobres porque a oferta inclúe criterios de adxudicación que deben valorarse mediante xuízos de valor, este sobre ábrese en primeiro lugar. A valoración realízana os servizos técnicos do órgano de contratación nun prazo non superior a sete días (art. 159.4 e) LCSP). Neste sentido, chama a atención a previsión de que a valoración sexa realizada polos citados servizos e non pola mesa de contratación, o que choca coa configuración da mesa como órgano encargado tradicionalmente de valorar as ofertas. A continuación procederá á apertura do sobre, coa oferta avaliable mediante a mera aplicación de fórmulas, en acto público pola mesa de contratación, a cal ademais terá que dar lectura ao resultado da valoración do primeiro sobre<sup>19</sup>.

Por outra banda, e respecto á composición da mesa, o artigo 326.6 LCSP prevé unha composición especial, máis reducida, para a que vaia tramitar un procedemento aberto simplificado. Neste caso, deberá estar integrada polo presidente, o secretario, un funcionario que teña atribuído o asesoramento xurídico do órgano de contratación e un funcionario que teña atribuídas as funcións de control económico-financeiro<sup>20</sup>.

17 MARABOTTO AGUDO, M.L., “El procedimiento abierto simplificado en el Proyecto de Ley de contratos del sector público”, cit., p. 4.

18 Como consecuencia diso, xa se tería excedido o prazo dun mes, que era o que se fixaba para adxudicar o contrato en caso de que se seguise o aberto simplificado.

19 A citada posibilidade de valoración das ofertas en dúas fases diferenciadas por incluír esta criterios que han de ser valorados segundo xuízos de valor foi criticada, entre outros, por BRANCO LÓPEZ, F., “Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado”, cit., p. 3, por entender que o aberto simplificado unicamente simplificará en realidade o procedemento aberto ordinario se se articula a formulación das valoracións nunha única oferta contida nun único sobre e a valoración das ofertas nun acto único e concentrado.

20 Non obstante, e en relación coas entidades locais, a D.A. 2.<sup>a</sup>, apartado 7.<sup>o</sup> da LCSP non prevé especialidades respecto da mesa de contratación en caso de que o procedemento a aplicar sexa o aberto simplificado, polo que, en principio, habería que aplicar a composición xeral prevista na citada D.A. 2.<sup>a</sup> e estaría presidida por un membro da corporación ou funcionario desta, e formarían parte dela, como vogais, o secretario e o interventor (ou os órganos que teñan atribuídas as correspondentes funcións de asesoramento xurídico e control económico-financeiro), así como aqueles outros que designe o órgano de contratación de entre funcionarios de carreira ou persoal laboral ao servizo da corporación, ou membros electos dela, debendo respectar para iso os límites previstos na propia D.A. 2.<sup>a</sup>

A mesa de contratación, tras o citado acto público de apertura do sobre coa oferta, exclúe, se é o caso, as que non cumbran os requisitos do prego, e avalía e clasifica as válidas, para realizar a continuación a proposta de adxudicación ao candidato que obtivese unha mellor puntuación.

Neste momento, a mesa deberá cumprir con dous deberes: comprobar no Rexistro de Licitadores que non hai ningunha irregularidade na inscrición que afecte ao cumprimento dos requisitos previos por parte do adxudicatario provisional e requirir a este, mediante comunicación electrónica, para que no prazo de 7 días *hábiles* proceda a constituír a garantía definitiva e a documentación que acredite que dispón dos medios que se comprometeu a dedicar á execución do contrato (art. 159.4. f) 4.º).

Presentada a garantía definitiva, e, se é o caso, logo de fiscalización do compromiso de gasto por Intervención cando a exixa a Lei 47/2003, xeral orzamentaria, nun máximo de cinco días, procederase a adxudicar o contrato a favor do licitador proposto e a continuación formalizarase o contrato. En caso de que non se presente a garantía definitiva no prazo previsto, formularase proposta de adxudicación a favor do seguinte candidato en puntuación.

Por outro lado, a LCSP prevé tamén, ao final do artigo 159.4.f) 4.º, que «en caso de que se presuma que a oferta do licitador que obtivese a mellor puntuación é anormalmente baixa, a mesa, realizadas as actuacións recollidas nos puntos 1.º e 2.º anteriores, seguirá o procedemento previsto no artigo 149», no cal se fai referencia a avaliar e clasificar as ofertas e realizar a proposta de adxudicación. Ao respecto, hai quen chamou a atención sobre o innecesario cambio que propón esta previsión, xa que normalmente o trámite previsto para o caso de que se aprecien ofertas desproporcionadas se realiza antes da valoración e, por suposto, da proposta de adxudicación<sup>21</sup>. Así mesmo, chama a atención que sexa unha previsión especial aplicable ao aberto simplificado, desde o momento en que o artigo 149.4 non configura o procedemento a seguir en caso de ofertas desproporcionadas da forma en que se fai no ámbito do aberto simplificado, ao preverse que deberá realizarse antes da valoración e, polo tanto, da proposta de adxudicación.

Por último, cómpre ter en conta que, aínda que se declare a urxencia do expediente de contratación, no marco do aberto simplificado, non se poden reducir os prazos previstos para a licitación, adxudicación e formalización do contrato (art. 159.5).

## 2.2 O procedemento aberto supersimplificado

### 2.2.1 Ámbito de aplicación

Ademais de incluírse o procedemento aberto simplificado, como dicíamos, prevese tamén unha vertente abreviada do citado procedemento simplificado, ao que nos referiremos como o procedemento aberto supersimplificado.

De conformidade co artigo 159.6 da LCSP, cabe acudir a esta tramitación rápida do procedemento simplificado, en caso de que se trate dun contrato de obras, de valor considerado inferior a 80.000 €, ou ben dun contrato de subministracións ou servizos de valor considerado

21 MARABOTTO AGUDO, M.L., “El procedimiento abierto simplificado en el Proyecto de Ley de contratos del sector público”, cit., p. 5.

inferior a 35.000 €, a excepción dos que teñan por obxecto prestacións de carácter intelectual que non poden acudir á aplicación desta vertente do simplificado.

É quizais esta vertente a que poderá permitir que o contrato correspondente se adxudique no prazo máximo dun mes, desde o momento en que, ademais de se simplificaren os trámites procedementais respecto do procedemento simplificado, se reducen tamén os prazos deste. Vexamos cales son as principais especialidades procedementais.

## 2.2.2 Especialidades da tramitación respecto das previstas para o procedemento aberto simplificado

En primeiro lugar, redúcese aínda máis o prazo de presentación de proposicións, que non poderá ser inferior a dez días hábiles, contados desde o seguinte á publicación do anuncio de licitación no perfil do contratante. Non obstante, se se trata de compras correntes de bens dispoñibles no mercado, o prazo redúcese a cinco días hábiles<sup>22</sup>.

Pero, ademais, exímese os licitadores da acreditación da solvencia económica e financeira e técnica ou profesional, de maneira que parece que o lexislador desexa que se confie no mercado, o cal pode determinar a aparición de posibles problemas co licitador que resulte adxudicatario en caso de que este non cumpra cuns estándares mínimos de solvencia que, ao non se solicitar, son descoñecidos polo órgano de contratación no momento de adxudicar o contrato. Quizais a exigencia da citada declaración responsable non supoña un grave prexuízo á rapidez e flexibilidade que se pretende lograr con esta variante supersimplificada e poida, á súa vez, evitar riscos innecesarios.

En terceiro lugar, e respecto dos criterios de adxudicación, estes deben ser cuantificables unicamente mediante a mera aplicación de fórmulas e non, polo tanto, mediante xuízos de valor. Como consecuencia diso, só se presenta un sobre ou arquivo electrónico.

Así mesmo, e en relación coa valoración das ofertas, a LCSP prevé que esta se poida realizar automaticamente mediante un dispositivo informático ou coa axuda dunha unidade técnica que colaborará co órgano de contratación. Igualmente, o dispositivo electrónico deberá garantir que non se procede á apertura das ofertas ata que finalizase o seu prazo de presentación e, por iso, non se exige que esta teña lugar en acto público. Por outro lado, requírese que todas as ofertas e a documentación presentada sexan accesibles de forma aberta por medios informáticos e sen restricións desde o momento en que se notifique a adxudicación do contrato.

Finalmente, non se require constituír garantía definitiva e a formalización do contrato poderá realizarse mediante a sinatura de aceptación polo contratista da resolución de adxudicación.

Por outra banda, cómpre ter en conta que en todo o non previsto no citado apartado 6 do artigo 159, que é o encargado de regular o procedemento aberto supersimplificado, se aplicará a regulación xeral do procedemento aberto simplificado.

---

22 Bótase en falta, neste sentido, unha aclaración do que debe entenderse por compras correntes dispoñibles no mercado, xa que este é un concepto moi xenérico no que practicamente cabería incluír calquera tipo de compra habitual que realizase o órgano de contratación.

### 3 Segunda medida: nos procedementos con negociación hai que negociar

#### 3.1 Precisións previas respecto dos procedementos con negociación

A LCSP regula, baixo a denominación «procedementos con negociación» (arts. 166 a 171), o procedemento de licitación con negociación e o procedemento negociado sen publicidade. O primeiro que chama a atención é o cambio de denominación do procedemento negociado con publicidade. Ao respecto, hai quen apuntou a que o cambio de denominación non é caprichoso e que con iso se pretenden marcar as diferenzas existentes entre o procedemento de licitación con publicidade e o negociado sen publicidade, acabando coa situación anterior en que baixo a expresión «procedemento negociado» se incluían dous procedementos moi diferentes<sup>23</sup>.

Así mesmo, advírtese, por un lado, o intento de simplificar e aclarar a sistemática e o réxime xurídico do procedemento de licitación con negociación e do negociado sen publicidade<sup>24</sup>. Deste xeito, tras precisar cal vai ser o ámbito da negociación en ambos os dous procedementos (art. 166), regúlanse separadamente os supostos que permiten utilizar un ou outro procedemento (167 para o procedemento de licitación con negociación e 168 para o negociado sen publicidade), así como a tramitación procedemental destes (169 para o procedemento de licitación con negociación e 170 para o negociado sen publicidade). Neste sentido, e aínda que non constituía o obxecto do noso estudo a análise detallada do ámbito de aplicación dos citados procedementos, si deixaremos apuntadas tres ideas fundamentais.

Por un lado, e a diferenza do previsto no TRLCSP, a LCSP recolle un catálogo de seis supostos (art. 167 LCSP) en que cabe realizar o procedemento de licitación con negociación ou o

23 Neste sentido pronúnciase GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, cit., p. 21, a cal recorda ademais como o procedemento negociado con anuncio previo leva consigo publicidade, concorrencia e un grao significativo de transparencia, por exemplo en relación co uso e definición dos criterios de selección e adjudicación.

24 Desta forma, culmínase en parte un debate, no que respecta a este tema, que comezou hai máis de vinte anos e que, en termos xerais, enfrontaba os partidarios que optaban por defender un incremento na utilización dos procedementos negociados, cos que receaban desta posibilidade por entender que o anterior levaba consigo consecuencias negativas sobre a transparencia e a competencia que debe garantirse en todo procedemento de adjudicación. Ao respecto, resulta especialmente útil a análise que realiza GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, cit., pp. 2 e ss. Entre outras cuestións, a autora lembra como, desde o Libro Verde «La contratación pública en Europa, reflexiones para el futuro» de 1996, se puña de manifesto que, nos casos en que se admitía, o procedemento negociado permitía obter uns resultados económicos máis satisfactorios que a convocatoria de concurso tradicional. Á súa vez, este debate tamén se mantivo a partir da aprobación das directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, xa que, por un lado, é certo que na Directiva 2004/18/CE se introduciu un novo procedemento de adjudicación, o diálogo competitivo, pero tamén o é que a citada Directiva 2004/18/CE foi criticada pola falta de flexibilidade e prohibición á negociación que tamén incluía. *Vid.*, ao respecto, entre outros, ARROWSMITH, S., “Modernising the European Union’s public procurement regime: a blue print for real simplicity and flexibility”, *Public Procurement Law Review*, vol. 21 (3), 2012. Posteriormente, a Comisión continuou, ao longo dos anos posteriores, avogando por introducir medidas lexislativas para simplificar e modernizar o réxime da contratación pública, e, especificamente, os procedementos de adjudicación (neste sentido, a Comunicación «Cara a un Mercado Único - cara a unha economía social de mercado latamente competitiva», do ano 2010 e, moi especialmente, o Libro Verde «La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de contratación pública más eficiente», de 2011, o cal introduce a idea de máis negociación e, entre outras cuestións, propón a xeneralización do procedemento negociado con publicación previa. Non obstante, as propias institucións europeas tampouco se puñan de acordo, e así había quen defendía a introdución dun procedemento negociado similar ao previsto na Directiva 2004/17 e de eliminar obstáculos para a utilización do diálogo competitivo, como fixeron o Consello Económico e Social e o Comité das Rexións, en cadanseus ditames de 2011; e, en cambio, outros opúñanse a estas opcións, como foi o caso do Tribunal de Contas Europeo, tamén nun ditame de 2011. Non obstante, finalmente a proposta de Directiva sobre contratación pública do ano 2011 (COM (2011) 896 final) avogou por uns procedementos máis racionais e eficientes na crenza de que iso beneficiaría todos os operadores económicos e facilitaríala a participación das pemes e dos licitadores transfronterizos.

diálogo competitivo<sup>25</sup>, o que determina que o citado procedemento teña carácter especial e só poida utilizarse en caso de que concorran as condicións que prevé a norma<sup>26</sup>.

En segundo lugar, os citados supostos poden ser agrupados, á súa vez, en tres grupos. Así, recóllese un primeiro grupo de supostos [art. 167, a), b), c) e d)] que coinciden practicamente cos recollidos no artigo 26.4 a) da Directiva 2014/24/UE, nos cales, por un lado, pode estar presente algún tipo de dificultade ou de situación que exige un proxecto innovador ou que, ou ben se precisa mesmo algún traballo previo de deseño ou adaptación por parte dos licitadores, ou tamén nos casos en que non sexa posible definir as especificacións técnicas<sup>27</sup>. Por outro lado, permítese igualmente acudir á licitación deste procedemento nos casos en que nos procedementos abertos ou restrinxidos seguidos previamente só se tivesen presentado ofertas irregulares ou inaceptables (art. 167.e)<sup>28</sup>. Este suposto tamén está previsto no artigo 26.4 b) da citada directiva; e, por último, prevese ademais a posibilidade de utilizalo cando se trate de contratos de servizos sociais persoalísimos que teñan por unha das súas características determinantes o arraigamento da persoa no ámbito de atención social, sempre que o obxecto do contrato consista en dotar de continuidade na atención as persoas que xa eran beneficiarias do dito servizo (art. 167.f)<sup>29</sup>.

En terceiro lugar, o artigo 168 ocúpase de concretar, como dicimos, os supostos en que cabe licitar un procedemento negociado sen publicidade. Non obstante, neste momento unicamente apuntaremos que o citado procedemento non ten carácter especial (como acontece no caso da licitación con negociación), senón excepcional, e, sen prexuízo do anterior, remitímonos neste momento ao que se sinalará no seguinte apartado, cando nos refiramos á eliminación da posibilidade de utilizar o negociado sen publicidade por razón da contía, a cal caracterizamos como a terceira medida que incluíu o lexislador respecto dos procedementos de adxudicación coa finalidade de fomentar unha maior transparencia e integridade nestes.

25 Efectivamente, a teor das disposicións do artigo 131.2 LCSP, o lexislador optou por establecer un catálogo común de seis supostos en que cabe acudir indistintamente ao procedemento de licitación con negociación ou ao diálogo competitivo.

26 Informe 57/03, do 30 de marzo de 2004, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Administración Xeral do Estado, e STS do 4 de outubro de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª

27 Respecto destes supostos, e tal como sinalabamos anteriormente, resultan útiles as aclaracións que se conteñen nos considerandos da Directiva 2014/24/UE, fundamentalmente o 43, que, recordemos, apuntaba a que se trata de casos en que non se poden definir os medios precisos para satisfacer as súas necesidades ou para avaliar as solucións técnicas, financeiras ou xurídicas que pode ofrecer o mercado; ou que se trata de proxectos que teñen unha dimensión considerable, como acontece cos grandes proxectos de infraestrutura integrados, ou ben nas redes ou en proxectos informáticos de gran tamaño. Así mesmo, nos casos de servizos ou subministracións que exixan un esforzo considerable de adaptación ou deseño, como acontece nos casos de adquisicións complexas que teñan que ver con produtos sofisticados, servizos intelectuais ou grandes proxectos relacionados coas tecnoloxías da información e das comunicacións (TIC). Neste sentido, BLANCO LÓPEZ, F., "El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 116, 2012, p. 15, afirmou que debería utilizarse o procedemento de licitación nos supostos en que o órgano de contratación considere que as características do obxecto contractual e a súa execución teñan respostas diferentes e modalidades de execución tamén distintas, ou ben que a complexidade do obxecto non presente unha formulación de execución sinxela, senón que se considere máis aconsellable que sexan os licitadores os que vaian modulando as posibilidades conforme as indicacións do órgano de contratación.

28 Consideraranse irregulares, en particular, as ofertas que non correspondan aos pregos da contratación que se reciben fóra de prazo, que mostren indicios de colusión ou corrupción ou que fosen consideradas anormalmente baixas polo órgano de contratación. Consideraranse inaceptables, en particular, as ofertas presentadas por licitadores que non posúan a cualificación requirida e as ofertas cuxo prezo supere o presuposto do órgano de contratación tal como se determinase e se documentase antes do inicio do procedemento de contratación.

29 Desta forma, entendemos que se levou a cabo unha depuración necesaria respecto das previsións do TRLCSP que resultaban aplicables aos supostos que permitían acudir á licitación do procedemento negociado con publicidade. Esta resultaba ser moi pesada por conter toda unha serie de previsións relacionadas coas contías dos contratos que daban lugar a un xogo irracional de remisións e excepcións. Constitúe exemplo do anterior o complexo artigo 177 do TRLCSP, que comezaba sinalando os supostos en que había que publicar un anuncio de licitación ao licitar o negociado, para a continuación sinalar que, se o contrato non estaba sometido a regulación harmonizada, tamén debían ser obxecto de publicación previa se se superaban determinadas contías.

Como consecuencia do sinalado, sublíñase, como dicíamos, a idea de que nos atopamos ante procedementos distintos, non só desde un punto de vista formal, senón tamén substantivo<sup>30</sup>. Pero non só iso, porque ademais na propia denominación xenérica que se utiliza para englobar ambos os dous procedementos –procedementos con negociación– inclúese a referencia a que en ambos os dous casos nos atopamos ante procedementos en que hai que negociar.

Neste sentido, dispón o artigo 166 que nos citados procedementos negociados «a adxudicación recaerá no licitador xustificadamente elixido polo órgano de contratación, tras negociar as condicións do contrato cun ou varios candidatos». É certo que esta caracterización é continuísta respecto da que realizaba o TRLCSP, no derogado 169, que regulaba o procedemento negociado na súa dobre vertente de con publicidade ou sen ela<sup>31</sup>. Agora ben, tamén é certo que o que si fixo o lexislador é atribuír o carácter de procedemento a licitar con carácter ordinario soamente ao procedemento de licitación con negociación<sup>32</sup>. En calquera caso, como dicimos, ambos os dous procedementos pivotan sobre a idea da necesaria negociación que debe ter lugar cos licitadores. Analicemos como queda caracterizada esta.

### 3.2 A negociación como fase procedemental imprescindible

Ambos os dous procedementos, tanto o de licitación con negociación como o negociado sen publicidade, se articulan arredor de tres fases fundamentais: a selección de candidatos, a negociación e a adxudicación. Con carácter xeral, a tramitación do procedemento de licitación con negociación prevese no 169; non obstante, estas previsións tamén resultan de aplicación ao negociado sen publicidade, coa especialidade prevista no 170, respecto á non existencia de publicidade previa.

Neste sentido, e sen ánimo de deternos na fase de selección de candidatos, a cal se rexerá ademais polas normas aplicables ao procedemento restrinxido<sup>33</sup>, unicamente apuntaremos aquí que o órgano de contratación debe seleccionar os candidatos a tomar parte nas negociacións que se vaian realizar, de conformidade cos criterios obxectivos de solvencia correspondentes que se fixasen no anuncio de licitación, debendo ademais invitar un mínimo de tres candidatos. Unha vez seleccionados os candidatos, estes deben ser invitados a formular a súa oferta inicial<sup>34</sup>.

30 O TRLCSP, en cambio, regulaba nos extensos artigos 170-175 os supostos en que cabía acudir á licitación dun procedemento negociado, precisando o artigo 177 cando era necesario publicar un anuncio de licitación e cando se podía prescindir del. Deste xeito, cabía entender que o procedemento era único e que só había algunha especialidade procedemental respecto ao réxime da publicidade previa do procedemento. Por outro lado, quizais sería aconsellable que a exposición de motivos da lei incluíse algunha explicación ao anterior. Non obstante, e dun modo un tanto parco, recóllese unha única referencia que consiste en sinalar que se suprime a posibilidade do uso do procedemento negociado con ou sen publicidade por razón da contía e que se suprime a aplicación deste procedemento respecto das obras e servizos complementarios (exposición de motivos, apartado IV).

31 Dispuña que «no procedemento negociado a adxudicación recaerá no licitador xustificadamente elixido polo órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos e negociar as condicións do contrato cun ou varios deles. 2. O procedemento negociado será obxecto de publicidade previa nos casos previstos no artigo 177, en que será posible a presentación de ofertas en concorrencia por calquera empresario interesado. Nos restantes supostos, non será necesario darlle publicidade ao procedemento, asegurándose a concorrencia mediante o cumprimento do previsto no artigo 178.1».

32 A LCSP prevé no artigo 166.3 que, salvo nos casos excepcionais do 168, os órganos de contratación deberán publicar un anuncio de licitación (art. 166.3 LCSP).

33 Tal como dispón o artigo 169.2 LCSP.

34 As invitacións deberán conter toda a información a que se fai referencia no artigo 163. Á súa vez, cómpre que se respecten os prazos xerais de envío de ofertas a que se fai referencia no artigo 164.1 e 2, é dicir, 30 días se o contrato é SARHA e 10 días se é non SARHA, ambos os dous contados a partir da data do envío da invitación.

A citada oferta inicial supón o punto de partida da seguinte fase do procedemento: a negociación, pero nada se di sobre se esta debería ser valorada polo órgano de contratación e, neste sentido, coincidimos cos que se mostraron partidarios de levar a cabo algún tipo de valoración das citadas ofertas iniciais, aínda que sexa de xeito xenérico, coa finalidade de que o órgano de contratación poida comezar a delimitar o ámbito da negociación<sup>35</sup>.

A negociación que constitúe a peza fundamental deste procedemento terá por obxecto todos os extremos que se indicasen no prego e, concretamente, os aspectos económicos e técnicos que se vaian negociar cos licitadores. Desta forma, afectará a todas as ofertas iniciais que presentasen os licitadores e a todas as ofertas posteriores que vaian presentando estes (salvo a oferta final), co fin de que poidan ir mellorando o seu contido e adaptándoas aos requisitos indicados no prego e no anuncio (art. 169.5 LCSP). Neste sentido, a negociación debe afectar, polo tanto, a aspectos cualitativos da execución contractual, e deste xeito parece que non podería afectar unicamente ao prezo<sup>36</sup>.

E é a peza clave do procedemento, porque «constitúen a característica esencial dun procedemento negociado»<sup>37</sup>, e a ausencia desta determinará a nulidade de pleno dereito do procedemento, ex artigo 47.1 e) da Lei 39/2015, do procedemento administrativo común das administracións públicas (LPAC), como foi recoñecido unanimemente polos tribunais de recursos contractuais<sup>38</sup>.

Ademais, a negociación debe ser auténtica e non consistir nunha mera comparación de ofertas<sup>39</sup>. Ademais diso, a LCSP nin sequera considera a adxudicación sen negociación previa, a diferenza da directiva, que si a recolle no artigo 29.4.

Non obstante, esta non vai poder afectar aos requisitos mínimos da prestación obxecto do contrato nin aos criterios de adxudicación, tal como se tivesen fixado no prego (art. 169.5 LCSP). Tampouco pode negociarse a oferta final que formulen os licitadores correspondentes.

35 Ao respecto, convén facer referencia a BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal”, cit., pp. 6-7, o cal apunta a que unha primeira valoración das ofertas pode servir para dimensionar a complexidade da negociación. Neste sentido, considera o citado autor que unha eventual gran diferenza na valoración, destacando claramente unha oferta das restantes empresas participantes no procedemento, podería indicar que o procedemento negociado non será moi intensivo. E o mesmo acontecería ao contrario, se esa primeira valoración de ofertas pon de manifesto que as diferenzas de valoración non son excesivas entre unha oferta e outras, pode anunciar que se requirirá precisar e desenvolver as ofertas e que, polo tanto, a negociación se desenvolverá con certa intensidade. Á súa vez, considera que esta se realizaría tomando como referencia os criterios de adxudicación que se establecesen no prego. Pola súa parte, a valoración debería recollerse nun informe de valoración que especificaría unha puntuación e, polo tanto, a posición de partida en que cada candidato iniciará o proceso de negociación.

36 *Vid.*, neste sentido, Recomendación 1/2016, do 20 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, e tamén BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal”, cit., p. 9.

37 Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 5 de outubro de 2010 (C-337/1998) e STXUE do 9 de xuño de 2011 (C-401/09 P).

38 Sirva de exemplo, entre outras, a Resolución 50/2011, do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, ou o Acordo 10/2013, do Tribunal de Contratos Públicos de Navarra. Tamén, no mesmo sentido, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, no seu Acordo do 21 de xullo de 2010, ou a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Junta de Andalucía, no Informe 3/2007.

39 Ao respecto, recorda a Recomendación 1/2016, do 20 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, que «o certo é que unha mala praxe administrativa veu utilizando indebidamente este procedemento, desvirtuando o seu carácter “negociado” ao prescindir dun trámite esencial e definitorio deste, como é a negociación, realizándose exclusivamente a solicitude de ofertas e adxudicación á considerada mellor oferta no seu conxunto. Probablemente aquela mala praxe sexa consecuencia de que, nas súas orixes, este procedemento tivo unha escasa regulación que conduciu a asimilar, en certo modo, o procedemento negociado coa antiga adxudicación directa, confusión que perdurou no tempo e que implicou un uso indebido e abuso deste procedemento».



Por outra banda, e aínda que é obrigatorio no procedemento de licitación con negociación constituír unha mesa de contratación (art. 326 LCSP)<sup>40</sup>, a negociación das ofertas non lle corresponde á mesa, senón ao órgano de contratación, se é o caso, a través dos servizos técnicos deles dependentes (art. 169.5 LCSP). Deste xeito, parece que sería aconsellable contar cunha unidade de asistencia, distinta do órgano de contratación e da mesa de contratación, cuxos membros teñan a experiencia e a solvencia técnica necesarias<sup>41</sup>.

Á súa vez, a negociación, que admite múltiples configuracións, pero que deberá estar perfilada no PCAP, poderá articularse en fases sucesivas, coa finalidade de reducir progresivamente o número de ofertas a negociar, conforme a aplicación dos criterios de adxudicación que se tivesen recollido no anuncio de licitación ou no prego. Non obstante, se se vai facer uso desta posibilidade, cómpre que se prevexa nos citados documentos. Así mesmo, é necesario que o número de solucións que cheguen ata a fase final sexa o suficientemente amplo como para garantir unha competencia efectiva.

Neste sentido, tal como apuntaron algúns, considérase unha exixencia do principio de transparencia, e unha boa práctica a seguir, que o prego de cláusulas administrativas particulares detalle a forma en que se vai realizar a negociación: número de roldas previstas, se a negociación se realizará presencialmente, por escrito ou por vía telemática, etc. Ademais, é preciso deixar constancia documental do proceso de negociación no expediente administrativo, para o cal pode ser útil articular métodos de negociación empregando medios electrónicos, que existiren os termos en que se desenvolve a negociación<sup>42</sup>.

Por outro lado, exíxese que durante a negociación o órgano de contratación e a mesa respecten o principio de igualdade de trato entre os licitadores e o correspondente deber de confidencialidade, como tamén recolle a directiva (art. 169.4).

Así, en primeiro lugar, as mesas de contratación e os órganos de contratación non facilitarán, de forma discriminatoria, información que poida dar vantaxes a determinados licitadores con respecto ao resto e informarán por escrito a todos os licitadores cuxas ofertas non fosen

40 Neste sentido, e de conformidade coas previsións do artigo 22.3 do Real decreto relativo ás funcións das mesas de contratación, no procedemento negociado, a mesa, nos casos en que interveña, ten que cualificar a documentación xeral acreditativa do cumprimento dos requisitos previos e, unha vez concluída a fase de negociación, ten que valorar as ofertas dos licitadores e proporlle ao órgano de contratación a adxudicación correspondente. Por outro lado, están os que critican a necesidade de constituír a mesa de contratación neste tipo de procedementos por ser un órgano que complica o procedemento e que se superpón aos órganos técnicos constituídos por profesionais que, ao coñeceren a prestación obxecto da contratación, son os auténticos responsables da valoración das ofertas. *Vid.*, neste sentido, BLANCO LÓPEZ, F., "El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal", cit., p. 8. Cómpre ter en conta que, precisamente, con data do 28 de setembro de 2017 se publicou no BOE n. 234 a Orde EIC/910/2017, do 21 de setembro, pola que se crean e regulan a Xunta de Contratación e a Mesa Única de Contratación do Ministerio de Economía, Industria e Competitividade.

41 Neste sentido, a Recomendación 1/2016, do 20 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, relativa á utilización do procedemento negociado, p. 25, apunta que é aconsellable que esta a leve a cabo unha unidade de asistencia, unipersonal ou colexiada, distinta do órgano de contratación, e que as persoas encargadas de tramitar a negociación teñan a experiencia técnica, o coñecemento do mercado e as destrezas necesarias para negociar un bo acordo cos provedores ou contratistas. Precisa, ademais, o citado informe que non se require que a apertura da oferta inicial se realice en acto público.

42 Recomendación 1/2016, do 20 de abril, p. 25. Debe recordarse tamén a obriga que deriva do artigo 22.1 da Directiva 2014/24/UE, de que como moi tarde o 18 de abril de 2018 os Estados membros garantirán que todas as comunicacións e todos os intercambios de información se leven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, e, en particular, a presentación electrónica de ofertas e solicitudes. Así mesmo, recorda a citada recomendación como a (antiga) Comisión Nacional da Competencia, na «Guía sobre contratación pública e competencia» de 2010, suxire que para a realización da negociación, as administracións públicas elaboren "protocolos de funcionamento que identifiquen os criterios utilizados para a selección dos candidatos" e nos que se desenvolva "tanto o procedemento de negociación como os aspectos sobre os que esta versará e o momento exacto en que se levará a cabo".

excluídas de todo cambio nas especificacións técnicas ou outra documentación da contratación, e daránlles prazo suficiente para que presenten unha nova oferta revisada (art. 169.7).

Pero, ademais, no curso do procedemento as mesas de contratación e os órganos de contratación cumpriran coa súa obriga de confidencialidade nos termos establecidos nesta lei, polo que non lles revelarán aos demais participantes os datos designados como confidenciais que lles comunicase un candidato ou licitador sen o consentimento previo deste. O dito consentimento non poderá ter carácter xeral, senón que deberá especificar a que información se refire. Porén, os licitadores que presentasen unha oferta admisible poden solicitar información acerca do desenvolvemento das negociacións e, neste caso, a mesa de contratación ou, no seu defecto, os servizos dependentes do órgano de contratación comunicaran o antes posible, e en todo caso dentro dos quince días seguintes ao de recepción da solicitude por escrito daquel, o desenvolvemento das ditas negociacións (art. 171.1 LCSP)<sup>43</sup>.

Cando o órgano de contratación decida concluír as negociacións, informará todos os licitadores e establecerá un prazo común para a presentación de ofertas novas ou revisadas. Finalmente, a mesa de contratación verificará que as ofertas definitivas se axustan aos requisitos mínimos e que cumpren todos os requisitos establecidos no prego, valoraráas conforme os criterios de adxudicación, elevará a correspondente proposta e o órgano de contratación procederá a adxudicar o contrato (art. 169.8 LCSP).

Por outro lado, e respecto ao negociado sen publicidade, sublíñase a importancia que lle dá a LCSP á necesaria existencia da negociación entre as partes, xa que o artigo 170.2 (que regula as especialidades procedementais deste procedemento) remite o contido da negociación ás previsións que para tal efecto dispón o artigo 169.5 en relación co procedemento de licitación con negociación. Polo tanto, todo o sinalado anteriormente debe trasladarse tamén para o caso de que se trate dun negociado sen publicidade. E, por se iso non bastase, o apartado segundo do citado 170 dispón que, mesmo cando só exista un candidato, deberá existir tamén negociación respecto da oferta que tivese presentado.

#### 4. Terceira medida: elimínase o procedemento negociado sen publicidade por razón da contía

En terceiro e último lugar, o lexislador optou tamén por eliminar a posibilidade de utilizar o negociado sen publicidade por razón da contía e, polo tanto, non hai rastro desta posibilidade no artigo 168, que é o que se ocupa de recoller os supostos excepcionais que permiten acudir ao negociado sen a publicación previa dun anuncio de licitación. Desta forma, o lexislador optou por realizar unha transposición practicamente idéntica dos supostos previstos no artigo 32 da Directiva 2014/24/UE e que son os que permiten licitar un procedemento deste tipo. Neste sentido, os supostos en que cabe acudir ao procedemento negociado sen publicidade aparecen agrupados en cinco categorías, as cales fan referencia ao tipo de contrato que se

43 Neste sentido, o Acordo 33/2015, do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, entendeu que o feito de que se revelen todas as ofertas e quen son os licitadores vicia o procedemento, porque, «aínda que as ofertas poden ser utilizadas polo órgano de contratación, non poden ser públicas fronte ao resto de licitadores, polo carácter reservado que debe ser mantido durante toda a fase de negociación como garantía de que todos os licitadores que participen na negociación reciban igual trato e ningún deles se atope en posición vantaxosa respecto do resto».

este a licitar e especifican os supostos en que, respecto destes, cabe utilizar o procedemento que nos ocupa<sup>44</sup>.

En primeiro lugar, cabe utilizalo nos contratos de obras, servizos, subministracións, concesión de obras e concesión de servizos, nos tres seguintes supostos. Por un lado, ante a ausencia de ofertas ou de solicitudes de participación, ou de ofertas ou de solicitudes de participación adecuadas no ámbito dun procedemento aberto ou restrinxido previo<sup>45</sup>. Así mesmo, cando as prestacións só poidan ser proporcionadas por un operador concreto (art. 168 a) 2.º)<sup>46</sup>. E, por outro lado, cando o contrato sexa declarado secreto ou reservado ou deba ir acompañado de medidas de seguridade especiais.

En segundo lugar, cabe utilizalo nos contratos de obras, servizos ou subministracións, nos dous seguintes casos. En primeiro lugar, cando sexa estritamente necesario por razóns de imperiosa urxencia resultante de acontecementos imprevisibles que demanden unha pronta execución do contrato que non poida lograrse mediante a aplicación da tramitación de urxencia prevista no artigo 119<sup>47</sup>. E aparentemente tamén no caso previsto no artigo 167 e) cando nun procedemento aberto ou restrinxido só se presenten ofertas irregulares ou inaceptables<sup>48</sup>.

En terceiro lugar, nos contratos de subministracións, é posible utilizalo, por un lado, cando se trate de produtos que se fabrican exclusivamente para fins de investigación e desenvolvemento<sup>49</sup>; tamén en caso de que se trate de contratos cuxo obxecto sexan subministracións adicionais efectuadas polo provedor inicial que constitúan ben unha reposición parcial de subministracións ou instalacións, ou ben unha ampliación das subministracións ou instalacións existentes, nos casos en que o cambio de provedor obrigaría o órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades

Regap



ESTUDIOS

- 
- 44 Analizou detidamente todos estes supostos GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, cit., pp. 34 e ss.
- 45 O artigo 168 a) 1.º sinala ademais que, nestes casos, non se poden modificar substancialmente as condicións iniciais do contrato, e concretamente o presuposto base da licitación nin o sistema de retribución. Tamén se especifica o que debe entenderse por oferta e solicitude inadecuada. A oferta é inadecuada se non é pertinente para o contrato por resultar manifestamente insuficiente para satisfacer as necesidades do órgano de contratación. Á súa vez, unha solicitude de participación é inadecuada se o empresario pode ser excluído de conformidade coas previsións da LCSP ou non satisfai os criterios de selección do órgano de contratación. Deste xeito, só nos casos en que se incumpran gravemente os pregos, ou ben os operadores económicos carezan da aptitude necesaria, poderán ser reconducidos a procedementos negociados sen publicidade. E precisamos isto para distinguir este suposto de oferta ou solicitude inadecuada, que se produce nos supostos máis graves, do de oferta irregular ou inaceptable, que permite, á súa vez, acudir á licitación con negociación ou ao diálogo competitivo.
- 46 Concretamente, cando o contrato teña por obxecto a creación ou adquisición dunha obra de arte ou representación artística única; cando non existe competencia por razóns técnicas ou ben cando proceda a protección de dereitos exclusivos, incluídos os de propiedade intelectual e industrial.
- 47 Ao respecto convén ter presente, como apunta GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, cit., p. 35, que o TXUE realizou unha interpretación moi restritiva da imperiosa urxencia, a cal require o cumprimento de tres requisitos: que se dea un acontecemento imprevisto, que sexa incompatible a urxencia cos prazos previstos noutros procedementos e que exista unha relación de causalidade entre o acontecemento imprevisto e a imperiosa urxencia que del deriva (STXUE do 18 de novembro de 2004, C-126/03, Comisión contra Alemaña).
- 48 Non obstante, esta circunstancia determina a posibilidade da aplicación da licitación con negociación ou do diálogo competitivo, polo que entendemos que só procedería acudir ao negociado sen publicidade en caso de que non poida acudirse á licitación con negociación ou ao diálogo competitivo, xa que, no caso contrario, se estarían a solapar os supostos de aplicación dun e outro procedemento.
- 49 Agora ben, neste suposto contéplase o caso de que o que se desexa adquirir é un prototipo ou un primeiro ben ou servizo desenvolvido no ámbito dun contrato de I+D, é dicir, en cantidade limitada. E iso xa que o artigo 168 c) 1.º) especifica que non cabe incluír neste suposto a produción en serie destinada a establecer a viabilidade comercial do produto ou a recuperar os custos da I+D, isto é, a produción a grande escala. Por outro lado, respecto dos contratos de I+D, hai que ter en conta as previsións que establece o artigo 8, o cal as exclúe do ámbito de aplicación da LCSP se se dan as circunstancias aludidas no citado artigo. Con carácter específico, exclúense do ámbito de aplicación da LCSP.

ou a dificultades técnicas de uso e de mantemento desproporcionadas; así mesmo, cando se vaian adquirir subministracións cotizadas e, por último, cando se trate da adquisición de subministracións en condicións especialmente vantaxosas, ben dun provedor que cesa definitivamente a súa actividade, ben dun administrador en caso de procedementos de insolvencia.

En cuarto lugar, nos contratos de servizos cando este sexa a consecuencia dun concurso de proxectos<sup>50</sup>, ou tamén cando se vaian adquirir servizos en condicións especialmente vantaxosas, ben dun provedor que cesa definitivamente a súa actividade, ben dun administrador en caso de procedementos de insolvencia.

En quinto e último lugar, nos contratos de obras ou servizos adicionais sempre e cando se cumpran as condicións que prevé o artigo 168 e) LCSP<sup>51</sup>.

Desta forma, como dicimos, e co obxectivo de fomentar unha maior transparencia na contratación pública, queda eliminada claramente a posibilidade de recorrer a este procedemento por razón da contía, o cal, como apuntaron algúns<sup>52</sup>, resulta coherente a partir da presión europea que sobre España se realizou para eliminar o citado procedemento negociado sen publicidade por razón da contía. A modo de exemplo, pode citarse a Decisión do Consello de Europa do 2 de agosto de 2016, pola que se lle facía unha advertencia a España para que adoptase medidas dirixidas á redución do déficit e no que se puña de manifesto o nivel relativamente elevado na utilización do procedemento negociado sen publicidade en comparación con outros Estados membros. Tamén se subliña esta circunstancia no Informe anual da Comisión Europea sobre desequilibrios macroeconómicos, publicado en febreiro de 2017<sup>53</sup>.

E é que parece que se estaba a utilizar este procedemento con carácter ordinario, cando representa unha importante restrición da concorrência, o que aconsellaba utilizalo de xeito limitado<sup>54</sup>. Desta forma, quizais o problema non radicaba na posibilidade de recorrer á súa aplicación, senón máis ben en como se estaba a utilizar, xa que parece, como dicimos, que malia estar configurado como un procedemento de carácter excepcional a súa utilización era moi común. Ademais diso, nin sequera se utilizaba correctamente, xa que tamén se estaría a prescindir das negociacións necesarias, de tal forma que practicamente se estaban a levar adxudicacións directas. Todo o anterior determinaba que se estivese a pór en perigo a necesaria observancia dos principios de igualdade de trato e transparencia<sup>55</sup>.

50 Se houberse varios gañadores do concurso, deberíase invitar todos eles a participar nas negociacións. Son concursos de proxectos os procedementos encamiñados á obtención de planos ou proxectos, principalmente nos campos da arquitectura, o urbanismo, a enxeñaría e o procesamento de datos, a través dunha selección que, tras a correspondente licitación, se lle encomenda a un xurado (art. 183.1). As normas especiais aplicables aos concursos de proxectos recóllense nos artigos 183-187.

51 Este suposto debe cumprir coas seguintes condicións: as obras ou servizos que constitúan o seu obxecto consisten na repetición doutros similares adxudicados ao mesmo contratista mediante algún dos procedementos de licitación regulados na lei e, logo da publicación do correspondente anuncio de licitación, deben axustarse a un proxecto base que foi obxecto do contrato inicial adxudicado polo dito procedemento. O citado proxecto base mencionará necesariamente o número de posibles obras ou servizos adicionais, así como as condicións en que serán adxudicados estes; a posibilidade de facer uso deste procedemento debe estar indicada no anuncio de licitación do contrato inicial; o importe das novas obras ou servizos debeu terse en conta ao calcular o valor estimado do contrato inicial, e non transcorreron máis de tres anos a partir da formalización do contrato inicial.

52 Así, CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., "El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 9, 2017.

53 CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., "El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?", cit., p. 7.

54 Recomendación 1/2011, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

55 De forma moi elocuente, CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., "El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?", cit., p. 7, «este, ao meu xuízo, é o gran problema de fondo: que convertemos un procedemento de adxudicación que, en principio, podería ser de grande utilidade, polo seu carácter áxil e flexible para adxudicar determinados contratos de escasa contía, nunha ferramenta útil para adxudicar

En calquera caso, tamén é certo que o Goberno xa puxera tamén de manifesto a súa intención de eliminar este procedemento, mesmo antes das citadas advertencias, pois no informe sobre o anteproxecto da LCSP xa se sinalaba que se eliminaba o citado procedemento negociado sen publicidade por razón da contía<sup>56</sup>. Tamén se afirmaba no citado informe que para non perder as vantaxes de axilidade que tiña o citado procedemento se creaba un novo, o aberto simplificado, cuxa duración, como vimos, se prevé breve e si proporciona a necesaria publicidade e transparencia no procedemento de licitación do contrato.

Este obxectivo de reconducir ao procedemento aberto simplificado os supostos que, por razón da contía, se licitaban a través do negociado sen publicidade tamén se recolle, como sinalabamos anteriormente, na propia exposición de motivos da LCSP. Agora ben, outra cousa é que o procedemento aberto simplificado logre cumprir coas expectativas que ten o legislador; non obstante, lonxe de poder dar solución a esta interrogante neste momento, haberá que esperar a que sexa a práctica a que determine se realmente o procedemento aberto simplificado logra cumprir este obxectivo.

Por todo o sinalado e coa finalidade de concluír esta contribución, podemos afirmar que é certo que o legislador incluíu unha serie de medidas respecto dos procedementos de adxudicación de contratos que pretenden fomentar unha maior transparencia e integridade na contratación pública, para lograr cumprir, en definitiva, co principio de igualdade de trato. Pero tamén é certo que parece que noutras ocasións ou quedou a medias ou optou por manter outras opcións que dubidosamente contribúen á consecución dos obxectivos sinalados, como acontece no caso dos contratos menores ou co mantemento das instrucións internas para as entidades do sector público que non teñan a condición de poderes adxudicadores. É por iso polo que, quizais, a valoración xeral que ao respecto pode darse non sexa plenamente satisfactoria e quede a sensación de que se podería ter feito máis a favor da transparencia e a integridade na contratación pública.

## 5 Bibliografía

ARROWSMITH, S., “Modernising the European Union’s public procurement regime: a blue print for real simplicity and flexibility”, *Public Procurement Law Review*, vol. 21 (3), 2012.

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

BLANCO LÓPEZ, F., “Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado”, publicado na web do *Observatorio de Contratación Pública*, con data do 4 de xaneiro de 2016.

CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 9, 2017.

---

contratos “a dedo”. Noutras palabras, confundimos o procedemento negociado sen publicidade coa adxudicación directa, cando o que se pretendeu, polo menos teoricamente, coa súa introdución na Lei de contratos de 1995 era algo totalmente diferente.

56 O informe citado foi aprobado na sesión do Consello de Ministros celebrada o 17 de abril de 2015.

- CERRILLO MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2014.
- GIMENO FELIU, J. M., "La Ley de contratos del sector público: una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 147, 2010.
- GIMENO FELIU, J. M., "Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 7, 2017.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., "La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Las nuevas directivas de contratación pública, número monográfico especial del Observatorio de Contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015,
- 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*, n. 15, 2016.
- MARABOTTO AGUDO, M. L., "El procedimiento abierto simplificado en el Proyecto de Ley de contratos del sector público", *Contratación administrativa práctica*, n. 151, setembro-outubro 2017.
- MEDINA ARZAIZ, T., "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", Fernández Acevedo, R., e Valcárcel Fernández, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.