

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 Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Rey 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 Planteamiento y aclaraciones previas. 2 Primera medida: la introducción del procedimiento abierto simplificado. 2.1 El procedimiento abierto simplificado. 2.1.1 Ámbito de aplicación. 2.1.2 Publicidad y plazo de presentación de las proposiciones. 2.1.3 Especialidades de la tramitación respecto de las vistas para el procedimiento abierto.

2.2 El procedimiento abierto supersimplificado. 2.2.1 Ámbito de aplicación. 2.2.2 Especialidades de la tramitación respecto de las previstas para el procedimiento abierto simplificado. 3 Segunda medida: en los procedimientos con negociación hay que negociar. 3.1 Precisiones previas respecto de los procedimientos con negociación. 3.2 La negociación como fase procedimental imprescindible. 4 Tercera medida: supresión del negociado sin publicidad por razón de la cuantía. 5 Bibliografía.

1 Planteamiento y aclaraciones previas¹

Uno de los objetivos que inspiran la regulación contenida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público² (en adelante LCSP), consiste en lograr una mayor transparencia e integridad en la contratación pública³. Así, la ley incluye diversas medidas que buscan dar cumplimiento al citado objetivo, entre las que cabe citar, a modo de ejemplo, las previsiones relativas a la lucha contra la corrupción y los conflictos de intereses, mediante la imposición al órgano de contratación de la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo o la corrupción; la nueva regulación de las prohibiciones para contratar; la nueva regulación, más exhaustiva, del perfil del contratante, el cual viene a desempeñar un papel protagonista como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos; o las medidas que se han incluido respecto de los procedimientos de adjudicación de contratos⁴.

En lo que se refiere a estas últimas, son fundamentalmente tres las medidas que se han introducido para fomentar una mayor transparencia en los procedimientos de adjudicación de contratos, y que son las que van a centrar nuestro estudio. Así, en primer lugar, se incluye un nuevo procedimiento de adjudicación, o, mejor, una nueva vertiente al procedimiento abierto, que es el denominado «abierto simplificado», concebido para que su duración sea breve y la tramitación muy sencilla, pero sin que resulte descuidada la necesaria publicidad

- 1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i del Plan Nacional *Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en Madrid* (DER2016-74843-C3-2-R), del que soy investigadora principal, y del proyecto *Potestades administrativas y unidad de mercado: el control de las actividades económicas reguladas* (DER 2014-54264-R), integrados en el Grupo de Excelencia de la Universidad Rey Juan Carlos, “Derecho y política económica” (GEDYPE), y en el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid 931089, “Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa”, en los que colaboro como miembro.
- 2 La citada LCSP, aunque aprobada por el Congreso el 19 de octubre, no ha sido publicada en el BOE hasta el pasado 9 de noviembre. En este sentido, finalmente, el BOE n. 272, de 9 de noviembre, publica la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. De conformidad con las previsiones recogidas en la D.F. 16.ª, la ley, con carácter general, entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación, es decir, el 9 de marzo de 2018, a excepción de determinadas previsiones que, o bien se demoran aún más, o entran en vigor al día siguiente de su publicación.
- 3 Concretamente, tal como señala la exposición de motivos, en su apartado II, *in fine*, un «sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos». No obstante, además de la anterior, la referencia a la búsqueda de la transparencia e integridad es muy recurrente a lo largo de la citada exposición de motivos, lo que determina que esta se configure realmente como uno de los pilares de la nueva LCSP.
- 4 Se han ocupado de analizar cómo pueden fomentarse una mayor transparencia e integridad en la contratación pública, entre otros, GIMENO FELLIU, 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, quien ha analizado la importancia de los principios de integridad y transparencia en la contratación pública, exponiendo, a su vez, un decálogo de propuestas de mejora que deberían incluirse en la legislación de contratación pública. También del mismo autor, “La Ley de contratos del sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *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; o 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., y Valcárcel Fernández, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

y transparencia que debe darse en el procedimiento de licitación del contrato. En segundo lugar, también se ha optado por subrayar la importancia que tiene la negociación en los «procedimientos con negociación», categoría en la que el legislador incluye dos procedimientos: el procedimiento de licitación con negociación y el procedimiento negociado sin publicidad. Tal es su importancia, que esta debe darse aun cuando solo esté presente un licitador, y su falta determinará la nulidad de todo el procedimiento⁵.

Por último, se suprime el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, el cual, a pesar de resultar ágil, adolecía de un déficit de transparencia, por cuanto carecía de publicidad. Planteado el objeto de nuestro estudio, conviene asimismo realizar, con carácter previo al análisis de las tres medidas apuntadas, unas breves aclaraciones previas relacionadas con la configuración general de los procedimientos de adjudicación en la LCSP, con el fin de sentar unas bases mínimas que resultarán útiles en un momento posterior.

Así, por un lado, los procedimientos de adjudicación de los contratos de las administraciones públicas se regulan en el libro II «De los contratos de las administraciones públicas», título I, capítulo I, sección 2.ª (arts. 156-182), de la LCSP. No obstante, en esta sección se incluyen además, por un lado, una serie de normas generales aplicables a la adjudicación (arts. 131-155) y, por otro, también las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos (183-187), que serán citados en el ámbito del procedimiento negociado sin publicidad.

Debemos tener en cuenta también, en segundo lugar, que los procedimientos que vamos a analizar se encuentran recogidos en el libro dedicado a los *contratos de las administraciones públicas*, lo que determina que estos serán los aplicables a las adjudicaciones que lleven a cabo las entidades que son Administración pública, respecto de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que liciten.

Pero también resultarán de aplicación a los contratos que liciten los poderes adjudicadores que no sean Administración pública en dos supuestos: por un lado, en el caso de que el contrato esté sometido a regulación armonizada (art. 317 LCSP), y, por otro, en el caso de que, aun no estando sometido a regulación armonizada, el contrato sea adjudicado por un poder adjudicador no Administración pública y supere las cuantías previstas en el artículo 318 b) LCSP. En ambos casos, la regulación se remite a la propia de los contratos licitados por las administraciones públicas. No obstante, la remisión no es idéntica, y ello produce consecuencias distintas. Vayamos por partes.

En el primer caso, ex artículo 317, la adjudicación de los contratos que realicen los poderes adjudicadores no AP, en el caso de que esté sometida a regulación armonizada, se regirá por «*las normas establecidas en las secciones 1.ª y 2.ª del capítulo I, del título I del libro II de la LCSP*», es decir, podrán utilizarse los citados procedimientos de adjudicación en los mismos casos en que puede hacerlo una Administración pública.

En cambio, la adjudicación de contratos no sometidos a regulación armonizada (en adelante SARA) que realicen los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública, siempre y cuando superen las cuantías previstas en el artículo 318 b), podrán

5 También es cierto que, además de perseguirse una mayor transparencia en los procedimientos de adjudicación de contratos, se busca también modernizar y simplificar los citados procedimientos, en sintonía, además, con las previsiones de las Directivas de 2014, también conocidas como de cuarta generación. Vid., 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.

realizarse «por cualquiera de los procedimientos previstos en la sección 2.ª del capítulo I, del título I del libro II de la LCSP, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168». ¿Quiere esto último decir que los procedimientos de adjudicación se pueden utilizar *indistintamente* en el caso de que se cumpla lo previsto en el citado artículo 318 b), con excepción del negociado sin publicidad, que solo podrá utilizarse en los supuestos previstos en el artículo 168? O, dicho de otro modo, un poder adjudicador que no tenga la condición de Administración pública ¿puede decidir aplicar, si se cumple lo señalado en el artículo 318 b), cualquiera de los procedimientos de adjudicación regulados en la ley (por ejemplo, el abierto simplificado, o el procedimiento de licitación con negociación, o el diálogo competitivo), sin tener que tomar en consideración los supuestos legales que permiten aplicar unos y otros? ¿Solo hay que tomar en consideración las características del contrato correspondiente al determinar el procedimiento de adjudicación que se va a aplicar en estos supuestos en el caso de que se quiera seguir un negociado sin publicidad? Parece que, tal como está redactada la ley, esta es la interpretación que sugiere.

Quizás ello resulte coherente con la idea de que, en la medida en que la intensidad en la aplicación de la ley va disminuyendo en función de la condición del sujeto, del tipo de contrato y del valor de este que se licite, se flexibiliza también el diseño de los procedimientos de adjudicación que deban aplicar los sujetos correspondientes. No obstante, ello conlleva el riesgo de generar en los licitadores una cierta inseguridad jurídica respecto del procedimiento de adjudicación que, en cada supuesto, será utilizado por los poderes adjudicadores.

Lo anterior quizás pueda guardar relación, si se quiere, con las previsiones que establece la ley respecto de los procedimientos de adjudicación en el caso de que el sujeto sea un ente del sector público no poder adjudicador (art. 321). Y es que, en este caso, la LCSP deja margen a estos entes para diseñar, en sus respectivas instrucciones internas, las normas que rijan la adjudicación de contratos, siempre y cuando estas respeten como mínimo los requisitos previstos en el artículo 321.2.b). Nada se dice, en cambio, respecto de cómo y en qué supuestos deberán aplicarse los procedimientos de adjudicación, por lo que entendemos que ello queda a disposición de los citados entes en el momento en que diseñen las instrucciones correspondientes, las cuales, como decimos, solo han de cumplir con los requisitos mínimos previstos en el artículo 321.2 LCSP. En este sentido, y como uno de los requisitos consiste en la necesaria publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante, entendemos que ello excluye la posibilidad de que se utilice el negociado sin publicidad por parte de entes del sector público que no sean poderes adjudicadores.

En tercer lugar, conviene subrayar que la LCSP se ocupa de transponer no solo la Directiva 2014/24/UE, de contratación en los sectores clásicos, sino también la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión. Y, en lo que respecta a la regulación de los procedimientos de adjudicación, las directivas toman caminos muy distintos.

Así, la Directiva 2014/24/UE opta por regular seis procedimientos de adjudicación: abierto, restringido, licitación con negociación –antiguo negociado con publicidad–, diálogo competitivo, asociación para la innovación y negociado sin publicidad. No obstante, solo el procedimiento abierto y el restringido tienen carácter ordinario, desde el momento en que su utilización no requiere ningún tipo de justificación previa. En cambio, para poder hacer uso de los demás procedimientos, hay que cumplir los requisitos que a tal efecto prevé la

directiva en los artículos siguientes: procedimiento de licitación con negociación (art. 29); diálogo competitivo (art. 30); asociación para la innovación (art. 31) y procedimiento negociado sin publicidad previa (art. 32). Además, todos ellos, salvo el negociado sin publicidad, son de transposición obligatoria.

En cambio, la Directiva 2014/23/UE, de concesiones, adopta un enfoque completamente distinto, por cuanto no hace mención a ningún procedimiento de adjudicación específico y opta por establecer una coordinación mínima de los procedimientos nacionales para adjudicar concesiones, basada en los principios del TFUE, con la finalidad de garantizar la apertura de las concesiones a la competencia y garantizar también una seguridad jurídica adecuada⁶. De esta forma, las disposiciones de coordinación que incluye no van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos citados y para garantizar un cierto grado de flexibilidad, debiendo ser los Estados miembros los que completen y desarrollen las citadas disposiciones⁷.

Por su parte, la LCSP –que, como hemos advertido, transpone no solo la Directiva 2014/24, sino también la 2014/23–, en lo relativo a la adjudicación de las concesiones de obras y servicios, se aparta del criterio comunitario y somete la adjudicación de estos contratos de concesión a las mismas exigencias que rigen para la adjudicación de los contratos de obras, servicios y suministros, es decir, el marco jurídico aplicable a los procedimientos de adjudicación es común para los contratos de obras, servicios y suministros, así como para las concesiones de obras y servicios.

Y, al respecto, la LCSP ha optado por transponer los seis procedimientos de adjudicación regulados en la Directiva 2014/24/UE, adoptando además el mismo criterio que esta. En este sentido, las reglas generales (y especiales) conforme a las cuales se ordena la adjudicación de los contratos de las administraciones aparecen recogidas en el artículo 131, el cual prevé con carácter general que la adjudicación se realizará ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el restringido (art. 131.2 LCSP). En cambio, para aplicar cualquiera de los procedimientos especiales, tal como exige el artículo 131.2. 2.º párrafo, es preciso que concurran los supuestos específicos previstos a tal efecto en los siguientes artículos: los previstos en el artículo 167, para el procedimiento de licitación con negociación y el diálogo competitivo; los del artículo 168, para el negociado sin publicidad; el indicado en el artículo 172, para el diálogo competitivo, y los supuestos previstos en el artículo 177, para la asociación para la innovación.

Pero, además, el citado artículo 131 también prevé una serie de especialidades a las que no les resultará de aplicación lo que acabamos de señalar. Concretamente, se prevé la adjudicación directa de los contratos menores (art. 131.3); las reglas que resultan de aplicación a los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con

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 y ss., recuerda que esta solución es coherente con el objetivo perseguido, consistente en establecer una regulación de mínimos que garantice una aplicación uniforme en todos los Estados miembros de los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia. Al respecto y de conformidad con el citado objetivo, el detalle y minuciosidad con que se describe el ámbito de aplicación de la citada directiva da paso a unas reglas básicas sobre la adjudicación del contrato y se proclama el principio de libertad de organización del procedimiento de elección del concesionario, sujeto al cumplimiento de los principios y garantías establecidas en la propia directiva.

7 A tal efecto, la Directiva de concesiones incorpora, en los artículos 30 a 33, una serie de principios generales que han de observarse en la adjudicación de las concesiones, así como en los artículos 36 a 41 las garantías procedimentales que han de observarse.

un valor inferior a 30.000 € (art. 131.4) y, por último, el sometimiento de los concursos de proyectos a unas reglas especiales de adjudicación (art. 131.5).

Aclarado lo anterior, nos centraremos a continuación en el análisis de las tres medidas apuntadas, a saber: la introducción del procedimiento abierto simplificado, la eliminación del negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la necesidad de negociar en los procedimientos con negociación.

2 Primera medida: la introducción del procedimiento abierto simplificado

El procedimiento abierto aparece configurado como un procedimiento ordinario de adjudicación de contratos, y se regula en los artículos 156-159 LCSP. En este sentido, la citada Directiva 2014/24/UE no introdujo grandes modificaciones en la regulación del procedimiento abierto, más allá de llevar a cabo una cierta reordenación sistemática que hacía más clara la normativa y de reducir los plazos de tramitación del procedimiento (art. 27 Directiva 2014/24/UE). Estas previsiones se recogen también, con carácter general, en los citados artículos y, en este sentido, la principal novedad, de tipo formal, que incorpora la ley consiste en reducir sensiblemente los plazos de presentación de las proposiciones en el caso de contratos SARA (art. 156 LCSP), debiendo tener en cuenta además que los plazos establecidos por días se entienden referidos a días naturales, por cuanto los artículos citados no especifican que deban ser hábiles (D.A. 12.ª LCSP)⁸. También se regula con mayor detalle el examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación (art. 157 LCSP)⁹.

8 Así, por un lado y respecto de los plazos previstos en el artículo 156, estos pueden esquematizarse de la siguiente manera. En primer lugar y para el caso de los contratos de obras, servicios o suministros, se prevén dos posibilidades, en función de si el contrato está sometido a regulación armonizada o no. Si el contrato es SARA, el plazo para la presentación de proposiciones no será inferior a treinta y cinco días, contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (art. 156.2). El citado plazo de treinta y cinco días puede reducirse en los siguientes tres supuestos: si el órgano de contratación ha enviado un anuncio de información previa, el plazo se puede reducir a quince días (art. 156.3 a). No obstante, se requiere que haya mediado un mínimo de treinta y cinco días y un máximo de 12 meses desde el envío del anuncio de información previa y el anuncio de licitación y que el anuncio de información previa incorpore toda la información que se exige para aquel; en situaciones de urgencia (previstas en el art. 119), se puede reducir el plazo general, siempre y cuando no sea inferior a quince días, contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación (art. 156.3. b); o, si se acepta la presentación de ofertas por medios electrónicos, se puede reducir el plazo general en cinco días (art. 156.3. c). En segundo lugar, si el contrato no es SARA (y no es un contrato de obras), el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a quince días, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil del contratante (art. 156.6). Por otro lado, y respecto de las concesiones de obras y de servicios, si son SARA, el plazo para la presentación de proposiciones no será inferior a treinta días, contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (art. 156.2). El citado plazo solo se puede reducir en cinco días si se acepta la presentación de ofertas por medios electrónicos (art. 156.4); si no son SARA, el plazo para la presentación de proposiciones será, como mínimo, de veintiséis días, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil del contratante (art. 156.6). Este mismo plazo de veintiséis días se aplica para los contratos de obras no SARA. Por otro lado, se reduce también el plazo para la apertura de las proposiciones, el cual se fija en un máximo de veinte días (el TRLCSP lo fijaba en un mes en el art. 160.1), contados desde la fecha de finalización del plazo previsto para presentar las proposiciones (art. 157.3 LCSP). La adjudicación, regulada en el artículo 158, no ha sufrido variaciones, previéndose que tendrá lugar en el plazo máximo de quince días, contados desde la apertura de las proposiciones si el único criterio de selección a valorar es el precio, o de dos meses para el caso de que se deba tener en cuenta una pluralidad de criterios.

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

No obstante, la LCSP, en aras de potenciar la transparencia y la integridad en la contratación pública, ha optado por incluir novedades relevantes en la regulación del procedimiento abierto, al incorporar, además del procedimiento abierto «ordinario», una vertiente «simplificada» y una «supersimplificada». Estas resultan de aplicación hasta un umbral económico determinado, y permiten agilizar notablemente la adjudicación del contrato correspondiente posibilitando que lo esté, en el caso del abierto simplificado, en el plazo de un mes (teóricamente) desde la convocatoria de licitación o, en el caso del supersimplificado, incluso en un plazo menor. Veamos con más detalle cada una de las modalidades del procedimiento abierto.

2.1 El procedimiento abierto simplificado

La principal novedad que se incorpora en el ámbito del procedimiento abierto, como señalábamos antes, consiste en incluir dos nuevas vertientes del procedimiento abierto, la «simplificada» y la «supersimplificada», además de la ordinaria. No obstante, la exposición de motivos únicamente hace referencia a la primera, pero, como veremos, la simplificada admite una vuelta de tuerca adicional para convertirla en aún más simplificada.

En este sentido, el procedimiento abierto simplificado, como apunta la citada EM, «resultará de aplicación hasta unos umbrales determinados, y nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación»¹⁰. En este sentido, se ha llegado incluso a afirmar que este procedimiento se convertirá en la «autopista de la contratación pública»¹¹.

Para lograr la reducción de los plazos, sin perjuicio de que difícilmente se conseguirá dar cumplimiento al citado plazo de un mes, por las razones que más adelante se detallarán, se simplifican los trámites al máximo, de tal forma que en términos generales, destacaremos ahora, entre otras medidas, que la documentación habrá de presentarse en un único sobre; no se exige constitución de garantía provisional; resulta obligatoria la inscripción en el Registro de Licitadores, y la fiscalización del compromiso de gasto se realiza en un solo momento, antes de la adjudicación.

El objetivo que pretende alcanzar el legislador con esta nueva vertiente simplificada consiste en reconducir los contratos que con anterioridad se adjudicaban mediante el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía al procedimiento abierto simplificado, el cual pretende ser ágil, como lo era el negociado sin publicidad, pero que además proporciona la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato¹².

Esta nueva vertiente, que, como decimos, no trae causa de las directivas comunitarias, no es en cambio absolutamente desconocida, por cuanto sí había sido regulada con anterioridad a

¹⁰ Apartado IV.

¹¹ BLANCO LÓPEZ, F., "Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado", publicado en la web del *Observatorio de Contratación Pública*, con fecha de 4 de enero de 2016, en relación con la redacción que preveía el artículo 157 del Anteproyecto de Ley de contratos del sector público. No obstante, el citado autor también apunta a que, para lograr agilizar al máximo la adjudicación de los contratos que se realice a través de esta vía, resulta imprescindible que el diseño del procedimiento sea sencillo, de trámites concentrados y breves.

¹² Apartado V de la E.M., y es que, tal como se señala en la citada exposición de motivos, el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, muy utilizado en la práctica, adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, lo que podría generar desigualdades entre los licitadores.

la LCSP, tanto en la Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra (LFCPN), como en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón (LCSPA), y al parecer se han aplicado con bastante éxito¹³.

La LCSP lo regula en el artículo 159, extensísimo y ciertamente engorroso, que trataremos de simplificar de la mejor manera posible, haciendo referencia a su ámbito de aplicación, a la publicidad y a los plazos de presentación de proposiciones y a la tramitación del procedimiento.

2.1.1 Ámbito de aplicación

El procedimiento abierto simplificado solo puede ser utilizado si se cumplen las condiciones previstas en el artículo 159, las cuales tienen que ver con el objeto del contrato, la cuantía y la forma en que han de valorarse los criterios de adjudicación. No obstante, y aunque se cumplan las citadas condiciones, su utilización no es imperativa, de tal modo que en último término dependerá del criterio del órgano de contratación¹⁴.

En cualquier caso, como decimos, para utilizar la vertiente abierta simplificada es preciso, en primer lugar, que se trate de un contrato de obras, servicios y suministros, no estando permitido su uso para las concesiones. Además, es necesario que se cumpla una condición cuantitativa y otra en relación con la valoración de los criterios de adjudicación. Así, por un lado, si se trata de un contrato de obras, el valor debe ser igual o inferior a 2.000.000 de euros y, si es un contrato de servicios o suministro, el valor debe ser igual o inferior a 100.000 € (art. 159.1 a) LCSP). Pero, además, entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego, o bien no hay criterios evaluables mediante juicio de valor, o, si los hay, su ponderación no supera el 25 % del total. Esta regla tiene una excepción, ya que, si el contrato tiene por objeto prestaciones de carácter intelectual (servicios de ingeniería y arquitectura), su ponderación no puede superar el 45 % del total (art. 159.1 b) LCSP).

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

13 La LFCPN prevé, tanto respecto del procedimiento abierto como del restringido, una variante simplificada para los casos en que el contrato no supere el umbral comunitario, en los artículos 65 y 68, respectivamente. No obstante, mayores similitudes tiene la vertiente regulada en la actual LCSP con la que se prevé en la LCSPA. En este sentido, el artículo 10 contiene determinadas previsiones que coinciden con las del artículo 159 LCSP. Así, por ejemplo, en los contratos de obras, el límite superior previsto para utilizar la vertiente simplificada coincide (2.000.000 €), y tampoco se exige garantía provisional para participar en el procedimiento. A su vez, y de conformidad con los datos obtenidos del Registro de Contratos del Sector Público del año 2015 (cuyos datos son del 27 de diciembre de 2016), en relación con los contratos licitados en las comunidades autónomas, llama la atención que de un total de 69.506 contratos se hayan adjudicado por procedimiento abierto 14.245, 18 mediante el procedimiento restringido y, por el procedimiento negociado, diálogo competitivo y mediante adjudicación directa, un total de 55.243 contratos. La misma tendencia se observa en las entidades locales: de un total de 32.678, han seguido el abierto 11.870, 101 el restringido y 20.707 el negociado, diálogo competitivo y adjudicación directa. En cambio, si nos fijamos en los contratos adjudicados en cada Comunidad Autónoma, resulta llamativo que tanto en Aragón como en Navarra esta tendencia varíe, por cuanto se aprecia una mayor utilización del abierto respecto de otro tipo de procedimientos. Así, en Aragón, las cifras prácticamente coinciden, ya que de un total de 1.745 contratos, 884 han seguido el abierto, 3 el restringido y 858 otros procedimientos. A su vez, en Navarra, de un total de 460 contratos, 373 han sido adjudicados mediante el procedimiento abierto y 87 a través de otros procedimientos.

14 Al respecto, el artículo 159 dispone que: «los órganos de contratación *podrán* acordar la utilización de un procedimiento abierto simplificado».

2.1.2 Publicidad y plazo de presentación de las proposiciones

La apertura del procedimiento de adjudicación se llevará a cabo mediante la publicación del anuncio de licitación, el cual, en este caso, solo ha de publicarse en el perfil del contratante del órgano de contratación (art. 159.2). Además, toda la documentación necesaria para la presentación de la oferta debe estar disponible por medios electrónicos desde la citada publicación del anuncio en el perfil del contratante. Esta previsión acaba con la publicidad de los anuncios en los correspondientes boletines, lo que determina no solo el correspondiente ahorro económico, sino también el del plazo que media desde el envío del anuncio a su efectiva publicación.

Respecto del plazo para presentar proposiciones, hay que diferenciar en función del contrato que se licite. Si es un contrato de servicios o suministros, el plazo mínimo es de quince días, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio en el perfil del contratante. Si el contrato es de obras, el plazo no podrá ser inferior a veinte días (art. 159.3). Al respecto, hay que tener en cuenta que, a tenor de lo previsto en la D.A. 12.^a, los plazos establecidos en la ley se entienden referidos a días naturales, salvo que en ella se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles.

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

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

En primer lugar, los licitadores que se presenten a una licitación a través de este procedimiento tienen que estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas en la fecha final de presentación de ofertas. No obstante, la D.T. 3.^a prevé que la inscripción resultará exigible a partir de los seis meses de entrada en vigor de la LCSP. Hasta ese momento, la acreditación de la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones para contratar se realizará de la forma establecida con carácter general. La citada inscripción permitirá, por tanto, simplificar el trámite de acreditación del cumplimiento de los requisitos previos, ya que esta permite acreditar las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera y técnica o profesional, así como la concurrencia o no de las prohibiciones de contratar (arts. 96.1 y 2 LCSP).

En segundo lugar, se prevé como especialidad del abierto simplificado la no exigencia de la garantía provisional por parte de los licitadores. No obstante, esta previsión no es específica del abierto simplificado, como dispone el artículo 159.4 b) LCSP, sino que resulta de aplicación, como regla general, respecto de cualquier procedimiento de adjudicación, tal como dispone el artículo 106 LCSP¹⁵.

15 De esta forma, la regla general es la no exigencia de garantía provisional, salvo cuando el órgano de contratación, por motivos de interés público, lo considere necesario y lo justifique motivadamente en el expediente (art. 106 LCSP).

La presentación de proposiciones debe cumplir, a su vez, con las siguientes reglas. Por un lado, solo se pueden presentar en el registro indicado en el anuncio de licitación¹⁶. Pero, además, la presentación de la oferta exige presentar una declaración responsable respecto al cumplimiento de los requisitos previos previstos en el artículo 159.4 c). En este sentido, el modelo de oferta que figure como anexo al pliego debe recoger la citada declaración responsable. Por otro lado, si la empresa es extranjera, la declaración responsable debe incluir el sometimiento al fuero español y, si fuera una unión temporal de empresas, el compromiso de constitución de esta. No obstante, y una vez concretado el contenido de la LCSP respecto de la declaración responsable, debemos señalar que la exigencia de su presentación no resulta muy acertada, por cuanto, como hemos señalado antes, los licitadores que quieran concurrir a un procedimiento abierto simplificado tienen la obligación de estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, inscripción que ya permite acreditar las condiciones a que se hace referencia en la declaración responsable, lo que determina que la exigencia de esta no sea de utilidad.

Por otro lado, y respecto de los sobres que se deben presentar, se diferencian dos supuestos, ya que, por un lado, se exige un único sobre si no se incluyen criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor. En cambio, se tendrán que presentar dos sobres si los criterios de adjudicación dependen de un juicio de valor.

La citada referencia a que las ofertas se presenten en *sobres* no ha pasado desapercibida y ha sido criticada por algunos, dado que esta previsión no es coherente con la establecida en la D.A. 15.ª, apartado 3, la cual prevé que «la presentación de ofertas y las solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos». De esta forma, hubiera sido preferible que, al igual que en el caso del abierto ordinario, se hubiera hecho referencia no solo a la posibilidad de presentar la oferta mediante sobres, sino también mediante archivos electrónicos. Si solo se puede presentar la oferta a través de sobres, parece que se podría poner en peligro el cumplimiento del plazo de un mes en el que se prevé que se tramite el procedimiento¹⁷.

Respecto de la apertura de las proposiciones, no se prevé ningún plazo específico para proceder a esta, por lo que cabría entender que habría que aplicar el plazo general del procedimiento abierto, el cual lo fija en veinte días, contados desde la fecha de finalización del plazo para presentar las mismas (art. 157.3 LCSP)¹⁸. En cualquier caso, la citada apertura de sobres la realizará la mesa de contratación, de conformidad con las siguientes previsiones. Si únicamente se ha presentado un único sobre, el acto de apertura de este es público y lo realiza, como decimos, la mesa de contratación. En cambio, si se han presentado dos sobres porque la oferta incluye criterios de adjudicación que han de valorarse mediante juicios de valor, este sobre se abre en primer lugar. La valoración la realizan los servicios técnicos del órgano de contratación en un plazo no superior a siete días (art. 159.4 e) LCSP). En este

16 MARABOTTO AGUDO, M.L., "El procedimiento abierto simplificado en el Proyecto de Ley de contratos del sector público", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 151, septiembre-octubre 2017, apunta a que, con la citada previsión, parece eliminarse la posibilidad de que no puedan utilizarse como lugar de presentación de proposiciones las oficinas de correos y, por tanto, no resultaría tampoco de aplicación la espera de diez días para que pueda llegar la oferta, tal como se exige en el artículo 80.4 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas. Esta posibilidad sería coherente con el objetivo de simplificación y reducción de plazos a que aspira el abierto simplificado.

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 de ello, ya se habría excedido el plazo de un mes, que era el que se fijaba para adjudicar el contrato en el caso de que se siguiera el abierto simplificado.

sentido, llama la atención la previsión de que la valoración sea realizada por los citados servicios y no por la mesa de contratación, lo que choca con la configuración de la mesa como órgano encargado tradicionalmente de valorar las ofertas. A continuación se procederá a la apertura del sobre, con la oferta evaluable mediante la mera aplicación de fórmulas, en acto público por la mesa de contratación, la cual además tendrá que dar lectura al resultado de la valoración del primer sobre¹⁹.

Por otro lado, y respecto a la composición de la mesa, el artículo 326.6 LCSP prevé una composición especial, más reducida, para la que vaya a tramitar un procedimiento abierto simplificado. En este caso, deberá estar integrada por el presidente, el secretario, un funcionario que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un funcionario que tenga atribuidas las funciones de control económico-financiero²⁰.

La mesa de contratación, tras el citado acto público de apertura del sobre con la oferta, excluye, en su caso, las que no cumplan los requisitos del pliego, y evalúa y clasifica las válidas, para realizar a continuación la propuesta de adjudicación al candidato que hubiese obtenido una mejor puntuación.

En este momento, la mesa deberá cumplir con dos deberes: comprobar en el Registro de Licitadores que no hay ninguna irregularidad en la inscripción que afecte al cumplimiento de los requisitos previos por parte del adjudicatario provisional y requerir a este, mediante comunicación electrónica, para que en el plazo de 7 días hábiles proceda a constituir la garantía definitiva y la documentación que acredite que dispone de los medios que se ha comprometido a dedicar a la ejecución del contrato (art. 159.4. f) 4.º).

Presentada la garantía definitiva, y, en su caso, previa fiscalización del compromiso de gasto por la Intervención cuando la exija la Ley 47/2003, general presupuestaria, en un máximo de cinco días, se procederá a adjudicar el contrato a favor del licitador propuesto y a continuación se formalizará el contrato. En el caso de que no se presente la garantía definitiva en el plazo previsto, se formulará propuesta de adjudicación a favor del siguiente candidato en puntuación.

Por otro lado, la LCSP prevé también, al final del artículo 159.4.f) 4.º, que «en el caso de que se presuma que la oferta del licitador que haya obtenido la mejor puntuación es anormalmente baja, la mesa, realizadas las actuaciones recogidas en los puntos 1.º y 2.º anteriores, seguirá el procedimiento previsto en el artículo 149», en el que se hace referencia a evaluar y clasificar las ofertas y realizar la propuesta de adjudicación. Al respecto, hay quienes han llamado la atención sobre el innecesario cambio que propone esta previsión, ya que normalmente el trámite previsto para el caso de que se aprecien ofertas desproporcionadas se realiza antes de

19 La citada posibilidad de valoración de las ofertas en dos fases diferenciadas por incluir esta criterios que han de ser valorados conforme a juicios de valor ha sido criticada, entre otros, por BLANCO LÓPEZ, F., "Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado", cit., p. 3, por entender que el abierto simplificado únicamente simplificará en realidad el procedimiento abierto ordinario si se articula la formulación de las valoraciones en una única oferta contenida en un único sobre y la valoración de las ofertas en un acto único y concentrado.

20 No obstante, y en relación con las entidades locales, la D.A. 2.ª, apartado 7º de la LCSP no prevé especialidades respecto de la mesa de contratación en el caso de que el procedimiento a aplicar sea el abierto simplificado, por lo que, en principio, habría que aplicar la composición general prevista en la citada D.A. 2.ª y estaría presidida por un miembro de la corporación o funcionario de esta, y formarían parte de ella, como vocales, el secretario y el interventor (o los órganos que tengan atribuidas las correspondientes funciones de asesoramiento jurídico y control económico-financiero), así como aquellos otros que designe el órgano de contratación de entre funcionarios de carrera o personal laboral al servicio de la corporación, o miembros electos de ella, debiendo respetar para ello los límites previstos en la propia D.A. 2.ª

la valoración y, por supuesto, de la propuesta de adjudicación²¹. Asimismo, resulta llamativo que sea una previsión especial aplicable al abierto simplificado, desde el momento en que el artículo 149.4 no configura el procedimiento a seguir en caso de ofertas desproporcionadas de la forma en que se hace en el ámbito del abierto simplificado, al preverse que deberá realizarse antes de la valoración y, por tanto, de la propuesta de adjudicación.

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

2.2 El procedimiento abierto supersimplificado

2.2.1 Ámbito de aplicación

Además de incluirse el procedimiento abierto simplificado, como decíamos, se prevé también una vertiente abreviada del citado procedimiento simplificado, al que nos referiremos como el procedimiento abierto supersimplificado.

De conformidad con el artículo 159.6 de la LCSP, cabe acudir a esta tramitación exprés del procedimiento simplificado en el caso de que se trate de un contrato de obras, de valor estimado inferior a 80.000 €, o bien de un contrato de suministros o servicios de valor estimado inferior a 35.000 €, a excepción de los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual que no pueden acudir a la aplicación de esta vertiente del simplificado.

Es quizás esta vertiente la que podrá permitir que el contrato correspondiente se adjudique en el plazo máximo de un mes, desde el momento en que, además de simplificarse los trámites procedimentales respecto del procedimiento simplificado, se reducen también los plazos de este. Veamos cuáles son las principales especialidades procedimentales.

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

En primer lugar, se reduce aún más el plazo de presentación de proposiciones, el cual no podrá ser inferior a diez días hábiles, contados desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante. No obstante, si se trata de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado, el plazo se reduce a cinco días hábiles²².

Pero, además, se exige a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, de modo que parece que el legislador desea que se confíe en el mercado, lo cual puede determinar la aparición de posibles problemas con el licitador que resulte adjudicatario en el caso de que este no cumpla con unos estándares mínimos de solvencia que, al no solicitarse, son desconocidos por el órgano de contratación en el momento de adjudicar el contrato. Quizás la exigencia de la citada declaración responsable

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

22 Se echa en falta, en este sentido, una aclaración de lo que debe entenderse por compras corrientes disponibles en el mercado, por cuanto este es un concepto muy genérico en el que prácticamente cabría incluir cualquier tipo de compra habitual que realizase el órgano de contratación.

no suponga un grave perjuicio a la rapidez y flexibilidad que se pretende lograr con esta variante supersimplificada y pueda, a su vez, evitar riesgos innecesarios.

En tercer lugar, y respecto de los criterios de adjudicación, estos deben ser cuantificables únicamente mediante la mera aplicación de fórmulas y no, por tanto, mediante juicios de valor. Como consecuencia de ello, solo se presenta un sobre o archivo electrónico.

Asimismo, y en relación con la valoración de las ofertas, la LCSP prevé que esta se pueda realizar automáticamente mediante un dispositivo informático o con la ayuda de una unidad técnica que colaborará con el órgano de contratación. Igualmente, el dispositivo electrónico deberá garantizar que no se procede a la apertura de las ofertas hasta que haya finalizado su plazo de presentación y, por ello, no se exige que esta tenga lugar en acto público. Por otro lado, se requiere que todas las ofertas y la documentación presentada sean accesibles de forma abierta por medios informáticos y sin restricciones desde el momento en que se notifique la adjudicación del contrato.

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

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en todo lo no previsto en el citado apartado 6 del artículo 159, que es el encargado de regular el procedimiento abierto supersimplificado, se aplicará la regulación general del procedimiento abierto simplificado.

3 Segunda medida: en los procedimientos con negociación hay que negociar

3.1 Precisiones previas respecto de los procedimientos con negociación

La LCSP regula, bajo la denominación «procedimientos con negociación» (arts. 166 a 171), el procedimiento de licitación con negociación y el procedimiento negociado sin publicidad. Lo primero que llama la atención es el cambio de denominación del procedimiento negociado con publicidad. Al respecto, hay quienes han apuntado a que el cambio de denominación no es caprichoso y que con ello se pretenden marcar las diferencias existentes entre el procedimiento de licitación con publicidad y el negociado sin publicidad, acabando con la situación anterior en la que bajo la expresión «procedimiento negociado» se incluían dos procedimientos muy diferentes²³.

Asimismo, se advierte, por un lado, el intento de simplificar y aclarar la sistemática y el régimen jurídico del procedimiento de licitación con negociación y del negociado sin publicidad²⁴. De

23 En este sentido se pronuncia GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", cit., p. 21, la cual recuerda además cómo el procedimiento negociado con anuncio previo conlleva publicidad, concurrencia y un grado significativo de transparencia, por ejemplo en relación con el uso y definición de los criterios de selección y adjudicación.

24 De esta forma, se culmina en parte un debate, en lo que respecta a este tema, que comenzó hace más de veinte años y que, en términos generales, enfrentaba a los partidarios que optaban por defender un incremento en la utilización de los procedimientos negociados, con los que recelaban de esta posibilidad por entender que lo anterior conllevaba consecuencias negativas sobre la transparencia y competencia que debe garantizarse en todo procedimiento de adjudicación. Al respecto, resulta especialmente útil el análisis que realiza GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", cit., pp. 2 y ss. Entre otras cuestiones, la autora recuerda cómo, desde el Libro Verde «La contratación pública en Europa, reflexiones para el futuro», de 1996, se ponía de manifiesto que, en los casos en que se admitía, el procedimiento negociado permitía obtener unos resultados económicos más satisfactorios

esta forma, tras precisar cuál va a ser el ámbito de la negociación en ambos procedimientos (art. 166), se regulan separadamente los supuestos que permiten utilizar uno u otro procedimiento (167 para el procedimiento de licitación con negociación y 168 para el negociado sin publicidad), así como la tramitación procedimental de estos (169 para el procedimiento de licitación con negociación y 170 para el negociado sin publicidad). En este sentido, y aunque no constituya el objeto de nuestro estudio el análisis detallado del ámbito de aplicación de los citados procedimientos, sí dejaremos apuntadas tres ideas fundamentales.

Por un lado, y a diferencia de lo previsto en el TRLCSP, la LCSP recoge un catálogo de seis supuestos (art. 167 LCSP) en los que cabe realizar el procedimiento de licitación con negociación o el diálogo competitivo²⁵, lo que determina que el citado procedimiento tenga carácter especial y solo pueda utilizarse en el caso de que concurran las condiciones que prevé la norma²⁶.

En segundo lugar, los citados supuestos pueden ser agrupados, a su vez, en tres grupos. Así, se recoge un primer grupo de supuestos [art. 167, a), b), c) y d)] que coinciden prácticamente con los recogidos en el artículo 26.4 a) de la Directiva 2014/24/UE, en los que, por un lado, puede estar presente algún tipo de dificultad o de situación que exige un proyecto innovador o que, o bien se precisa incluso algún trabajo previo de diseño o adaptación por parte de los licitadores, o también en los casos en que no sea posible definir las especificaciones técnicas²⁷. Por otro lado, se permite igualmente acudir a la licitación de este procedimiento en los casos en que en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se

que la convocatoria de concurso tradicional. A su vez, este debate también se mantuvo a raíz de la aprobación de las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, ya que, por un lado, es cierto que en la Directiva 2004/18/CE se introdujo un nuevo procedimiento de adjudicación, el diálogo competitivo, pero también lo es que la citada Directiva 2004/18/CE fue criticada por la falta de flexibilidad y prohibición a la negociación que también incluía. *Vid.*, al respecto, entre otros, 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, la Comisión continuó, a lo largo de los años posteriores, abogando por introducir medidas legislativas para simplificar y modernizar el régimen de la contratación pública, y, específicamente, los procedimientos de adjudicación (en este sentido, la Comunicación «Hacia un Mercado Único – hacia una economía social de mercado latamente competitiva», del año 2010 y, muy especialmente, el Libro Verde «La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de contratación pública más eficiente», de 2011, el cual introduce la idea de más negociación y, entre otras cuestiones, propone la generalización del procedimiento negociado con publicación previa. No obstante, las propias instituciones europeas tampoco se ponían de acuerdo, y así había quienes defendían la introducción de un procedimiento negociado similar al previsto en la Directiva 2004/17 y de eliminar obstáculos para la utilización del diálogo competitivo, como hicieron el Consejo Económico y Social y el Comité de las Regiones, en sendos dictámenes de 2011, y, en cambio, otros se oponían a estas opciones, como fue el caso del Tribunal de Cuentas Europeo, también en un dictamen de 2011. No obstante, finalmente la propuesta de Directiva sobre contratación pública del año 2011 (COM (2011) 896 final) abogó por unos procedimientos más racionales y eficientes en la creencia de que ello beneficiaría a todos los operadores económicos y facilitaría la participación de las pymes y de los licitadores transfronterizos.

- 25 Efectivamente, a tenor de las disposiciones del artículo 131.2 LCSP, el legislador ha optado por establecer un catálogo común de seis supuestos en los que cabe acudir indistintamente al procedimiento de licitación con negociación o al diálogo competitivo.
- 26 Informe 57/03, de 30 de marzo de 2004, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado, y STS de 4 de octubre de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª
- 27 Respecto de estos supuestos, y tal como señalábamos anteriormente, resultan útiles las aclaraciones que se contienen en los considerandos de la Directiva 2014/24/UE, fundamentalmente el 43, que, recordemos, apuntaba a que se trata de casos en los que no se pueden definir los medios precisos para satisfacer sus necesidades o para evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado; o que se trata de proyectos que tienen una dimensión considerable, como ocurre con los grandes proyectos de infraestructura integrados, o bien en las redes o en proyectos informáticos de gran tamaño. Asimismo, en los casos de servicios o suministros que exijan un esfuerzo considerable de adaptación o diseño, como ocurre en los casos de adquisiciones complejas que tengan que ver con productos sofisticados, servicios intelectuales o grandes proyectos relacionados con las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC). En este 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, ha afirmado que debería utilizarse el procedimiento de licitación en los supuestos en que el órgano de contratación considere que las características del objeto contractual y su ejecución tengan respuestas diferentes y modalidades de ejecución también distintas, o bien que la complejidad del objeto no presente una formulación de ejecución sencilla, sino que se considere más aconsejable que sean los licitadores los que vayan modulando las posibilidades conforme a las indicaciones del órgano de contratación.

hubieran presentado ofertas irregulares o inaceptables (art. 167.e)²⁸. Este supuesto también está previsto en el artículo 26.4 b) de la citada directiva; y, por último, se prevé además la posibilidad de utilizarlo cuando se trate de contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio (art. 167.f)²⁹.

En tercer lugar, el artículo 168 se ocupa de concretar, como decimos, los supuestos en que cabe licitar un procedimiento negociado sin publicidad. No obstante, en este momento únicamente apuntaremos que el citado procedimiento no tiene carácter especial (como ocurre en el caso de la licitación con negociación), sino excepcional, y, sin perjuicio de lo anterior, nos remitimos en este momento a lo que se señalará en el siguiente apartado, cuando nos refiramos a la eliminación de la posibilidad de utilizar el negociado sin publicidad por razón de la cuantía, la cual hemos caracterizado como la tercera medida que ha incluido el legislador respecto de los procedimientos de adjudicación con la finalidad de fomentar una mayor transparencia e integridad en estos.

Como consecuencia de lo señalado, se subraya, como decíamos, la idea de que nos encontramos ante procedimientos distintos, no solo desde un punto de vista formal, sino también sustantivo³⁰. Pero no solo eso, porque además en la propia denominación genérica que se utiliza para englobar a ambos procedimientos –procedimientos con negociación– se incluye la referencia a que en ambos casos nos encontramos ante procedimientos en los que hay que negociar.

En este sentido, dispone el artículo 166 que en los citados procedimientos negociados «la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos». Es cierto que esta caracterización es continuista respecto de la que realizaba el TRLCSP, en el derogado 169, que regulaba el procedimiento negociado en su doble vertiente de con publicidad o sin ella³¹. Ahora bien, también es cierto que lo que sí ha hecho el legislador es atribuir el carácter de

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

29 De esta forma, entendemos que se ha llevado a cabo una depuración necesaria respecto de las previsiones del TRLCSP que resultaban aplicables a los supuestos que permitían acudir a la licitación del procedimiento negociado con publicidad. Esta resultaba ser muy engorrosa por contener toda una serie de previsiones relacionadas con las cuantías de los contratos que daban lugar a un juego irracional de remisiones y excepciones. Constituye ejemplo de lo anterior el complejo artículo 177 del TRLCSP, que comenzaba señalando los supuestos en los que había que publicar un anuncio de licitación al licitar el negociado, para a continuación señalar que, si el contrato no estaba sometido a regulación armonizada, también debían ser objeto de publicación previa si se superaban determinadas cuantías.

30 El TRLCSP, en cambio, regulaba en los extensos artículos 170-175 los supuestos en los que cabía acudir a la licitación de un procedimiento negociado, precisando el artículo 177 cuándo era necesario publicar un anuncio de licitación y cuándo se podía prescindir de él. De esta forma, cabía entender que el procedimiento era único y que solo había alguna especialidad procedimental respecto al régimen de la publicidad previa del procedimiento. Por otro lado, quizás hubiera sido aconsejable que la exposición de motivos de la ley incluyera alguna explicación a lo anterior. No obstante, y de un modo un tanto parco, se recoge una única referencia que consiste en señalar que se suprime la posibilidad del uso del procedimiento negociado con o sin publicidad por razón de la cuantía y que se suprime la aplicación de este procedimiento respecto de las obras y servicios complementarios (exposición de motivos, apartado IV).

31 Disponía que «en el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. 2. El procedimiento negociado será objeto de publicidad previa en los casos previstos en el artículo 177, en los que será posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado. En los restantes supuestos, no será necesario dar publicidad al procedimiento, asegurándose la concurrencia mediante el cumplimiento de lo previsto en el artículo 178.1».

procedimiento a licitar con carácter ordinario solamente al procedimiento de licitación con negociación³². En cualquier caso, como decimos, ambos procedimientos pivotan sobre la idea de la necesaria negociación que debe tener lugar con los licitadores. Analicemos cómo queda caracterizada esta.

3.2 La negociación como fase procedimental imprescindible

Ambos procedimientos, tanto el de licitación con negociación como el negociado sin publicidad, se articulan en torno a tres fases fundamentales: la selección de candidatos, la negociación y la adjudicación. Con carácter general, la tramitación del procedimiento de licitación con negociación se prevé en el 169; no obstante, estas previsiones también resultan de aplicación al negociado sin publicidad, con la especialidad prevista en el 170, respecto a la no exigencia de publicidad previa.

En este sentido, y sin ánimo de detenernos en la fase de selección de candidatos, la cual se registrá además por las normas aplicables al procedimiento restringido³³, únicamente apuntaremos aquí que el órgano de contratación debe seleccionar a los candidatos a tomar parte en las negociaciones que se vayan a realizar, de conformidad con los criterios objetivos de solvencia correspondientes que se hubieran fijado en el anuncio de licitación, debiendo además invitar a un mínimo de tres candidatos. Una vez seleccionados los candidatos, estos deben ser invitados a formular su oferta inicial³⁴.

La citada oferta inicial supone el punto de partida de la siguiente fase del procedimiento: la negociación, pero nada se dice sobre si esta debería ser valorada por el órgano de contratación y, en este sentido, coincidimos con quienes se han mostrado partidarios de llevar a cabo algún tipo de valoración de las citadas ofertas iniciales, aunque sea de manera genérica, con la finalidad de que el órgano de contratación pueda comenzar a delimitar el ámbito de la negociación³⁵.

La negociación que constituye la pieza fundamental de este procedimiento tendrá por objeto todos los extremos que se hubieran indicado en el pliego y, concretamente, los aspectos económicos y técnicos que se vayan a negociar con los licitadores. De esta forma, afectará a todas las ofertas iniciales que hubieran presentado los licitadores y a todas las ofertas posteriores que vayan presentando estos (salvo la oferta final), con el fin de que puedan ir mejorando su contenido y adaptándolas a los requisitos indicados en el pliego y en el anuncio (art. 169.5

32 La LCSP prevé en el artículo 166.3 que, salvo en los casos excepcionales del 168, los órganos de contratación deberán publicar un anuncio de licitación (art. 166.3 LCSP).

33 Tal como dispone el artículo 169.2 LCSP.

34 Las invitaciones deberán contener toda la información a que se hace referencia en el artículo 163. A su vez, es preciso que se respeten los plazos generales de envío de ofertas a que se hace referencia en el artículo 164.1 y 2, es decir, 30 días si el contrato es SARA y 10 días si es no SARA, ambos contados a partir de la fecha del envío de la invitación.

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

LCSP). En este sentido, la negociación debe afectar, por tanto, a aspectos cualitativos de la ejecución contractual, y de esta manera parece que no podría afectar únicamente al precio³⁶.

Y es la pieza clave del procedimiento, porque «constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado»³⁷, y la ausencia de esta determinará la nulidad de pleno derecho del procedimiento, ex artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), como ha sido reconocido unánimemente por los tribunales de recursos contractuales³⁸.

Además, la negociación debe ser auténtica y no consistir en una mera comparación de ofertas³⁹. A mayor abundamiento, la LCSP ni siquiera contempla la adjudicación sin previa negociación, a diferencia de la directiva, la cual la recoge en el artículo 29.4.

No obstante, esta no va a poder afectar a los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato ni a los criterios de adjudicación, tal como se hubieran fijado en el pliego (art. 169.5 LCSP). Tampoco puede negociarse la oferta final que formulen los licitadores correspondientes.

Por otro lado, y aunque es obligatorio en el procedimiento de licitación con negociación constituir una mesa de contratación (art. 326 LCSP)⁴⁰, la negociación de las ofertas no corresponde a la mesa, sino al órgano de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos de ellos dependientes (art. 169.5 LCSP). De esta forma, parece que sería aconsejable contar con una unidad de asistencia, distinta del órgano de contratación y de la mesa de contratación, cuyos miembros tengan la experiencia y solvencia técnica necesarias⁴¹.

36 *Vid.*, en este sentido, Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y también BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal”, cit., p. 9.

37 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010 (C-337/1998) y STJUE de 9 de junio de 2011 (C-401/09 P).

38 Sirva de ejemplo, entre otras, la Resolución 50/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, o el Acuerdo 10/2013, del Tribunal de Contratos Públicos de Navarra. También, en el mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, en su Acuerdo de 21 de julio de 2010, o la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, en el Informe 3/2007.

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

40 En este sentido, y de conformidad con las previsiones del artículo 22.3 del Real decreto relativo a las funciones de las mesas de contratación, en el procedimiento negociado, la mesa, en los casos en que intervenga, tiene que calificar la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y, una vez concluida la fase de negociación, tiene que valorar las ofertas de los licitadores y proponer al órgano de contratación la adjudicación correspondiente. Por otro lado, hay quienes critican la necesidad de constituir la mesa de contratación en este tipo de procedimientos por ser un órgano que complica el procedimiento y que se superpone a los órganos técnicos constituidos por profesionales que, al conocer la prestación objeto de la contratación, son los auténticos responsables de la valoración de las ofertas. *Vid.*, en este sentido, BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal”, cit., p. 8. Hay que tener en cuenta que, precisamente, con fecha de 28 de septiembre de 2017 se ha publicado en el BOE n. 234 la Orden EIC/910/2017, de 21 de septiembre, por la que se crean y regulan la Junta de Contratación y la Mesa Única de Contratación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

41 En este sentido, la Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la utilización del procedimiento negociado, p. 25, apunta que es aconsejable que esta la lleve a cabo una unidad de asistencia, unipersonal o colegiada, distinta del órgano de contratación, y que las personas encargadas de tramitar la negociación tengan la experiencia técnica, el conocimiento del mercado y las destrezas necesarias para negociar un buen acuerdo con los proveedores o contratistas. Precisa, además, el citado informe que no se requiere que la apertura de la oferta inicial se realice en acto público.

A su vez, la negociación, que admite múltiples configuraciones, pero que deberá estar perfilada en el PCAP, podrá articularse en fases sucesivas, con la finalidad de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar, conforme a la aplicación de los criterios de adjudicación que se hubieran recogido en el anuncio de licitación o en el pliego. No obstante, si se va a hacer uso de esta posibilidad, es preciso que se prevea en los citados documentos. Asimismo, es necesario que el número de soluciones que lleguen hasta la fase final sea lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva.

En este sentido, tal como han apuntado algunos, se considera una exigencia del principio de transparencia, y una buena práctica a seguir, que el pliego de cláusulas administrativas particulares detalle la forma en que se va a realizar la negociación: número de rondas previstas, si la negociación se realizará presencialmente, por escrito o por vía telemática, etc. Además, es necesario dejar constancia documental del proceso de negociación en el expediente administrativo, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos, que registren los términos en que se desarrolla la negociación⁴².

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

Así, en primer lugar, las mesas de contratación y los órganos de contratación no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto e informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido excluidas de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación, y les darán plazo suficiente para que presenten una nueva oferta revisada (art. 169.7).

Pero, además, en el curso del procedimiento las mesas de contratación y los órganos de contratación cumplirán con su obligación de confidencialidad en los términos establecidos en esta ley, por lo que no revelarán a los demás participantes los datos designados como confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador sin el consentimiento previo de este. Dicho consentimiento no podrá tener carácter general, sino que deberá especificar a qué información se refiere. No obstante, los licitadores que hayan presentado una oferta admisible pueden solicitar información acerca del desarrollo de las negociaciones y, en este caso, la mesa de contratación o, en su defecto, los servicios dependientes del órgano de contratación comunicarán lo antes posible, y en todo caso dentro de los quince días siguientes al de recepción de la solicitud por escrito de aquel, el desarrollo de dichas negociaciones (art. 171.1 LCSP)⁴³.

42 Recomendación 1/2016, de 20 de abril, p. 25. Debe recordarse también la obligación que deriva del artículo 22.1 de la Directiva 2014/24/UE, de que a más tardar el 18 de abril de 2018 los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información se lleven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, y, en particular, la presentación electrónica de ofertas y solicitudes. Asimismo, recuerda la citada recomendación cómo la (antigua) Comisión Nacional de la Competencia, en la «Guía sobre contratación pública y competencia» de 2010, sugiere que para la realización de la negociación, las administraciones públicas elaboren “protocolos de funcionamiento que identifiquen los criterios utilizados para la selección de los candidatos” y en los que se desarrolle “tanto el procedimiento de negociación como los aspectos sobre los que esta versará y el momento exacto en que se llevará a cabo”.

43 En este sentido, el Acuerdo 33/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, entendió que el hecho de que se revelen todas las ofertas y quiénes son los licitadores vicia el procedimiento, porque, «si bien las ofertas pueden ser utilizadas por el órgano de contratación, no pueden ser públicas frente al resto de licitadores, por el carácter reservado que debe ser mantenido durante toda la fase de negociación como garantía de que todos los licitadores que participen en la negociación reciban igual trato y ninguno de ellos se encuentre en posición ventajosa respecto del resto».

Cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todos los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas. Finalmente, la mesa de contratación verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos y que cumplen todos los requisitos establecidos en el pliego, las valorará con arreglo a los criterios de adjudicación, elevará la correspondiente propuesta y el órgano de contratación procederá a adjudicar el contrato (art. 169.8 LCSP).

Por otro lado, y respecto al negociado sin publicidad, se subraya la importancia que da la LCSP a la necesaria existencia de la negociación entre las partes, por cuanto el artículo 170.2 (que regula las especialidades procedimentales de este procedimiento) remite el contenido de la negociación a las previsiones que a tal efecto dispone el artículo 169.5 en relación con el procedimiento de licitación con negociación. Por tanto, todo lo señalado anteriormente debe trasladarse también para el caso de que se trate de un negociado sin publicidad. Y, por si ello no bastara, el apartado segundo del citado 170 dispone que, incluso cuando solo exista un candidato, deberá existir también negociación respecto de la oferta que hubiera presentado.

4 Tercera medida: se elimina el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía

En tercer y último lugar, el legislador ha optado también por eliminar la posibilidad de utilizar el negociado sin publicidad por razón de la cuantía y, por tanto, no hay rastro de esta posibilidad en el artículo 168, que es el que se ocupa de recoger los supuestos excepcionales que permiten acudir al negociado sin la publicación previa de un anuncio de licitación. De esta forma, el legislador ha optado por realizar una transposición prácticamente idéntica de los supuestos previstos en el artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE y que son los que permiten licitar un procedimiento de este tipo. En este sentido, los supuestos en los que cabe acudir al procedimiento negociado sin publicidad aparecen agrupados en cinco categorías, las cuales hacen referencia al tipo de contrato que se esté licitando y especifican los supuestos en que, respecto de estos, cabe utilizar el procedimiento que nos ocupa⁴⁴.

En primer lugar, cabe utilizarlo en los contratos de obras, servicios, suministros, concesión de obras y concesión de servicios, en los tres siguientes supuestos. Por un lado, ante la ausencia de ofertas o de solicitudes de participación, o de ofertas o de solicitudes de participación adecuadas en el ámbito de un procedimiento abierto o restringido previo⁴⁵. Asimismo, cuando las prestaciones solo puedan ser proporcionadas por un operador concreto (art. 168 a)

44 Ha analizado detenidamente todos estos supuestos GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, cit., pp. 34 y ss.

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

2.º)⁴⁶. Y, por otro lado, cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado o deba ir acompañado de medidas de seguridad especiales.

En segundo lugar, cabe utilizarlo en los contratos de obras, servicios o suministros, en los dos siguientes casos. En primer lugar, cuando sea estrictamente necesario por razones de imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles que demanden una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia prevista en el artículo 119⁴⁷. Y aparentemente también en el caso previsto en el artículo 167 e) cuando en un procedimiento abierto o restringido solo se presenten ofertas irregulares o inaceptables⁴⁸.

En tercer lugar, en los contratos de suministros, es posible utilizarlo, por un lado, cuando se trate de productos que se fabrican exclusivamente para fines de investigación y desarrollo⁴⁹; también en el caso de que se trate de contratos cuyo objeto sean suministros adicionales efectuados por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, en los casos en que el cambio de proveedor obligaría al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas; asimismo, cuando se vayan a adquirir suministros cotizados y, por último, cuando se trate de la adquisición de suministros en condiciones especialmente ventajosas, bien de un proveedor que cesa definitivamente su actividad, bien de un administrador en caso de procedimientos de insolvencia.

En cuarto lugar, en los contratos de servicios cuando este sea la consecuencia de un concurso de proyectos⁵⁰, o también cuando se vayan a adquirir servicios en condiciones especialmente ventajosas, bien de un proveedor que cesa definitivamente su actividad, bien de un administrador en caso de procedimientos de insolvencia.

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

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

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

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

50 Si hubiera varios ganadores del concurso, se debería invitar a todos ellos a participar en las negociaciones. Son concursos de proyectos los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado (art. 183.1). Las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos se recogen en los artículos 183-187.

En quinto y último lugar, en los contratos de obras o servicios adicionales siempre y cuando se cumplan las condiciones que prevé el artículo 168 e) LCSP⁵¹.

De esta forma, como decimos, y con el objetivo de fomentar una mayor transparencia en la contratación pública, queda eliminada claramente la posibilidad de recurrir a este procedimiento por razón de la cuantía, lo cual, como han apuntado algunos⁵², resulta coherente a raíz de la presión europea que sobre nuestro país se ha realizado para eliminar el citado procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía. A modo de ejemplo, puede citarse la Decisión del Consejo de Europa de 2 de agosto de 2016, por la que se formulaba una advertencia a España para que adoptara medidas dirigidas a la reducción del déficit y en el que se ponía de manifiesto el nivel relativamente elevado en la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en comparación con otros Estados miembros. También se subraya esta circunstancia en el Informe anual de la Comisión Europea sobre desequilibrios macroeconómicos, publicado en febrero de 2017⁵³.

Y es que parece que se estaba utilizando este procedimiento con carácter ordinario, cuando representa una importante restricción de la concurrencia, lo que aconsejaba utilizarlo de modo limitado⁵⁴. De esta forma, quizás el problema no radicaba en la posibilidad de recurrir a su aplicación, sino más bien en cómo se estaba utilizando, por cuanto parece, como decimos, que a pesar de estar configurado como un procedimiento de carácter excepcional su utilización era muy común. A mayor abundamiento, ni siquiera se utilizaba correctamente, ya que también se estaría prescindiendo de las negociaciones necesarias, de tal forma que prácticamente se estaban llevando adjudicaciones directas. Todo lo anterior determinaba que se estuviera poniendo en peligro la necesaria observancia de los principios de igualdad de trato y transparencia⁵⁵.

En cualquier caso, también es cierto que el Gobierno ya había puesto también de manifiesto su intención de eliminar este procedimiento, incluso antes de las citadas advertencias, pues en el informe sobre el anteproyecto de la LCSP ya se señalaba que se eliminaba el citado procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía⁵⁶. También se afirmaba en el citado informe que para no perder las ventajas de agilidad que tenía el citado procedimiento se creaba uno nuevo, el abierto simplificado, cuya duración, como hemos visto, se

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

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, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

55 De forma muy elocuente, CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., "El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?", cit., p. 7, «este, a mi juicio, es el gran problema de fondo: que hemos convertido un procedimiento de adjudicación que, en principio, podría haber sido de gran utilidad, por su carácter ágil y flexible para adjudicar determinados contratos de escasa cuantía, en una herramienta útil para adjudicar contratos "a dedo". En otras palabras, hemos confundido el procedimiento negociado sin publicidad con la adjudicación directa, cuando lo que se pretendió, al menos teóricamente, con su introducción en la Ley de contratos de 1995 era algo totalmente diferente».

56 El informe citado fue aprobado en la sesión del Consejo de Ministros celebrada el 17 de abril de 2015.

prevé breve y sí proporciona la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato.

Este objetivo de reconducir al procedimiento abierto simplificado los supuestos que, por razón de la cuantía, se licitaban a través del negociado sin publicidad también se recoge, como señalábamos anteriormente, en la propia exposición de motivos de la LCSP. Ahora bien, otra cosa es que el procedimiento abierto simplificado logre cumplir con las expectativas que tiene el legislador; no obstante, lejos de poder dar solución a este interrogante en este momento, habrá que esperar a que sea la práctica la que determine si realmente el procedimiento abierto simplificado logra cumplir este objetivo.

Por todo lo señalado y con la finalidad de concluir esta contribución, podemos afirmar que es cierto que el legislador ha incluido una serie de medidas respecto de los procedimientos de adjudicación de contratos que pretenden fomentar una mayor transparencia e integridad en la contratación pública, para lograr cumplir, en definitiva, con el principio de igualdad de trato. Pero también es cierto que parece que en otras ocasiones o se ha quedado a medias o ha optado por mantener otras opciones que dudosamente contribuyen a la consecución de los objetivos señalados, como ocurre en el caso de los contratos menores o con el mantenimiento de las instrucciones internas para las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores. Es por ello por lo que, quizás, la valoración general que al respecto puede darse no sea plenamente satisfactoria y quede la sensación de que se podría haber hecho más a favor de la transparencia e integridad en la 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 en la web del *Observatorio de Contratación Pública*, con fecha de 4 de enero de 2016.
- CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., "El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 9, 2017.
- 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, septiembre-octubre 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., y Valcárcel Fernández, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

Regap



ESTUDIOS