



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

**PROBLEMÁTICA JURÍDICA DERIVADA DE
LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DEL
SECTOR PÚBLICO**

Autora

Verónica Méndez Monzón

Director

Víctor Escartín Escudé

Facultad de Derecho

2017

Repositorio de la Universidad de Zaragoza – Zagan <http://zagan.unizar.es>

*“Somos lo que hacemos de forma
repetida. La excelencia, entonces,
no es un acto, sino un hábito”*

RESUMEN.

El presente Trabajo de Final de Grado consiste en un análisis de los diferentes procedimientos de adjudicación que prevé el todavía vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y de aquellas novedades previstas en este sentido en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en materia de licitación. También se pretende realizar una crítica de los mismos, analizando brevemente la problemática que el sistema de la contratación pública presenta en nuestra sociedad actualmente.

ABSTRACT

The present paper is about an analyse of the different public procurements which are regulated in the actual Public Sector Contracts Law, and an analyse of the new legislative developments foreseen in this respect on the Public Contracts Law Bill. This paper is also a critique of them and a brief analysis of the problems that the system of public procurement presents in our society today.

PALABRAS CLAVE

Adjudicación - Contratación Pública - Contratación pública electrónica - Criterios de adjudicación - Dialogo Competitivo - Directiva 24/2014/UE - Directivas de cuarta generación - P-LCSP - Procedimiento abierto - Procedimiento cerrado - TRLCSP

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.

AP.	Administración Pública
AAPP.	Administraciones Públicas
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOE.	Boletín Oficial del Estado
CE.	Constitución Española
CC.	Código Civil
CCAA.	Comunidades Autónomas
CNMC.	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
Contratos SARA.	Contratos sujetos a regulación armonizada
Directiva 18/2004.	Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios
Directiva 23/2014.	Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión
Directiva 24/2014.	Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
Directiva 25/2014.	Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE

DOUE.	Diario Oficial de la Unión Europea
Ley 3/2011.	Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón
LOPJ.	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LCSP.	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
Nº.	Número
Op.cit.	<i>Opere citato</i> u <i>Opus citatum</i>
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas
P-LCSP.	Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
p.	Página
pp.	Páginas
ROLECSP.	Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado. Dirección General del Patrimonio del Estado
Ss.	Siguientes
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TFUE.	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE.	Tribunal de Justicia Central europeo

TJUE.	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCSP.	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
UE.	Unión Europea.
Vol.	Volumen

INDICE.

LISTADO DE ABREVIATURAS.

RESUMEN.

I. INTRODUCCIÓN.

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO.
2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA.
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.
2. REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. ACTUALES CAMBIOS LEGISLATIVOS.
 - 2.1 Relación del Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional.
 - 2.2 Relación del Derecho de la Unión Europea y la Comunidad Autónoma de Aragón.
3. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

III. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS EN EL SECTOR PÚBLICO. VISTA A LAS MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL P-LCSP.

1. FASE DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DEL SECTOR PÚBLICO.
 - 1.1 Criterios de adjudicación.
 - 1.2 Procedimientos de adjudicación en el Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público.
 - A) Procedimiento Abierto.
 - B) Procedimiento Cerrado.
 - C) Procedimiento Negociado.
 - D) Dialogo competitivo.
 - E) Acuerdo Marco.
 - F) Sistema dinámico de adquisición.
2. NOVEDADES QUE INTRODUCE EL DERECHO EUROPEO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN.
 - 2.1. Procedimiento de Asociación para la Innovación.
 - 2.2. La contratación pública electrónica.

IV. ANALISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS OBSERVADOS EN LA FASE DE ADJUDICACIÓN Y CONCLUSIONES FINALES.

V. BIBLIOGRAFIA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES.

1. BIBLIGRAFÍA.
2. JURISPRUDENCIA.
3. INFORMES Y DICTAMENES.

I. INTRODUCCIÓN.

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO.

El objeto de este trabajo se centra en los problemas jurídicos y prácticos que se derivan del actual modelo de contratación pública, centrándose especialmente en los problemas que se desprenden de la fase de adjudicación, una de las cuatro fases típicas de la contratación pública en España que regula el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)

La contratación pública española está a la espera de experimentar un gran cambio legislativo, pues se encuentra a la espera de aprobación definitiva una nueva regulación, que a día de realización de este trabajo todavía se encuentra en fase de Proyecto de Ley. Y precisamente por ello, esta la ocasión perfecta para analizar y comparar las diversas legislaciones que en esta materia coexisten en estos momentos, pudiendo ser analizadas las novedades provenientes del Derecho emanado de la UE (en gran medida, derivadas de la positivización de la jurisprudencia del TJUE) y que van a ser introducidas en nuestro ordenamiento jurídico, poniéndolas en relación con la problemática jurídica que se viene observando en la práctica administrativa, y todo ello centrando el foco de atención en la fase de adjudicación.

Este Proyecto de Ley de contratación pública (P-LCSP) tiene como objeto la transposición al ordenamiento interno de las llamadas “Directivas de cuarta generación”¹ publicadas el 28 de Febrero de 2014 que tienen como finalidad última adaptar la contratación pública a las nuevas necesidades sociales y a solventar los problemas que se desprenden de la práctica administrativa evidenciados en los Estados miembros.

Volviendo al ordenamiento interno español, máxima atención debe prestarse en este sentido a la fase de adjudicación, pues puede considerarse el nudo gordiano de la contratación pública, ya que es en dicha fase cuando se adjudica el contrato a un licitador concreto y se despliegan todos los derechos y obligaciones, tanto para el órgano contratante como para el contratista seleccionado en base a los criterios de adjudicación prefijados en los pliegos de cláusulas administrativas.

¹Configuradas por: la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, junto a la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y a la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

La fase de adjudicación regulada en el P-LCSP presenta interesantes novedades, de entre las cuales, se va a profundizar en la creación del procedimiento de asociación para la innovación y la iniciativa de implementación de la contratación pública electrónica, que aunque su regulación se antoja superficial y escasa, se entiende como el futuro de la contratación pública tradicional y de la estructura administrativa arcaica que caracteriza nuestra sociedad.

Por todo ello, y en vista a la importancia que la fase de adjudicación adquiere en la contratación pública, este trabajo se centra en plasmar una visión crítica acerca de todos aquellos procedimientos de adjudicación y de todas aquellas novedades que se prevé va a presentar el modelo de contratación pública en nuestro ordenamiento jurídico, inspirado por el Derecho europeo

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA TRATADO

Si bien es cierto que las cuatro fases típicas en torno a las que gira el sistema de contratación pública en nuestro país son realmente interesantes e importantes, la fase de adjudicación es el epicentro de la contratación pública y precisamente, por dicha razón, es la fase donde se aprecian los mayores problemas prácticos, en gran medida debido a los problemas de base regulatoria o normativa y las escasas respuestas jurídicas que ofrece nuestro ordenamiento a aquellas prácticas abusivas y contrarias a los principios que deberían inspirar este sistema. A ello se le añade los grandes e interesantes cambios normativos que esta materia está por adoptar, pues a día de realización de este trabajo se deben conjugar tres regulaciones. Por un lado se debe tener en cuenta la regulación todavía vigente recogida en el TRLCSP, por otro lado debemos tener en consideración las Directivas provenientes del Derecho europeo, especialmente la Directiva relativa a contratación pública, y su aplicación por efecto directo en nuestro ordenamiento, y por otro lado hay que tener a la vista el P-LCSP, que aunque no vigente todavía, es motivo de análisis ya que en un plazo, que se espera sea corto, será aprobado definitivamente y pasara a integrar nuestro ordenamiento jurídico.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA PARA EL DESARROLLO DEL TRABAJO.

Como ya se ha indicado, el propósito de este trabajo está centrado en el análisis de todo lo referente a la fase de adjudicación de la contratación pública, conjugando las tres regulaciones antes referidas, englobando tanto una visión general del modelo de contratación pública actual como de la fase de adjudicación del contrato público desde la triple perspectiva regulatoria que caracteriza hoy en día esta materia.

Para llevarlo a cabo, en primer lugar realicé una revisión de toda la legislación relevante a este respecto, que como ya se ha indicado, son fundamentalmente tres las regulaciones que deben ser estudiadas, sin ello desmerecer la legislación autonómica la cual fue también analizada con ocasión del efecto directo de las Directivas europeas. Posteriormente analice las resoluciones de tribunales administrativos de contratación relativos a aquellos conflictos prácticos que se derivan de los diferentes procedimientos de la fase de adjudicación, debido a las interpretaciones que pueden realizarse de la base normativa de dicho proceso, para poder entender los problemas prácticos que se aprecian en la realidad social en la que vivimos. Continué con la búsqueda de jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como del Tribunal Supremo (TS) y Tribunal Constitucional (TC), para así poder conocer con más profundidad la interpretación y respuesta que se da desde el ámbito supranacional y la realizada a nivel nacional por los Tribunales superiores a todos aquellos abusos que se dan en la práctica de la adjudicación de contratos públicos. Y por último, finalicé realizando una exhaustiva revisión bibliográfica, buscando tanto en revistas como en monografías de expertos de la materia todo lo referente al tema objeto de estudio.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Debemos reflexionar, aunque sea brevemente, acerca del origen y evolución histórica de la contratación administrativa, pues es importante conocer el devenir histórico del contrato administrativo para comprender todas aquellas soluciones normativas que los legisladores han tomado en cada momento de su historia, máxime en el tiempo en el que nos encontramos de grandes cambios en la legislación de contratación pública.

Desde siempre la Administración ha requerido de acuerdos, pactos, convenios o contratos con el sector privado para el logro y consecución de los fines de interés público que a la misma se le han ido encomendado históricamente, algo que se reputaría imposible si pretendiera ejecutarlo mediante actos de autoridad o bien, mediante la gestión de medios propios y fue de esa necesidad cuando surgieron los primeros contratos públicos con relevancia y que tuvieron por objeto la adquisición de suministros militares y posteriormente la construcción de obras públicas.²

De acuerdo con ello, se viene considerando que el origen del contrato administrativo se encuentra en 1845 y 1846 cuando se produjo la atribución del conocimiento de esta materia a la jurisdicción contencioso-administrativa³, aunque si bien es cierto, en estos momentos la figura del contrato administrativo tenía naturaleza civil y la ruptura de la figura del contrato civil y su evolución al contrato administrativo fue tremendamente costosa, en gran medida por el poco peso que tenía la rama del Derecho administrativo en su nacimiento con respecto al peso con el que contaba el Derecho civil. Con el paso del tiempo la clásica figura del contrato civil fue cambiando y adaptándose a las necesidades de la Administración pública y de su tráfico jurídico administrativo, y se pretendía garantizar el control financiero y la libre concurrencia de los contratistas⁴. Llegando con cada paso a la figura de contrato público que hoy en día conocemos.

² GARCIA DE ENTERRÍA.E, “La figura del contrato administrativo”, Revista de Administración Pública, 1963, n. 41,

³ Ley de 2 de abril de 1845, sobre los Consejos Provinciales, su artículo 8 y su reglamento de 11 de octubre de 1845; el Reglamento del Consejo Real de 30 de diciembre de 1846 en su artículo 1

⁴ Las iniciales reglas de Derecho administrativo se contenían en las sucesivas Leyes de Contabilidad y Hacienda Pública y en la legislación específica de contratos públicos del Real Decreto de 27 de Febrero, referido a la preparación y adjudicación de los contratos

2. REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. Relación entre el Derecho de la UE y el Derecho nacional

A pesar de que la legislación actual en materia de contratación pública se va a ver desplazada por él una nueva regulación, todavía en fase de Proyecto –P-LCPS-, a día de hoy la legislación interna vigente y esencial en materia de contratos del sector público es el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, legislación que se encuentra pendiente de modificación con el objeto de incorporar al ordenamiento español las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que han sustituido a las aprobadas en 2004⁵, la Directiva 2014/23/UE de la misma fecha que queda referida a los contratos de concesión, además de a la Directiva 2007/66/CE de 11 de Diciembre de 2007 que modifica las Directivas del Consejo 89/665/CEE y 92/13/CEE y que establece reglas sobre procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos público.

Estas nuevas Directivas, llamadas Directivas de cuarta generación, se encuadran en la política de Europa 2020 y su objetivo principal es lograr una mayor simplificación, flexibilidad y seguridad jurídica en la contratación pública, que garantice un uso eficiente de los recursos públicos, una mayor participación de las PYMES y otorgar mayor importancia de las cláusulas de contenido social y medioambiental.

No hay que olvidar, que una Directiva únicamente vincula a los Estados destinatarios de la misma⁶ y que en principio no tiene efectos generales frente a personas físicas o jurídicas. No obstante, como vamos a explicar ahora, las Directivas de contratos sí que pueden ser válidamente alegadas ante los órganos jurisdiccionales del estado miembro que se trate, pues se ha venido reconociendo, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, una serie de efectos de las Directivas sobre los Estados miembros y que van a explicarse a continuación.

⁵ Directiva 24/2014 sobre contratación pública, la Directiva 25/2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión

⁶ De conformidad con el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) una Directiva es una disposición de Derecho europeo derivado, que obliga a los Estados miembros a conseguir un resultado concreto, dejando, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios necesarios para conseguirlo.

Pues bien, las referidas Directivas de cuarta generación debían ser objeto de incorporación por parte de todos los Estados miembros a su ordenamiento jurídico a más tardar el 18 Abril de 2016, tal y como se dispone en el texto de las mismas⁷. Es evidente que a día de hoy este plazo queda más que superado por lo tanto, y siguiendo fijada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), consagrada en la Sentencia Van Gend en Loos del 5 de Febrero de 1963⁸, procede la aplicación directa de las mismas en todo lo que contradigan la legislación vigente española, al margen claro está, de las responsabilidades por incumplimiento correspondientes. Posteriormente, esta doctrina fue sistematizándose y fueron perfilándose los requisitos necesarios para poder afirmar que una Directiva posee efecto directo, estableciendo el TJUE en su jurisprudencia que una Directiva tendrá un efecto directo si sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas, y de manera cumulativa cuando el país de la UE no haya transpuesto la Directiva antes del plazo correspondiente y sus disposiciones supongan el reconocimiento a los particulares de un derecho frente a los poderes públicos,⁹ lo que viene a decir que el efecto directo solo puede ser de carácter vertical, lo que por su parte significa que los países de la UE están obligados a aplicar las Directivas pero estas no pueden ser invocadas por un país de la UE contra un particular.¹⁰ Con ello se pretende evitar que los Estados miembros incumplidores de la obligación de incorporación a su ordenamiento de la Directiva eludan el cumplimiento del Derecho de la UE mediante la omisión de dictar las correspondientes normas de trasposición.

Esta posibilidad de invocabilidad directa del Derecho de la UE ante los Tribunales, autoridades públicas, administrativas o judiciales, supone que las normas comunitarias deben desplegar efectos de modo uniforme en todos los Estados miembros y que las mencionadas autoridades quedan obligadas a garantizar a los particulares los derechos y obligaciones que en el texto de las Directivas se recogen.

De acuerdo con todo ello, desde este prisma puede concluirse con que resultan de aplicación directa aquellos aspectos de las Directivas que sean claros y concisos y no

⁷ Artículos 90 y 106 de las Directiva 24/2014 y 25/2014 respectivamente: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 18 de abril de 2016.”

⁸ En esta sentencia, el Tribunal declara que el Derecho europeo no solo genera obligaciones para los países de la UE, sino también derechos para los particulares. En consecuencia, los particulares pueden alegar estos derechos e invocar directamente normas europeas ante las jurisdicciones nacionales y europeas.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE del 4 de diciembre de 1974, caso Van Duyn

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE del 5 de abril de 1979, caso Ratti.

requieran de ningún acto de concreción por parte de los Estados. Se podría mencionar a modo de ejemplo, una serie de disposiciones que serán aplicables directamente en nuestro país, entre ellos, el concepto de poder adjudicador, las causas de elección del procedimiento de adjudicación o los criterios de participación, selección y adjudicación.

No obstante, la legislación estatal en materia de contratos públicos cumple en cierta medida lo dispuesto en las Directivas mencionadas pues el TRLCSP ya supuso la transposición de la anterior Directiva comunitaria referida a contratos del sector público, la Directiva 18/2004, aunque si bien es cierto, la actual Directiva 24/2014 introduce una serie de aspectos novedosos a los que habrá que prestar atención, y en lo que a este trabajo se refiere, se explicarán las novedades referidas a la fase de adjudicación de los contratos. En concreto, el ámbito de aplicación del efecto directo de la Directiva de contratación pública afecta a las entidades que deben aplicar los procedimientos en ella descritos y a los contratos incluidos en la misma. En primer lugar, el art. 2 en sus apartados 1.1 a 1.4 establece cuales son las entidades que deben aplicar lo dispuesto en el texto de la Directiva y en segundo lugar en lo que respecta a los contratos incluidos se debe acudir al art. 2 en sus apartado 1.5 a 1.9 y al art. 4 con respecto a los umbrales a partir de los cuales se aplicará la Directiva, teniendo en cuenta también que a lo largo del texto de la misma se establecen una serie de exclusiones a su ámbito de aplicación.

Por ello, vemos como en cuanto a lo que respecta al impacto de la Directiva 24/2014 en nuestro ordenamiento jurídico a través del efecto directo solo afecta o puede aplicarse a entidades del sector público que son poderes adjudicadores y a los contratos incluidos en el texto comunitario, *a sensu contrario*, en todo lo que respecta a contratos que no se tipifican en la Directiva quedan fuera del ámbito de aplicación, al igual que aquellos actos realizados por entidades que no tengan la consideración de poder adjudicador en la legislación nacional, pues en estos supuesto se aplicará la legislación interna pese a que contradiga lo dispuesto en la norma europea.

En este aspecto parece interesante mencionar algunas de las propuestas que la doctrina ha ido presentado. De entre todas ellas paso a exponer aquellas que podrían ser más factibles a la hora de llevar a la práctica, aunque si bien es cierto que no todas serian eficaces de igual manera, como también se va a detallar.

En primer lugar, la propuesta de Martín-Retornillo¹¹ consiste en crear un Gabinete de Vigilancia, que tenga como función la de alertar al Gobierno y al Parlamento de la existencia de sentencias condenatorias provenientes de las Instituciones europeas, derivadas del incumpliendo de plazos de incorporación al ordenamiento español de aquel Derecho derivado de la UE, y se sobreentiende que también tendrían como función la de avisar a estas instituciones nacionales del efecto directo que tendrían aquellas normas y las contradicciones que presentaría el ordenamiento interno con aquel que debería haber sido incorporado. Siendo dicha función atribuible al Ministerio de Justicia o al Consejo de Estado, puesto que únicamente conllevaría la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En contra de lo opinado por el autor que expone esta propuesta, como opinión personal, sería preferible acudir a la propuesta de Gimeno Feliú que haría descansar esta función en la Comisión Mixta para la Unión Europea, puesto que uno de sus objetivos específicos es el del seguimiento del derecho europeo por las autoridades nacionales¹², lo que no conllevaría una reforma legislativa de gran envergadura.

En segundo lugar, y siguiendo nuevamente una de las propuestas del profesor Gimeno Feliú, España podría acoger el modelo de otros Estados y adoptar medidas en el plano legislativo, adoptando una Ley anual de trasposición de normas comunitarias (modelo seguido por Italia), o bien que la incorporación al ordenamiento interno se realizara mediante una decisión del Gobierno (modelo seguido por Reino Unido). Estas opciones, aunque sencillas de llevar a cabo a simple vista, son las opciones que menos posibilidades tendrían de materializarse en nuestro ordenamiento, y la razón no es otra que la necesaria reforma constitucional que requeriría llevar a efecto cualquiera de las dos, ya que como es bien conocido, el legislador no es muy proclive a reformar nuestro texto supremo¹³

Una tercera opción que resulta de interés analizar es la propuesta por Guy Isaac¹⁴ que consiste en la de prever un procedimiento específico de incorporación a nuestro ordenamiento de las Directivas europeas que fuera similar a la técnica de la delegación legislativa recepticia,¹⁵ para que de esta manera la Directiva fuera una especie de Ley de

¹¹ MARTIN-RETORNILLO. L. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004

¹² Véase art. 3.b) de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea.

¹³ Únicamente ha habido 2 reformas constitucionales en sus cerca de 30 años. La primera consistió en la adición del inciso “y pasivo” en el art.13.2 de la CE y la segunda consistió en la sustitución del art. 35

¹⁴ ISAAC. G, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona.

¹⁵ Véanse arts. 82 a 86 CE

Bases Comunitaria que albergara el mismo contenido que la Directiva objeto de incorporación a nuestro ordenamiento. Si bien con esta propuesta no se llegaría a aplicar por efecto directo el contenido de Directivas comunitarias ante el incumplimiento del plazo de trasposición, no me resulta una respuesta demasiado convincente, ya que no se realiza una verdadera incorporación al ordenamiento interno del Derecho comunitario dejando a un lado su adaptación a nuestro ordenamiento mediante un procedimiento legislativo completo, o en otras palabras, supondría un “parche temporal”.

El incumplimiento del plazo para llevar a cabo la incorporación de las Directivas de cuarta generación a nuestro ordenamiento jurídico, no solo conlleva la aplicabilidad de las mismas por efecto directo, sino que también debe hacerse una breve referencia a otro efecto que estas Directivas tienen en nuestro ordenamiento jurídico, como es el efecto interpretativo¹⁶ y en este sentido, resulta incuestionable que la obligación general de interpretación del Derecho interno de conformidad con el Derecho europeo nace a partir de la expiración del plazo en el que las Directivas debieron ser incorporadas al ordenamiento interno. Recordando, como hace Moreno Molina, que los numerosos conceptos indeterminados existentes en el TRLCSP deben interpretarse atendiendo a la jurisprudencia europea¹⁷

2.2. Relación derecho de la UE y derecho autonómico de Aragón.

Es interesante mencionar el impacto que estos cambios legislativos tienen en Aragón, pues hay que recordar que la Comunidad Autónoma de Aragón cuenta con la Ley 3/2011 de 24 de Febrero, en materia de Contratos Públicos de Aragón¹⁸ y debe tenerse presente el efecto directo de las Directivas de 2014 en nuestra Comunidad Autónoma. No obstante, el impacto que puede derivarse de ellas es relativamente escaso, pues la Ley 3/2011 ya se inspira en la búsqueda de la simplificación y racionalización en la contratación del Sector Público de Aragón y en el fomento de los objetivos sociales de la contratación, por lo que

¹⁶ Doctrina fijada por la STJUE 4 de julio de 2006, Adeneler y otros Asunto C-212/04

¹⁷ Sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C -165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39

¹⁸ Ley se dicta al amparo de las competencias que el artículo 75.11.^a y 12.^a del Estatuto de Autonomía de Aragón atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón para el desarrollo normativo y la ejecución de la legislación básica que establezca el Estado, al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución Española, en materia de contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma y de las restantes Administraciones Públicas aragonesas, incluidas las entidades locales

como se puede observar ambas regulaciones, salvando las diferencias, se inspiran en los mismos principios y búsqueda de unos objetivos coincidentes.

En vista de todo ello, conviene analizar otra cuestión importante en torno a Aragón, como es su competencia para el desarrollo de lo dispuesto en las Directivas a falta de trasposición estatal, pues siguiendo reiterada doctrina¹⁹, las CCAA deben incorporar a su ordenamiento autonómico la regulación de las Directivas cuando por razón de la materia ostenten, constitucional y estatutariamente competencia legislativa.²⁰ Sin embargo, al ser la contratación pública una materia compartida con el Estado, el alcance de la competencia de la Comunidad Autónoma de desarrollo de la legislación básica, debe respetar los mínimos señalados por la legislación estatal. No obstante, el TC también se ha pronunciado en el sentido de no objetar que una Comunidad Autónoma ejecute el Derecho de la UE, siempre que lo haga en el ámbito de sus competencias, salvaguardando la competencia básica del Estado, de manera que el Estado podrá dictar futuras normas básicas –P-LCSP-²¹

Así pues y a la vista de todo este conglomerado jurisprudencial, se podría decir que la prudencia aconseja esperar a la entrada en vigor del P-LCSP pues en este texto se desarrollará todo lo relativo a la materia básica de contratación, que obviamente es el nudo gordiano de la regulación, aunque si bien es cierto, podrían ser desarrollados todos aquellos aspectos organizativos de la contratación pública en el referido ámbito territorial, la coherencia dicta el ejercicio de la paciencia y aguardar a la entrada en vigor de la nueva ley de contratos del sector público, para que Aragón decida modificar y adaptar su ordenamiento de contratación pública a los mandatos del derecho de la UE.

¹⁹ Doctrina fijada en las Sentencias del TC 141/1993, de 22 de abril, y 331/1993, de 12 de noviembre y reiterada por la Junta Consultiva de Contratación de Aragón en Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²⁰ Art. 93.2 del Estatuto de Autonomía: “La Comunidad Autónoma de Aragón aplica y desarrolla el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y el presente Estatuto”.

²¹ Sentencia del TC 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña y que reiterada doctrina constitucional consagrada en STC 148/1988 de 2 de julio.

3. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como establece en la Exposición de motivos del TRLCSP, dicho texto es una refundición de la Ley 30/2007 de 30 de Octubre de Contratos del Sector Público y de las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley.²²

Sin embargo, tal y como se ha explicado *ut supra*, la normativa aún vigente debe ser sustituida por un nuevo texto legal que incorpore a nuestro ordenamiento las Directivas mencionadas, y a tal fin, se encuentra pendiente de aprobación definitiva en el Congreso de los Diputados, el P-LCSP.²³ El texto preparado consta de 340 artículos y 40 Disposiciones Adicionales, un texto mucho más extenso que el todavía vigente TRLCSP y que aunque toma parte de su antecesor, incorpora las Directivas europeas y las novedades en ellas contempladas, siendo la Directiva 24/2014 la más relevante a estos efectos.

En general, el Derecho español de la contratación pública ha ido evolucionando a lo largo de los últimos treinta años y en gran medida, ello debido a la influencia del Derecho comunitario, pues ya con el ingreso de España en la Comunidad Europea en 1986, nuestra legislación en esta materia se vio obligada a someterse a una modificación con la finalidad de incorporar, a las normas internas, los contenidos de las Directivas comunitarias 1971/305/CEE, de 26 julio, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos de obra pública y la 1977/62/CEE, de 21 diciembre, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros²⁴. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) reiteró en diversas Sentencias, que esta trasposición no se realizó correctamente y una de esas sentencias influyó decisivamente en la aprobación de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones

²² Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; la Ley 14/2010, de 5 de julio, de infraestructuras y los servicios de información geográfica en España; la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre; la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, 31/2007, de 30 de octubre y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas; la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad, y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²³ El texto del Anteproyecto fue aprobado por el Consejo de Ministros de 25 de Noviembre de 2016 y calificado en Congreso de los Diputados el 29 de Noviembre de 2016

²⁴ Ley de Contratos del Estado por medio del RD Legislativo 931/1986, de 2 mayo, y a la adaptación correspondiente del Reglamento General de Contratación por medio del RD 2528/1986, de 28 noviembre

Públicas.²⁵ Posteriormente, con la Directiva 18/2004 la legislación española se vio de nuevo sometida a una gran modificación, aprobándose la Ley 30/2007 para lograr incorporar a nuestro ordenamiento las numerosas y trascendentes novedades que el Derecho de la UE introducía y acomodar nuestro ordenamiento interno al avance cualitativo que la materia de contratación pública europea estaba experimentado. No obstante, en la propia Exposición de Motivos se explica que la revisión de la normativa en esta materia no se constriñe únicamente a la trasposición de la Directiva europea, pues se explica que ello obedece también a buscar soluciones a problemas que la experiencia había puesto en evidencia. Finalmente, como ya se ha indicado, en 2011 se procedió a integrar en un mismo texto legal la Ley 30/2007 y el resto de normas relativas a la contratación pública, dando como resultado el TRLCSP, actualmente en vigor y pendiente de sustitución por un nuevo texto legal.

A lo largo de todas estas modificaciones se han ido desarrollando progresivamente los principios que a día de hoy inspiran la contratación pública, que provienen del Derecho comunitario. Sin embargo ello, en el TFUE no aparece la atribución de competencia, ya sea compartida o exclusiva, de la UE para legislar en materia de contratación pública, no obstante en este Tratado y en el resto de Tratados originarios se recogen una serie de principios que son fundamentales en la construcción europea del mercado interior y que han sido tratados en la jurisprudencia del alto Tribunal europeo, siendo positivizados en las Directivas de contratación, por lo que, sin ninguna duda se proyectan y reflejan en la legislación interna de los Estados miembros, y por ende en la legislación española, constituyendo los principios inspiradores de nuestro sistema de contratación pública, todo ello en gran medida porque para la construcción de un mercado interior y libre de competencia falseada, la contratación pública adquiere un peso fundamental, por lo que no puede ser obviada.

Siguiendo la línea europea, debe ser mencionado el “Libro verde. La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro”, de la Comisión Europea de 27 de Noviembre de 1996, y en 2010 la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, pues de todo ello se puede sacar en claro la preocupación de la UE por conseguir una contratación pública más abierta, para lograr hacer que los procedimientos de contratación respeten los principios de igualdad, transparencia y trato no discriminatorio, para así reducir el riesgo de fraude y corrupción en las administraciones y

²⁵ La más relevante de las sentencias dictadas por el TJCE fue la de 17 noviembre 1993

junto a ello, se busca también que la aplicación de los fondos públicos sea más eficiente y eficaz, es decir, que se haga una utilización óptima y racional de los mismos, para con todo ello, conseguir que las adjudicaciones se realicen de la formas más transparente posible, reduciendo en la medida de lo posible la mala imagen que la contratación pública tiene en Europa y en especial en España.

Nuestra propia Ley de contratación pública –actualmente, TRLCPS- establece que esta materia se debe ajustar a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar una eficiente utilización de los fondos²⁶, a lo que debe sumarse el principio de confidencialidad introducido por la Directiva 18/2004. Principios que posteriormente se van desarrollando a lo largo del articulado del texto legal.

En lo que respecta a la legislación española, todos los contratos a los que se les aplican el TRLCSP, inclusive aquellos que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la misma están sometidos a esta serie de principios comunes que deberían ser respetados en todas y cada una de las fases del contratos administrativo (preparación, adjudicación, ejecución y extinción), ya que el conjunto de estos principios son el fundamento de todas las reglas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, es decir, se manifiestan en todas las fases contractuales y en todos los contratos regulados por la legislación de contratación pública. No obstante, debería utilizarse el tiempo condicional, pues más que una obviedad, la manifestación de los principios mencionados debería producirse en todas las fases contractuales en las cuales deberían ser íntegramente respetados, algo que en la práctica de la contratación pública española no se produce con demasiada asiduidad, pues es demasiado frecuente el fenómeno de la huida de los principios generales, uno de los mayores, por no decir el mayor, de los problemas que presenta la contratación pública española, pues este respeto que de los mismos debería hacerse se ve comprometido por la existencia de procedimientos excepcionales de adjudicación, como es la adjudicación directa en caso de contratos menores y el procedimiento negociado, pues aunque excepcionales, los órganos de contratación de nuestro país utilizan como procedimientos ordinarios, para así evitar conceder todas las garantías y respeto de los principios a los contratos que por estos procedimientos se adjudiquen, pues tienen un régimen mucho más laxo como posteriormente se explicara. A lo que puede añadirse la libertad que tienen los poderes adjudicadores, en el caso de los

²⁶ Véase artículo 1 del TRLCSP

contratos no SARA que celebre, y el resto de entes, entidades u organismos del sector público, de aprobar instrucciones internas que pueden introducir especialidades procedimentales y reglas propias, pues ello puede conllevar la manifiesta dificultad de acceso de los licitadores, ya que puede resultar muy difícil conocer todas las especialidades previstas en las instrucciones internas, razón por que se dificultaría enormemente a los operadores económicos la propuesta de ofertas competitivas para participar en el procedimiento de que se trate.

Los principios reiterados se prevén de igual manera en el sistema propuesto por el P-LCSP, como así se deduce de su exposición de motivos, observando la considerable importancia que se le da a la consecución de una mayor transparencia en la contratación pública, pero sin menospreciar la importancia del resto de principios e incorporando al texto el principio de proporcionalidad, lo que responde al desarrollo extraordinario que ha experimentado el mismo en los últimos años en el Derecho público comparado. Todo ello porque no debe perderse de vista que uno de los objetivos de este texto es conseguir hacer de la contratación pública una herramienta jurídica que los poderes públicos utilicen de la manera más transparente, no discriminatoria, accesible y objetiva posible y con la cual den cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Sin embargo, y como bien se desarrollará, pocos visos hay de que la nueva regulación suponga un cambio sustancial en lo que a el respeto de los principios se hace por parte de los poderes públicos.

Por su parte, el TC señaló que la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica, para asegurar a los ciudadanos un trato común y no discriminatorio por parte de todas las Administraciones Públicas.²⁷ Y de la jurisprudencia del TS se desprenden otra serie de principios de igual importancia que podrían considerarse la derivación de aquellos principios ya mencionados, vertebradores de todo el sistema de la contratación pública, a saber: igualdad de condiciones en la que han de concurrir los licitadores a partir de los criterios objetivos y públicos contenidos en el Pliego, ponderación o valoración de las ofertas presentadas por una empresa externa, igualdad de género, la preferencia a empresas adjudicatarias de servicios de transportes de uso general es contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación establecidos en el Derecho de la Unión Europea (principios de buena fe del contratista,

²⁷ Consúltese STC de 22 de abril de 1993. Sentencia nº 141/1993 de Tribunal Constitucional, Pleno, 22 de Abril de 1993 FJ.2, 3 y 4

seguridad jurídica y confianza legítima), observancia del interés general o público y la “oferta económica más ventajosa”, sin embargo, la posibilidad de corrección de errores de cuenta en los contratos privados²⁸ no es aplicable a las ofertas presentadas por los licitadores en un determinado procedimiento de concurrencia competitiva para la adjudicación de un contrato administrativo.²⁹

Por lo que se refiere al principio de igualdad de trato de los licitadores, conviene precisar su impacto atendiendo a la jurisprudencia del TJUE, ya que ha precisado que este principio tiene como objeto que todos los licitadores tengan las mismas oportunidades de ser seleccionados para la adjudicación del contrato al formular el contenido de sus ofertas, fuere cual fuere su nacionalidad.³⁰ Este principio está estrechamente relacionado con el principio de no discriminación y ambos implican la obligación de los poderes públicos por velar por la transparencia en el procedimiento de la contratación, consistiendo la misma en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.³¹ Lo que puede observarse, dista mucho de lo que ocurre en la práctica administrativa en nuestro país, siendo evidente la relevancia que estos principios tienen y el escaso reflejo que se aprecia de los mismos.

En cuanto a la adjudicación de contratos públicos y los principios mencionados, la doctrina proveniente de la UE³² ha destacado que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación, no debe únicamente constreñirse a aquellos contratos que caen dentro del ámbito objetivo de las Directivas comunitarias, sino que también deben extenderse a todos los contratos celebrados por los órganos de contratación que entren dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la misma Directiva.

En conclusión, en los textos, tanto europeos como nacionales, relativos a la contratación pública, se hace hincapié en el respeto que de los principios generales del sistema debe hacerse, sin embargo la práctica demuestra como dicha voluntad del

²⁸ Prevista en el art. 1.266 del Código Civil

²⁹ STS de 11 de Octubre de 2012, STS de 18 de Julio de 2012, STS de 17 de Julio de 2012 /7/2012, STS Sec. 7 de Junio de 2012, STS de 17 de Noviembre de 2011, STS de 3 de Noviembre de 2011, STS de 13 de Octubre de 2011, respectivamente

³⁰ STJUE de 25 de abril de 1996, Comisión contra Bélgica, C-87/94.

³¹ STJUE Teleaustria y Telefonadress de 7 de diciembre de 2000

³² De lo que es buena muestra la SJUE de 13 de Octubre de 2005, asunto C 458/03 Parking Brixen GMBH

legislador no se ve reforzada por mecanismos que garanticen realmente este respeto, evitando que los poderes públicos empleen mecanismos que permitan la burla de los mencionados principios mediante subterfugios prácticos. Es decir, la contratación pública se está dirigiendo a convertirse en un sistema con escasos controles y en el cual las garantías serían únicamente teóricas.

III. LA PROBLEMÁTICA EN LA FASE DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

Para comenzar, debemos decir que el procedimiento de contratación está compuesto por cuatro fases diferenciadas; preparación, adjudicación, ejecución y extinción. En este trabajo interesa adentrarse en la fase de adjudicación y es por ello que no se va a entrar en el resto de fases. No obstante lo anterior, cabe decir que la fase de preparación³³ tiene cierta relevancia en los problemas que se derivan de la fase de adjudicación y sobre todo cuando la tramitación del expediente de contratación se realiza siguiendo la modalidad abreviada de urgencia o bien de emergencia, ello porque en la modalidad de tramitación abreviada existe una reducción de plazos y trámites atendiendo a la excepcionalidad del mismo, derivado de las circunstancias habilitadoras para poder seguir dicha modalidad,³⁴ que hace que los plazos para llevar a cabo la adjudicación del mismo se reduzcan o que incluso se eliminen optando por la adjudicación directa del contrato cuando se dé la situación de que la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional y se proceda a seguir la tramitación de emergencia del expediente de contratación.

Por lo que a la adjudicación refiere, no es aventurado afirmar que el aspecto central de la legislación de contratos públicos es, y ha sido siempre, la selección del contratista y la adjudicación del contrato, constituyendo de esta manera el eje central de la contratación pública. Y ello es así, debido a que es en esta fase procedimental es cuando se procede, a través de un acto administrativo formal, a atribuir el contrato público que se trate a un

³³ Véanse arts. 109 y ss. TRLCSP

³⁴ Art. 112 TRLCSP para la modalidad de urgencia señala que la tramitación por esta modalidad debe responder a necesidades inaplazables o bien que deba acelerarse por interés general.

El art. 113 TRLCSP para la modalidad de emergencia se prevé para los casos en los que la AP tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o bien de necesidades que afecten a la defensa nacional

licitador concreto, ya sea persona física o jurídica, no incurso en ninguna prohibición para contratar³⁵, reflejándose así, los derechos y obligaciones que ambas partes hayan asumido y los que les sean impuestos por ley en lo que al resto de fases procedimentales respecta. Es precisamente en este momento del procedimiento de contratación, donde los principios antes señalados, deben ser plenamente respetados y garantizados, pues ya se ha indicado lo delicado de este proceso y su gran importancia dentro del sistema de contratación.

En otro orden de cosas, y dentro de la adjudicación, debemos atender a la diferenciación que se realiza, dentro de los contratos típicos del sector público en las Directivas de cuarta generación, pues la Directiva 23/2014 se refiere a la adjudicación de los contratos de concesión, entendiéndose como tales los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, que según son definidos en el texto de la misma guardan una estrecha relación con los contratos de concesión de obras públicas y los contratos de gestión de servicios públicos que se prevén en el TRLCSP, siempre y cuando se encuentren dentro del umbral que al efecto de ha fijado³⁶. Esta diferenciación de regulaciones en el proceso de adjudicación se justifica por la consecución de unas normas del marco legislativo aplicable a esta fase contractual que sean ser claras, sencillas y reflejen de manera adecuada la especificidad de ese tipo contractual con relación al resto de contratos típicos del sector público, logrando un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de concesiones que garantice a todos los operadores económicos de la UE un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado y que afiance la seguridad jurídica, favoreciendo así la inversión pública en infraestructuras y servicios estratégicos para el ciudadano.³⁷No obstante la referida diferenciación, las normas previstas en la Directiva 23/2014 no suponen cambios radicales respecto de las reglas establecidas en la legislación aún vigente ni en el P-LCSP y con respecto al resto de contratos típicos y que va a ser desarrollado en este epígrafe.

³⁵ Prohibiciones para contratar recogidas en el Art.60 TRLCSP

³⁶ Únicamente se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Concesiones aquellas concesiones que encajen en la definición que acaba de ser analizada, y cuyo valor sea igual o superior a 5.186.000 22€

³⁷ GONZALEZ DE OLANO. G y NAVARRO MANICH. JA “Comentarios a la Directiva 2014/23/UE del parlamento europeo y del consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación contratos de concesión” Actualidad jurídica Uría Menéndez. 37-2014

1. FASE DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATO DEL SECTOR PÚBLICO.

1.1. Criterios de adjudicación.

Los criterios de adjudicación son los elementos que se van a tener en cuenta para que el órgano de contratación seleccione al contratista, pues los mismos se dirigen a identificar las ofertas que mejor satisfacen el interés público, e intentan garantizar los principios de la contratación pública, garantizando la competencia entre licitadores.

Debe distinguirse entre criterios de adjudicación y reglas para la valoración de los mismos, pues se produce confusión entre los términos. Los criterios de adjudicación, ya sean objetivos o subjetivos, deberán ser valorados a la hora de proceder a la adjudicación: si se va a dar preponderancia a unos frente a otros, si se han de fijar una banda de valores, etc.³⁸ Sin embargo, esta confusión se mantiene en el TRLCSP y en el P-LCSP, lo que lleva a cierta inseguridad jurídica, ya que el órgano de contratación goza de cierta libertad a la hora de valorar los criterios de adjudicación, suponiendo una discrecionalidad que puede llevar a consecuencias perversas en la adjudicación, un riesgo que aunque no eliminado se ve atemperado por la obligación del órgano contratante de motivar su decisión, tanto en la elección de los criterios como en la selección del contratista en base a esos criterios. Teniendo en consideración además, que la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración goza de una presunción iuris tantum de razonabilidad y certeza.³⁹

La legislación de contratación pública distingue entre la valoración: de un solo criterio, que necesariamente ha de ser el del precio (encontrado gran semejanza con la forma de adjudicación de la subasta, pese a que la legislación actual rehúsa esta expresión) o bien, la valoración de varios criterios, entre los cuales necesariamente uno de ellos debe ser el precio. En el caso de que únicamente se tenga en cuenta un solo criterio de adjudicación, esta recaerá en la oferta más económicamente más ventajosa, o lo que es lo mismo, la que suponga el precio más bajo.

Dejando a un lado el automatismo a la hora de seleccionar el precio más bajo, debe tenerse en cuenta que se imponen unos ciertos límites al criterio del precio más bajo, puesto que la mesa de contratación puede apreciar el carácter temerario de la oferta por ser desproporcionada o anormalmente baja, ya que la regla del precio más bajo tiene unos límites establecidos en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las

³⁸ En opinión de Pedro LLINARES CERVERA en el V. Seminario de contratación pública

³⁹ Véase STS de 23 de junio de 2003

Administraciones Públicas⁴⁰, estableciéndose que se considerará oferta anormalmente baja la que pueda subsumirse en uno de los criterios cuantitativos allí fijados, basados en criterios aritméticos, y por tanto, en cuanto a las ofertas presentadas por debajo de dichos umbrales, se tendrá la sospecha de que la proposición no puede ser cumplida y que debe tomarse la precaución de dar audiencia al licitador que la presentó a fin de que justifique su proposición antes de realizar la adjudicación, y si no logra justificar válidamente la razón por la cual su oferta se incardina dentro de estos umbrales la oferta será rechazada. En el P-LCSP con respecto a la exclusión de las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas, básicamente reitera lo que viene diciendo el todavía vigente TRLCSP.

Si en el pliego de cláusulas administrativas se prevé la utilización de una pluralidad de criterios, los criterios escogidos para la selección del contratista han de referirse necesariamente al objeto del contrato que se trate⁴¹. El TRLCSP prevé que puedan ser tanto cuantitativos como no cuantificables, y cuya valoración se realizará conforme se haya estipulado en el anuncio de licitación o en los pliegos.

En definitiva, los criterios a incluir en la oferta deben guardar relación con el qué y nunca con el quién, y a su vez deberá fijarse cuáles son y su ponderación en el anuncio de licitación, lo que evita que sea la mesa de contratación la que en el momento de estudiar las ofertas las valore conforme a una ponderación no preestablecida, lo que supondría que el principio de transparencia y el de igualdad de trato quedarán en entredicho⁴²

La nueva Directiva 24/2014/UE introduce en este aspecto varias novedades: la importancia de configurar los criterios de adjudicación sobre la base de la relación calidad-precio, y la introducción de los aspectos sociales y medioambientales como criterios de adjudicación, algo que puede desprenderse de la lectura del considerando del propio texto. Estos criterios también adquieren relevancia a la hora de excluir o rechazar ofertas anormalmente bajas por comprobar que no cumple con las condiciones medioambientales, laborales y sociales.

⁴⁰ Criterios recogidos en el art. 85 del RGLCA

⁴¹ Así lo indicó la STJCE 18 de octubre de 2001 (SIAC Construction) afirmando que si bien la Directiva deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente. Pueden consultarse al respecto las STJUE de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartado 19 o la STJCE de condena al Reino de España en el asunto INSALUD

⁴² GIMENO FELIÚ. JM, “La Adjudicación de los contratos la oferta económicamente más ventajosa. Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre «La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas (sociales y medioambientales)»” p. 162

En teoría con la nueva regulación se pretende dar menos importancia al aspecto económico de las ofertas y mayor presencia a criterios cualitativos importantes para la sociedad, sin embargo, se atisba un gran problema con relación a esta novedad, y no es otro que su valoración, pues ello puede dar lugar a que se adjudique un contrato a una oferta que no sea la más ventajosa económicamente alegando que satisface los criterios cualitativos que se hubieran fijado como criterios de adjudicación de mejor manera que otras ofertas presentadas, que sin embargo ofrecieran un precio más bajo. Y aquí volvemos a la idea de que la ponderación debería estar fijada con carácter previo a la valoración de las ofertas, máxime cuando la ponderación de estos criterios deja todavía mayor margen de discrecionalidad al órgano contratante, por su dificultad de medir en términos cuantitativos.

1.2. Procedimientos de adjudicación.

Las normas sobre adjudicación se recogen en el Título II del TRLCS y en el Capítulo III del Libro IV del P-LCSP, que establecen la diferencia de si el ente contratante es una Administración Pública en sentido estricto, en virtud de la definición que la propia Ley da de Administración Pública, o es un ente, entidad u organismo perteneciente al sector público, sean o no poder adjudicador.

En este trabajo se desarrollarán las normas aplicables a las AAPP y las normas aplicables a los demás entes del Sector Público que tienen la condición de poder adjudicador, pues en el caso de entes del sector público que no son Administración Pública ni poder adjudicador y aquellos que si tienen la consideración de Poder Adjudicador cuando contratan con sujeción a la TRLCSP se ciñe básicamente al respeto de los principios antes señalados: al de publicidad, que obliga a hacer públicas determinadas convocatorias⁴³, y a los principios de concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y que se garantice mediante normas internas que el contrato sea adjudicado a la oferta económica más ventajosa.

El TRLCS en cuanto a lo que se refiere a los contratos que adjudican las AAPP regula dos grandes procedimientos de adjudicación, constituyendo los mismos un *numerus clausus*, pues como en diversas Sentencias ha reiterado el TJUE no cabe que se adjudiquen

⁴³ Solo deberán ser publicadas aquellas convocatorias sean superiores a 50.000€

contratos siguiendo otros procedimientos distintos a los tipificados, ni aunque estos fueren análogos⁴⁴.

Los mencionados procedimientos de adjudicación son: el procedimiento ordinario y los procedimientos especiales, y dentro del primero se establecen varios tipos: el procedimiento abierto y el procedimiento restringido, y dentro de los especiales o excepcionales encontramos: el procedimiento negociado y el dialogo competitivo. Por su parte, la Ley también alude a otras dos modalidades como son los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición.

A estos procedimientos se debe añadir el procedimiento de adjudicación de los contratos menores, que no es un procedimiento en sí, ya que por razón de su cuantía estos contratos pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario que cuente con capacidad de obrar y con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación de que se trate, únicamente con la exigencia de cumplir con la aprobación del gasto en la tramitación del expediente de contratación y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, debiendo advertirse que la duración de contrato no puede exceder de un año y que no se admiten prorrogas del mismo.⁴⁵ No obstante, la adjudicación directa es una posibilidad, pues cabe que el órgano de contratación de manera voluntaria, siga alguno de los procedimientos previstos en el texto legal para el resto de contratos públicos, aunque la práctica nos lleva a concluir que cuando se trata de contratos menores, la adjudicación, sino siempre, generalmente en la mayor parte de los casos, se realiza de manera directa. Constituyendo esta práctica uno de los principales males de la contratación pública, practica demasiado frecuente llevada a cabo por entidades locales, pues la cifra fijada como umbral para que proceda este tipo de adjudicación es demasiado elevada, lo que facilita que muchos Ayuntamientos y otras entidades locales hagan un uso indiscriminado de esta figura, algo que parece que al legislador no le causa estupor, pues la regulación ofrecida por el P-LCSP es idéntica a la recogida en el TRLCSP y todo parece indicar que esta práctica seguirá generalizándose, sin que se produzca un control de la misma.

La única diferencia entre la adjudicación de los contratos menores y el resto de contratos, es la dispensa de casi todas las exigencias que se predicán con carácter general

⁴⁴ STJUE de 10 de Diciembre de 2009, Comisión contra Francia

⁴⁵ Definición dada por el art. 138.3 TRLCSP: Se consideraran contratos menores aquellos contratos de importe inferior a 50.000 euros en el caso de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos y teniendo en consideración la regla del artículo 88.1 TRLCSP para el cálculo del valor estimado de los contratos, que vendrá determinado por el importe total, sin incluir el IVA.

del expediente de contratación y su tramitación, y es por ello que apenas se definen en la Ley, pues las obligaciones y derechos de contratista y órgano contratante son las mismas que se recogen para el resto de contratos, definiéndose por tanto únicamente por su cuantía. En cuanto al carácter mínimo que debe tener el expediente de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado sobre la naturaleza del contrato menor, destacando que cuando la Ley ha querido precisar la necesidad de incluir otros requisitos al expediente de contratación, lo ha hecho en el propio articulado de la Ley, ello sin embargo no es óbice para que el órgano de contratación decida incorporar otros adicionales, pues puede contribuir a la mejor y más concreta definición de los derechos y obligaciones de las partes, ya que al no existir pliegos de cláusulas administrativas, dicha información no puede figurar en el mismo.⁴⁶

Pues bien, como el contrato menor implica exceptuar prácticamente todas las exigencias del expediente y todas las relativas al procedimiento de adjudicación, la ley establece unos límites mínimos para que su utilización no acabe siendo abusiva y se consiga evitar que se burlen los principios vertebradores de la contratación pública, siendo los que siguen: la duración del contrato no puede ser superior a un año, el plazo no puede ser objeto de prórroga, y no se admite la revisión de precios.

No obstante, como he dicho, estos controles son mínimos, lo que no evita el fin perseguido con los mismos, pues el abuso del procedimiento se seguirá dando hasta que no se reduzca el umbral económico que habilita dicho procedimiento y se fijen controles a la adjudicación, que aunque directa, no debe quedar exenta de todo procedimiento y control, o bien quede erradicada de nuestro ordenamiento la posibilidad de adjudicar directamente un contrato público, independientemente de la cuantía del mismo, o incluso reconducir su adjudicación a un procedimiento mucho más ágil, como el procedimiento abierto simplificado, el cual será explicado con posterioridad.

A continuación y en este sentido, se pasa a desarrollar varias propuestas formuladas por la doctrina en torno a la adjudicación de los contratos menores, partiendo de que en la práctica administrativa es obvia la elusión intencionada de los mencionados y reiterados principios.

Como afirma el profesor José Antonio Moreno Molina: "Se trata de uno de los problemas más graves de la contratación pública en España, que no ha sido solucionado por la nueva

⁴⁶ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa n. 12/02 de 13 de Junio

(ya antigua) Ley. Desgraciadamente, todos los objetivos de la norma, recogidos ahora de forma destacada en el art. 1 de la LCSP, hoy TRLCSP, quedan en entredicho si los órganos de contratación deciden (como hasta ahora vienen haciendo masivamente nuestras Administraciones, en especial las Corporaciones Locales) utilizar la figura del contrato menor, seleccionando libremente al contratista." ⁴⁷ Pues como ya se ha indicado, el uso de la contratación menor y su apariencia de legalidad constituye el cauce habitual que se emplea para incumplir los correspondientes preceptos legales sobre publicidad y sobre procedimiento de adjudicación. ⁴⁸

Compartiendo la opinión de Francisco Blanco López, quien abogaba en una en jornada celebrada en la Diputación de Castellón por la eliminación de esta figura del contrato menor en el Proyecto de Ley, sería un gran avance en la contratación pública que la figura del contrato menor desapareciera, o que las exigencias para que los órganos contratantes accedan a este procedimiento sean mucho más severas y los controles al mismo se incrementen, O simplemente que se disminuyera el umbral económico para supuestos en los que el impacto económico del contrato fuera irrelevante

No obstante y a pesar de las críticas vertidas a este tipo de contrato y su procedimiento de adjudicación, el P-LCSP⁴⁹, ha mantenido esta figura, limitándose el legislador a transcribir lo dicho en el TRLCSP para los contratos menores, por lo que los problemas que se han venido advirtiendo en la práctica, muy probablemente no serán ni siquiera minimizados.

A continuación, habiendo hecho ya las consideraciones anteriores sobre la contratación menor, se van a presentar los procedimientos de adjudicación previstos en el TRLCSP y se analizará la previsión que de ellos se realiza en el Proyecto de Ley, junto con las novedades introducidas por las Directivas de 2014.

⁴⁷ MORENO MOLINO. J.A, en *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007, 2ª ed. 2009; 3ª ed. 2011

⁴⁸ CANDELA TALAVERA. JE en "La transparencia y el contrato menor" Observatorio de la contratación pública. 2014. Accesible online <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.156/relcategoria.208/relmenu.3/chk.6b0c2f696b2ab48a640f31f2d344c451>

⁴⁹ Véase art. 118 P-LCSP

A) Procedimiento Abierto.

En este procedimiento cualquier operador económico puede presentar una oferta, persiguiendo de esta manera que se dé la concurrencia necesaria, garantizando así la libre competencia entre todos los empresarios interesados en la licitación y llegar a adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, que es el objetivo principal de todo procedimiento de contratación pública. Para ello la Administración deberá hacer público el anuncio de la convocatoria en el BOE o en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o boletines provinciales correspondientes, en su caso, y a su vez deberá hacerse público en el perfil del contratante del órgano de contratación con la antelación legalmente prevista respecto a la fecha límite para la presentación de proposiciones⁵⁰. Además cuando se trate de contratos SARA, la publicidad deberá efectuarse también en el Diario Oficial de la Unión Europea con carácter previo a la publicación nacional. Una vez todos aquellos interesados hayan enviado sus proposiciones en pliegos, el órgano para la valoración de las proposiciones procederá a examinar las proposiciones, formulando la propuesta al órgano de contratación.

Para la adjudicación habrá que estar a los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas, teniendo en cuenta que si no se adjudica en el plazo de 15 días o de 2 meses los licitadores podrán retirar su oferta.⁵¹

En el P-LCSP el procedimiento abierto se mantiene sin grandes modificaciones, no obstante, se recoge un nuevo procedimiento, el procedimiento abierto simplificado⁵², que pretende ser un procedimiento ágil y rápido, debido a que se elimina la figura del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y se ve necesaria la existencia de un procedimiento simplificado que comprenda todos aquellos contratos que con el TRLCSP se podían adjudicar por dicho procedimiento, sin embargo, y plasmando la opinión de Francisco Blanco López⁵³, sería conveniente poder canalizar por este procedimiento la adjudicación de los contratos menores, que con la legislación actual y la

⁵⁰ Los plazos para la presentación de ofertas será: Para los contratos SARA, no podrá ser inferior a 52 días, que podrá reducirse en 5 días si se puede acceder por medios electrónicos a los pliegos, o podrá ser de 36 días si hay un anuncio previo. Para contratos no SARA, el plazo no podrá ser inferior a 15 días.

⁵¹ Plazo variable dependiendo de si se ha fijado un solo criterio de adjudicación o varios criterios.

⁵² Véase art. 157 P-LCSP

⁵³ BLANCO LOPEZ, F en “Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado”. Observatorio de la contratación pública. 2016. Accesible online [http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.217/reلمenu.3/chk.7ee992bed268100aa18c4516fc02217e](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.217/recategoria.208/reلمenu.3/chk.7ee992bed268100aa18c4516fc02217e)

redacción actual del proyecto seguirán tramitándose bajo el oscurantismo de la adjudicación directa.⁵⁴

Pues bien, el régimen de la adjudicación por el procedimiento abierto simplificado se prevé para la adjudicación de contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 2.000.000 euros, y para el caso de contratos de servicios y suministros no sujetos a regulación armonizada.

La simplificación de este procedimiento puede apreciarse en la exigencia de, únicamente, declaración responsable de los firmantes al tiempo de presentar la oferta respecto a ostentar la representación de la sociedad, de contar con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica, etc. Y también en la exigencia de que todos los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través de este procedimiento simplificado estén inscritos en el ROLECSP

Con todo, lo buscado con este procedimiento es un procedimiento muy ágil que por su diseño permitirá que el contrato pueda adjudicarse en el plazo de un mes desde la convocatoria de la licitación, simplificando al máximo los trámites para dicho fin⁵⁵.

No obstante, las deficiencias en la regulación prevista son evidentes, pues en primer lugar la obligatoriedad de la inscripción de los licitadores en el ROLECESP no es comprensible, puesto que en dicho Registro no es objeto de inscripción la solvencia económica ni técnica, y se equivoca el legislador en pensar que esta exigencia aportará eficiencia y agilidad, pues deberán recabarse de igual manera los documentos relativos a dicha solvencia, o bien, modificar la regulación legal del ROLECESP para que se obligue a los licitadores a la inscripción de toda la documentación referida a la solvencia. Carece de sentido, por tanto, la previsión de que la mesa de contratación recabe de dicho registro la documentación requerida, básicamente porque no hay nada que comprobar.

En conclusión, este nuevo procedimiento es algo positivo pero todavía bastante incompleto y alejado del propósito buscado de lograr un procedimiento ágil, rápido y simplificado. Y cuya regulación se queda algo difusa, pues se aprecian dos voluntades distintas y contrapuestas en la misma regulación y que al final han confluído en un solo

⁵⁴ No obstante, conviene recordar que en la legislación actual, existe simplificación procedimental e imperativa en el caso de contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 euros y de suministro o servicios con valor estimado inferior a 90.000 euros, sin embargo, dada la nueva redacción del artículo 157 P-LCSP la obligatoriedad del régimen simplificado queda superada.

⁵⁵ Consúltese exposición de motivos del P-LCSP

procedimiento que resulta algo incomprensible en determinados aspectos, tales como el mantenimiento de la parafernalia de la presentación de la propuesta en tantos sobres como criterios de adjudicación se fijen, el mantenimiento de criterios basados en juicios de valor y la imperativa necesidad de constitución de una mesa de contratación pues ello reduce la agilidad pretendida para la adjudicación del contrato.⁵⁶

B) Procedimiento restringido.

Junto al procedimiento abierto, el procedimiento restringido es una de las formas ordinarias de adjudicación. En este caso, todas las empresas que así lo deseen pueden solicitar al órgano de contratación participar en el proceso de adjudicación, sin embargo solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que hayan sido seleccionados por el órgano de contratación, en número no inferior a cinco⁵⁷, en atención a su solvencia y demás requisitos que deberán ser objeto de publicación en el anuncio de licitación. Una vez recibidas las ofertas se siguen los mismos pasos que en el procedimiento abierto para la adjudicación del contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa. Por su parte, el anuncio de licitación debe cumplir con el principio de publicidad, haciéndolo público en el BOE o en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma de que se trate, así como en el DOUE si se trata de contratos SARA.

Por lo que respecta a la regulación que de dicho procedimiento se realiza en el P-LCSP, decir que no se aparta siquiera mínimamente de lo ya dispuesto en la regulación dada por el TRLCSP, y esto es una pena, puesto que es un procedimiento muy mal estructurado, lento y que en muchas ocasiones no termina satisfactoriamente ni para licitadores ni para el órgano de contratación y la adjudicación del contrato debe reconducirse a otro procedimiento (generalmente en negociado), por lo que debería dársele alguna vuelta para adaptarlo a las necesidades de hoy en día y que como procedimiento ordinario, se utilice más veces que el procedimiento negociado, ya que este es un procedimiento especial o extraordinario, porque en caso contrario no veo la necesidad de mantener el procedimiento restringido como método de adjudicación si el objetivo del P-LCSP es lograr que el proceso de licitación resulte más simple, reduciendo las cargas administrativas de todos los

⁵⁶ Acogiendo la idea de BLANCO LÓPEZ, F. *op cit.* “Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado”. 2016. Observatorio de la contratación pública

⁵⁷ El art. 163 TRLCSP establece que el número mínimo de candidatos seleccionados para presentar su proposición, con carácter general, no puede ser inferior a cinco y ello con la finalidad de garantizar la competencia efectiva y el principio de concurrencia.

operadores económicos intervinientes, beneficiando tanto a licitadores como a órganos de contratación.

C) Procedimiento negociado.

En este procedimiento, la Administración contratante adjudica directamente a un empresario el contrato de manera justificada, previa consulta y en su caso negociación de los términos del contrato con los interesados. Siendo dicha negociación algo consustancial al proceso, de tal manera que la omisión de este trámite supone la nulidad de pleno derecho del procedimiento de adjudicación.

Se dará este procedimiento en aquellos casos en los que no es posible adjudicar el contrato siguiendo, bien el procedimiento abierto bien el procedimiento restringido, en aquellos casos en los que no puede determinarse previamente el precio global, o bien porque la especificidad técnica o artística del contrato impone la necesidad de adjudicarlo a un empresario determinado, y es por ello este procedimiento es excepcional y solo cabe en los casos tasados por la Ley⁵⁸ y que deben ser siempre objeto de interpretación restrictiva, como ha venido señalando el TJUE⁵⁹. Cabe en casos de urgencia, que según jurisprudencia del TJUE ha de ser imperiosa e incompatible con otros procedimientos, en contratos declarados secretos o reservados por su objeto, en el caso de prestaciones complementarias de otro contrato ya adjudicado en concurrencia y que resulte necesario en virtud de circunstancias imprevistas, o finalmente, en el supuesto de contratos que no lleguen a una determinada cuantía. Y es precisamente esta última causa habilitadora la que se alega con gran frecuencia en la práctica para eludir en un gran porcentaje de casos la licitación del contrato público, ya que las cuantías establecidas como límites son demasiado elevadas.⁶⁰ Por ello, la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa venía considerando tradicionalmente que los procedimientos negociados no suponen una verdadera licitación en sentido estricto, hasta el punto de que ni siquiera es necesario incluir criterios de adjudicación en los pliegos. No obstante, todo sea dicho, esta tesis parece que empezó a cambiar a raíz del Informe 48/09, de 1 de Febrero de 2010 de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa, que sí que menciona que para la elección de la mejor oferta

⁵⁸ Art. 170 TRLCSP para los casos generales, y art. 171 a 175 para los casos especiales previstos para cada tipo de contrato.

⁵⁹ Sentencia del TJUE de 13 de enero de 2015, Comisión contra España

⁶⁰ Se puede utilizar en el caso de contratos de obras hasta un millón de euros, 500.000 euros de gasto de primer establecimiento y duración no superior a 5 años en el caso de contratos de gestión de servicios públicos, y 100.000 euros en todos los demás tipos de contrato.

se han de fijar aquellos criterios de adjudicación que el órgano de contratación considere aplicables. Viniendo a decir que el carácter flexible de este procedimiento y la existencia de negociación sobre determinados aspectos económicos o técnicos, no es óbice para la inclusión de uno o varios criterios de adjudicación.

En cuanto a la negociación, la Directiva 2014/24/UE viene a acotar los elementos negociables, no pudiendo recaer la negociación sobre los requisitos mínimos ni sobre los criterios de adjudicación, que deben quedar fijados desde el inicio en los pliegos o invitaciones correspondientes, dando una mayor seguridad jurídica a los licitadores. No obstante, en la práctica actual, se puede constatar cómo esta negociación a veces no se da y otras veces se limita a meros aspectos superficiales del contrato y ello sobre todo cuando no se exige la publicidad de la convocatoria.

Volviendo al procedimiento tal y como se encuentra regulado en el TRLCSP, podemos encontrar dos modalidades de procedimiento negociado: el negociado con publicidad, denominado por el P-LCSP, procedimiento de licitación con negociación y el negociado sin publicidad. El primero de ellos, está previsto para casos tasados, como cuando no ha sido posible adjudicar el contrato por el procedimiento abierto o restringido por haber sido presentadas ofertas irregulares o imposibles de aceptar, cuando no se haya podido determinar previamente el precio, o cuando se utilice este procedimiento por razón de la cuantía cuando esta no excede de 60.000 euros o de 200.000 euros en los contratos de obras. Mientras que el segundo quedará habilitado en los demás casos. Teniendo que hacer referencia que el P-LCSP ha suprimido el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, generalizando el procedimiento negociado con licitación.

Para los casos del procedimiento negociado con publicidad, se debe publicar el anuncio del procedimiento en el DOUE o en los boletines oficiales correspondientes en los mismos términos que el procedimiento restringido, dicho anuncio debe contener los criterios de adjudicación y en base a ellos la Administración negociará con todos los licitadores que presenten una oferta, los términos técnicos o económicos objeto de dicha negociación, hasta que, en base a esas negociaciones, el órgano de contratación esté en condiciones de elegir la oferta más ventajosa. En el procedimiento negociado sin publicidad (todavía vigente), la Administración elige prácticamente de manera libre y directa al propio contratista, aunque si bien es cierto que debe solicitar al menos la oferta de tres empresarios, sin embargo ello podrá ignorarse si no fuera posible solicitar dichas ofertas. Por lo que en la práctica este requisito apenas se cumple o solo se cumple de manera

aparente, sin embargo, en todo caso, en el expediente debe quedar constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo.

En cuanto a los criterios de adjudicación, es conveniente matizar, que los mismos, como en el resto de procedimientos, deberán fijarse en los pliegos de cláusulas administrativas, sin embargo, en este tipo de procedimiento la mejor oferta no se seleccionará según los criterios de adjudicación especificados, sino de acuerdo con la negociación efectuada con los licitadores invitados a participar en el procedimiento.

En definitiva, vemos como el procedimiento negociado es mucho más ágil y flexible que los procedimientos ordinarios, no obstante, no podemos olvidar que este procedimiento es excepcional, aunque la práctica hace pensar justamente lo contrario, pues es un procedimiento del que se abusa demasiado y que acaba invirtiendo la regla general y haciendo ordinario un procedimiento excepcional gracias a su utilización desmedida por parte de los poderes públicos.

El principal problema que se presenta, además del abuso del mismo, es la utilización del procedimiento negociado con el precio como único criterio de negociación pues el fin último del proceso queda desnaturalizado y se acaba transformando en una subasta, ya que los licitadores presentan una oferta y únicamente tendrán la opción de mejorarla económicamente, sin que puedan ser objeto de negociación otros extremos del contrato, por lo que al fin y al cabo el contrato será adjudicado al mejor postor. Reforzando esta problemática, la Directiva 24/2014 prevé incluso que los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos sobre la base de las ofertas iniciales sin negociación cuando hayan indicado en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés que se reservan dicha posibilidad⁶¹, de donde parece deducirse la desidia del legislador por forzar la existencia de negociación en los procedimientos negociados, lo que en la práctica, con casi total seguridad, se va a traducir en un uso indiscriminado del mismo, siendo el precio el único criterio de adjudicación, convirtiéndose el procedimiento negociado en una subasta encubierta.

Puede concluirse diciendo que el panorama que se presenta, analizando este procedimiento tanto en la Directiva 24/2014 como en el P-LCSP, es bastante desolador, pues no se hacen ni los más mínimos intentos por forzar el elemento diferenciador de este procedimiento,

⁶¹ Véase art. 29.4 P-LCSP

que es la negociación, continuando la línea de la desnaturalización del mismo, convirtiéndolo en un procedimiento que en la práctica acaba convirtiéndose en un procedimiento ordinario para proceder a la adjudicación de una gran cantidad de contratos del sector público e incluso en demasiadas ocasiones, en una mera subasta o en un procedimiento de adjudicación directa.

D) Dialogo competitivo.

Este procedimiento es relativamente reciente, pues se incorporó a la legislación española en la LCSP de 2007, trasponiendo la Directiva 18/2004. Es aplicable a contratos complejos y puede utilizarse, en todo caso, para la adjudicación de contratos de colaboración del sector Público y el sector privado (sin olvidar la eliminación en la nueva regulación de este tipo de contratos públicos) y además, con el P-LCSP se amplía su ámbito de aplicación.⁶²

En estos casos, el órgano de contratación da a conocer primero sus necesidades de contratación mediante un documento descriptivo y después pasa a negociar con las empresas interesadas, con el fin de desarrollar una o varias proposiciones para solucionar la problemática del contrato y que justifica tal procedimiento, y en base de esta necesidad las empresas presentaran sus propuestas. Incluso puede limitarse el número de empresarios que pueden presentar sus ofertas, aunque no pueden ser menos de tres, para garantizar una competencia libre y una concurrencia efectiva entre licitadores.

El dialogo debe respetar la confidencialidad de cada solución presentada por los participantes y la Administración puede comparar las soluciones propuestas, pudiendo descartar alguna de ellas en fases sucesivas, hasta que finalmente el órgano de contratación esté en condiciones de determinar la solución o soluciones que respondan a sus necesidades, y entonces se invitará a todos los empresarios que queden a que presente una oferta final basada en la solución elegida previamente, y tras ello, el procedimiento se resolverá escogiendo la oferta económicamente más ventajosa que se adecue a la solución encontrada a la necesidad de la Administración contratante elegida con carácter previo. Incluyéndose la novedad de la solicitud por parte del órgano de contratación a los licitadores de aclaraciones, precisiones u optimizaciones de las ofertas finales presentadas.

⁶² Se podrá utilizar el procedimiento de dialogo competitivo en los casos previstos en el art. 165 del P-LCSP, que son aquellos previstos para el procedimiento de licitación con negociación.

Se puede observar como el presupuesto de este procedimiento es una necesidad concreta del órgano de contratación que no puede establecer por sí mismo los medios o soluciones para satisfacerla y por ello, en mi opinión, este tipo de procedimiento de adjudicación es positivo, pues se trata de un procedimiento interactivo en el que los licitadores adquieren protagonismo y que busca la solución más eficaz y eficiente para una necesidad concreta.

Cabe mencionar que en la Directiva 24/2014/UE se regula un procedimiento similar, llamado asociación para la innovación, que será desarrollado más adelante.

E) Acuerdo Marco.

El Acuerdo marco no es en sí un procedimiento de adjudicación, sino un instrumento de racionalización técnica de la contratación,⁶³ que viene a ser una respuesta a las necesidades de eficiencia en la contratación pública, pues no debemos olvidar el mandato que hace la Ley a los poderes públicos para que velen por la eficiencia y en este contexto, en la eficiencia en la contratación pública⁶⁴

Los contratistas con los que los entes contratantes celebren estos acuerdos marco, que deben ser en número no inferior a tres, serán seleccionados conforme los procedimientos ordinarios previstos en el TRLCSP y por un plazo general no superior a cuatro años.

En definitiva, un acuerdo marco consiste en que el ente contratante preestablece una serie de condiciones comunes a todos los contratos que vayan a ser celebrados en base a dicho acuerdo, lo que permite simplificar la gestión en la adjudicación de los contratos, lográndose así una mayor eficiencia en la contratación pública y en la adjudicación especialmente, ya que el acuerdo marco da lugar a una pluralidad de contratos que serán celebrados con posterioridad, y se evita reiterar en todos esos contratos un procedimiento de contratación con similar o idéntico objeto.⁶⁵

La regulación de esta figura es evidentemente escasa, sin embargo, el P-LCSP introduce varias novedades que vienen a completar esta deficiente regulación. Aunque no son todas las novedades que se introducen, cabe destacar dos novedades: En primer lugar

⁶³ El capítulo donde aparece regulado es el de “Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público” en el Título II “Racionalización técnica de la contratación” ubicado dentro del Libro III relativo a la “Selección del contratista y adjudicación de los contratos, específicamente en el arts. 194 a 197 TRLCSP

⁶⁴ Véase Art. 22 TRLCSP

⁶⁵ SANCHEZ MORON. M, *Derecho Administrativo. Parte General*, 12ª Edición, Tecnos 2016. P. 621

especifica la duración del contrato celebrado en base a un acuerdo marco,⁶⁶ y en segundo lugar se prevé que cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con varias empresas y para la adjudicación de un contrato basado en el mismo acuerdo marco fuese necesario una nueva adjudicación y los pliegos de este no recogieran de forma precisa la regulación aplicable a los contratos derivado, ésta información deberá incluirse en los pliegos correspondientes de estos contrato.

Como se puede observar, la celebración de estos acuerdos marco supone una mayor eficiencia en la adjudicación de contratos con similar objeto, sin embargo esta figura puede suscitar problemas referidos a la restricción o falseamiento de la competencia, pues supone en sí mismo una restricción, ya que supone el cierre del mercado que ha sido objeto del acuerdo marco, pues las empresas que han quedado fuera ya no pueden pasar a formar parte del acuerdo ni por ende, podrán optar a ser licitadores de las posteriores contrataciones.

Al final de todo, las empresas u operadores económicos que forman parte del acuerdo acaban conociéndose entre sí, lo que puede propiciar maniobras entre ellos tendentes a falsear el procedimiento de contratación, incrementándose el riesgo de prácticas como: las ofertas de resguardo, que tienen como finalidad simular competencia entre las empresas, ya que solo una de ellas presentara una oferta aceptable mientras que el resto presentaran ofertas desproporcionadas o inaceptables, por otro lado existiría riesgo de eliminación de ofertas, con lo que varias empresas se pondrían de acuerdo para retirar sus ofertas, quedando únicamente a oferta de una empresa para la adjudicación del contrato, y también podría darse la práctica de rotación de ofertas, por la cual las empresas se reparten por turnos la adjudicación de los contratos derivados⁶⁷

Y aunque ya hemos visto que se han introducido novedades con respecto a esta figura, el P-LCSP no incluye las recomendaciones que la CNMC ha ido realizando con respecto a la restricción de competencia que supone la actual regulación de esta figura, como podría

⁶⁶ Art. 217 P-LCSP: En todo caso, la duración del acuerdo marco deberá justificarse en el expediente y tendrá en cuenta, especialmente, las peculiaridades y características del sector de actividad a que se refiere su objeto.

(...) La duración de los contratos basados en un acuerdo marco, que será independiente de la duración del acuerdo marco, y se regirá por lo previsto en el artículo 29, relativo al plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, así como por los pliegos reguladores del acuerdo marco. Solo podrán adjudicarse contratos basados en un acuerdo marco durante la vigencia del acuerdo marco (...)

⁶⁷ “Acuerdos marco en el ámbito de la contratación pública: guía para un uso pro-competitivo”, publicado por la Autoridad Catalana de la Competencia. Mayo 2013”.

ser la colaboración de los entes contratantes con la propia autoridad de competencia nacional.⁶⁸

F) Sistemas dinámicos de adquisición.

Este procedimiento se incluyó en la legislación española en la Ley 30/2007 a raíz de la transposición de la Directiva 18/2004/UE como una técnica para racionalizar las adquisiciones de bienes y servicios, al igual que los acuerdos marco.

Se trata de un proceso similar al acuerdo marco, con la gran diferencia de que este es un sistema enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfacen las necesidades del órgano contratante.

Procedimiento limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta que se ajuste al pliego de cláusulas administrativas.⁶⁹ Se iniciara con la publicación de un anuncio de licitación, en el que se deberá indicar que se va a articular un sistema dinámico de contratación y de este modo, todo operador económico que presente una solicitud de participación y cumpla los criterios de selección deberá ser autorizado a participar en los procedimientos de contratación que se lleven a cabo a través del sistema dinámico de adquisición durante su período de vigencia.

El TRLCP permite que este sistema se desarrolle de acuerdo con las normas del procedimiento abierto a lo largo de todas sus fases y hasta la adjudicación de los correspondientes contratos⁷⁰. No obstante, teniendo en consideración el efecto directo de la Directiva 24/2014/UE, que prevé que las normas que han de regir este procedimiento sean las del procedimiento restringido, este serán las normas que lo rijan, evitándose de esta manera las ofertas indicativas, señaladas como uno de los aspectos más gravosos de este sistema.⁷¹

Son muchas las ventajas que ofrece este sistema, pues la utilización de medios electrónicos siempre es una gran arma para luchar contra la corrupción derivada de la falta de transparencia y garantizar una utilización óptima de los fondos públicos, ya que el

⁶⁸ PRO/CNMC/001/15: Documento de reflexión sobre la contratación pública

⁶⁹ Definición dada por el art. 34 de la Directiva 24/2014

⁷⁰ Véase art. 200.1 TRLCP

⁷¹ Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa

órgano contratante va a tener una amplia gama de ofertas para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Sin embargo, como contraparte encontramos el problema de la restricción de su ámbito de aplicación, pues únicamente se prevé para compras de suministros o servicios de uso corriente, que están muy bien tabulados, cuentan con especificaciones técnicas precisas y no tienen diferenciación en base a innovación o aportaciones intelectuales que no puedan medirse fácilmente. Por ello, sería conveniente abrir este ámbito de aplicación a la compra de suministros o servicios, que aunque restringidos al uso corriente del órgano contratante, no se limite con especificaciones técnicas, y sobre todo sería aconsejable que ya que este sistema es enteramente electrónico, se regule de una manera coherente y completa la contratación electrónica en España y se incentiven programas de formación y capacitación, pues de nada sirve regular un procedimiento electrónico si muchos de los operadores económicos no cuentan con la capacitación para acceder a estos sistemas, suponiendo de manera indirecta la discriminación de la PYMES.

2. NOVEDADES QUE INTRODUCE EL DERECHO EUROPEO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN.

La Directiva 24/2014/UE, como ya se ha explicado, mantiene los cuatro procedimientos clásicos (abierto, restringido, negociado y dialogo competitivo). Si bien es cierto que la Directiva introduce un nuevo procedimiento especial llamado acuerdo para la innovación y refuerza la idea de la contratación electrónica, que se está empezando a ver como necesaria para afrontar los problemas que se desprende de la realidad práctica, tanto española como la europea.⁷²

2.1. Nuevo procedimiento: Asociación para la innovación.

Por lo que respecta al procedimiento de la asociación para la innovación, este se recoge en el artículo 31 de la Directiva 2014/24/UE cuya finalidad, es el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los poderes adjudicadores y los participantes.

⁷² SABIOTE ORTIZ. AM, La nueva “Directiva clásica de contratación.” Actualidad jurídica Uría Menéndez. n° 37. 2014.

En definitiva, este novedoso procedimiento permite que el órgano de contratación o comprador público, elija de manera competitiva a un licitador o socio el encargo del desarrollo de una solución innovadora que se adapte a las necesidades de aquel.

Si tenemos en cuenta el efecto directo que las Directivas de 2014 tienen sobre nuestro ordenamiento jurídico interno ante el incumplimiento de trasposición de las mismas, cabe hacerse la pregunta de si este nuevo procedimiento de asociación para la innovación es de aplicación directa o, a *sensu contrario*, se excluye de la aplicación directa hasta su completa introducción en los textos legales españoles. A este respecto se han pronunciado las Juntas consultivas de contratación pública, tanto a nivel estatal como autonómico⁷³, y en todas sus resoluciones, los diferentes órganos han concluido que cualquier poder adjudicador sujeto a las Directivas europeas puede lanzar licitaciones de compra pública de innovación a través del procedimiento de asociación para la innovación. Por ello puede afirmarse que la respuesta es que sí que tienen efecto directo si quien lanza este procedimiento es un poder adjudicador, tal y como se definen en la Directiva 24/2014.

En cuanto a su ámbito objetivo, se prevé que solo puedan acceder a este procedimiento los poderes adjudicadores cuando las soluciones que ofrezca el mercado se demuestren insuficientes para cubrir las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato, evitándose de esta manera tener que adjudicar contratos independientes en momentos diferentes, con lo que ello supone en cuanto a costes materiales y de tiempo, y lográndose una asociación a largo plazo con aquellos operadores económicos que hayan accedido a la misma, con la finalidad última de lograr la innovación en aquellos productos, servicios u obras resultantes para su adquisición posterior por el órgano contratante.⁷⁴

Se trata de un procedimiento de adjudicación con negociación en el que solo serán admitidos aquellos candidatos que hubieran sido invitados por el órgano de contratación, una vez que hayan sido seleccionados atendiendo a criterios relativos su capacidad en los ámbitos de la investigación y del desarrollo y la elaboración y aplicación de soluciones

⁷³ Trabajo de los Tribunales Administrativos de contratación pública, elaborado y aprobado, el 1 de marzo de 2016, sobre los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público tribunales administrativos de contratación pública. Encontramos el Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente) sobre contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, p. 15.

⁷⁴ GIMENO FELIU. JM, “La compra innovadora”. Observatorio de la contratación pública. 2016.

innovadoras.⁷⁵ Procedimiento en el que la oferta seleccionada únicamente podrá serlo con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio, no necesariamente al de la oferta económicamente más ventajosa, algo que es comprensible dado el interés preponderante por la innovación que subyace en este procedimiento.

Las normas aplicables al procedimiento de asociación para la innovación son las referentes al procedimiento negociado, aunque si bien es cierto, guarda una mayor semejanza con el diálogo competitivo, ya que al inicio del procedimiento se elige al socio, que puede ser socio único o incluso varios socios, según los criterios establecidos, para que desarrollen en colaboración con el órgano contratante aquella solución innovadora que satisfaga las necesidades del comprador público, hasta que finalmente se presenta una solución definitiva.

Aunque este procedimiento presenta indudables ventajas, como es el fomento de la innovación y del refuerzo de la contratación electrónica, sí que se advierten una serie de limitaciones en el mismo, como es la de la obligación del contratista de ajustarse a un nivel de prestaciones y costes determinado y previamente acordado por el órgano contratante, pues es harto complicado determinar dichos extremos con carácter previo a la misma ejecución del contrato, pues en los casos de innovación los costes variables que pueden derivarse de ello dependen en gran medida de los resultados de la investigación que se realice, por ello cuantificar de manera previa los costes y prestaciones a la obtención de resultados o del comienzo de las labores de investigación es una tarea de complicada realización, que sin duda deberá revisarse por el legislador, ya que podría calificarse como un sinsentido que en el momento de redacción de los pliegos deban preverse tanto el coste estimado de la fase de investigación como la cuantía de los eventuales contratos derivados de la asociación, algo que como es evidente, es extremadamente complejo de prever y calcular, pues todo dependerá de la viabilidad y éxito de la misma investigación⁷⁶. Junto a ello cabe criticar también la regulación dada por la Directiva, pues es imprecisa terminológicamente y también presenta una gran oscuridad en la definición de ciertos aspectos básicos y del propio instrumento en el que se debe plasmar la asociación entre licitadores y contratista.⁷⁷

⁷⁵ CSUC. Las Directivas En La Futura Ley De Contratos Innovación

⁷⁶ En opinión de MERINO GOMEZ. G en “La Directiva de contratación pública ¿Nuevas soluciones a viejos problemas?”, Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014, p. 188-190

⁷⁷ BATET GIMENEZ. MP. “El nuevo contrato de asociación para la innovación”. En Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas. N°. 131, 2014, p. 74

En la teoría este procedimiento parece responder a los objetivos planteados por las nuevas Directivas de contratación y está acorde a lo previsto en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, pues se promueve el crecimiento futuro y la mejora en la eficiencia y calidad de los servicios públicos. Sin embargo, todavía queda por ver cómo se va a materializar en la práctica de la contratación, pues es sabido que tradicionalmente la Administración no ha sido muy proclive a los avances tecnológicos ni técnicos y su implementación en la estructura administrativa se ha producido de manera más lenta de lo deseado, y precisamente este nuevo procedimiento supone un cambio en esta cultura administrativa, que con gran certeza tardara en asentarse en la realidad práctica administrativa.

El P-LCSP regula el procedimiento de la asociación para la innovación y ello en términos análogos a lo previsto en la Directiva 24/2014/UE, por lo que es de esperar, como ya se ha dicho, que este nuevo procedimiento tarde en producir efectos positivos o incluso que no llegue a adaptarse a la tradición española de contratación administrativa. No obstante, todo lo dicho anteriormente, me parece positivo regular un procedimiento que busque el objetivo perseguido con la asociación para la innovación, aunque debería ser revisado para solventar las deficiencias que se han señalado. Ya solo queda esperar y comprobar los derroteros por los que discurre este procedimiento en la práctica administrativa.

2.2. La contratación pública electrónica.

Lo primero que se debe hacer es definir que entendemos por contratación pública electrónica, y en este sentido podemos decir que es un término general empleado para definir la sustitución de todos los procedimientos que actualmente se realizan en soporte papel por el tratamiento y comunicación, utilizando TIC durante todas las fases de la contratación pública. En definitiva, supone introducir en toda la cadena de la contratación pública procedimientos electrónicos para sustentar todas las fases del proceso, desde la publicación del anuncio de licitación hasta la facturación y pago, pasando por la propia adjudicación.⁷⁸

En cuanto al sistema de contratación electrónica, como antes hemos avanzado, resulta imperativo dar el salto a una implantación completa de este sistema para lograr acabar con todos aquellos problemas que se derivan de la falta de transparencia que caracteriza la fase

⁷⁸ Definición dada por el trabajo realizado por INTECO. “Guía sobre contratación pública en España”. Observatorio de la seguridad y la información. 2011

de adjudicación en el modelo de contratación pública español y alcanzar el objetivo de realizar una contratación pública en la que todas las fases del procedimiento se lleven a cabo por medios electrónicos, además de para la consecución de otros objetivos igualmente importantes, como son el aumento de la eficacia de los servicios prestados por los poderes públicos y, correlativamente, el ahorro de costes que las nuevas tecnologías propician.

Por esta razón, en el ámbito europeo se ha ido tomado conciencia de la gran relevancia que tiene la contratación electrónica, lanzando diversos y numerosos planes siguiendo esta línea, y de entre los cuales conviene destacar el plan de acción eEurope⁷⁹ que ha identificado la licitación electrónica como un área clave donde los avances tecnológicos pueden suponer un impacto significativo, debido a que la publicación de licitaciones vía Internet supondría una mayor transparencia en el procedimiento y disminuiría en gran medida los costes que podría acarrear el mismo.⁸⁰ En definitiva, la Unión Europea alienta y proclama el uso de la contratación electrónica, pues ello supone un aumento de la eficacia y eficiencia del sistema de contratación, que es precisamente el objetivo que busca Europa y que plasmó en el plan Estrategia Europa 2020.

Sin embargo, las Directivas de cuarta generación, aunque denotan la voluntad del legislador europeo por brindar mayor relevancia a la contratación electrónica, no parecen del todo contundentes en este sentido, pues siguen dejando libertad a los poderes adjudicadores de los Estados miembros para optar o no por la contratación electrónica, lo que además de decepcionante,⁸¹ puede acarrear divergencias entre Estados que hayan optado por implementar este sistema en sus ordenamientos jurídicos y entre aquellos que no lo hayan realizado, dificultando la contratación pública internacional.

Conviene analizar la contratación pública electrónica en el sistema español actual para comprender la importancia que tiene una regulación eficiente de ello y su completa

⁷⁹ El objetivo de las iniciativas eEurope 2002 y eEurope2005 fue extender los beneficios de la Sociedad de la Información a todos los ciudadanos de la Unión, desarrollando unos servicios públicos modernos y creando un entorno dinámico para el comercio electrónico a través de una amplia disponibilidad de acceso de banda ancha a precios competitivos y una infraestructura de información segura. A ellas se unió el "Plan de Acción de Administración Electrónica i2010 y al "Plan de Acción de Administración Electrónica para Europa 2011-2015"

⁸⁰ GIMENO FELIÚ, JM. "Contratación pública electrónica y el mundo local". 2016.

⁸¹ Véase Exposición de Motivos Directiva 24/2014 (54)

implantación en Europa y en cada uno de los Estados miembros, siguiendo el gran ejemplo que ofrece Portugal.⁸²

El modelo español, lamentablemente, sigue muy a la cola de la contratación pública electrónica y ello es una pena, pues son innumerables las ventajas que ofrece. Sin embargo, a los organismos obligados a adoptar las medidas precisas, técnicas y económicas e incluso al propio legislador les vence la reticencia a innovar en lo concerniente a dejar atrás los viejos procedimientos y abrazar la tecnología. No son suficientes las escasas y dispersas aportaciones regulatorias que han visto la luz estos últimos años, ni las regulaciones parciales que realizan las CCAA, pues no se gana nada teniendo 17 regulaciones poco prácticas, dispersas y nada homogéneas, ya que lo realmente necesario es una regulación vía ley nacional coherente y completa de esta práctica, pues si el legislador español no implanta este sistema de manera íntegra en la estructura administrativa por las buenas, acabara realizándose vía imposición europea.

Para concluir, debe tenerse presente que el poder real de la tecnología no reside en hacer funcionar mejor viejos procedimientos, sino que subyace en romper las viejas reglas, creando nuevas maneras de trabajar, sabiendo que la tecnología puede ayudar a hacer mejores aquellos procedimientos que en la actualidad se revelan insuficientes, pero siendo conscientes de que ello no puede suplir la necesidad de actualizar de una manera eficiente, tanto la estructura normativa, como las pautas de los procedimientos.⁸³ Sabiendo que el tiempo que pase España sin una regulación coherente y suficiente de la contratación electrónica, será tiempo perdido, pues es evidente que desde la perspectiva económica y de gestión, este sistema ha debido haberse aplicado en España hace años y por ello, tarde o temprano, se obligará a España a regular y a adoptar las medidas precisas, tanto técnicas como económicas, para hacer realidad la contratación pública electrónica, algo que, no obstante, se debería haber hecho ya aunque sea de manera superficial, en el P-LCSP⁸⁴. Debe hacerse obligatorio este sistema, porque de nada vale dejar la posibilidad a licitadores

⁸² Portugal, publicó en el Diario de la República del 17 de agosto, la Ley 96/2015, de 17 de agosto, que regula las plataformas electrónicas de contratación pública, trasponiendo el artículo 22 y anexo IV de la directiva 24/2014, de contratación pública. El desarrollo en Portugal de la contratación pública electrónica ha sido muy rápido y es un modelo a seguir reconocido por las Instituciones europeas.

⁸³ MARTÍN REBOLLO, L. en la ponencia sobre “La modernización administrativa: el sueño recurrente”, dentro del curso organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo “Transformaciones y retos del Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: la realidad y el deseo”, Santander, 2004.

⁸⁴ Opinión de IVAN OCHSENIUS ROBINSON en “La contratación electrónica en España ¿ha de ser obligación o libre elección? La contratación pública electrónica objeto de atención permanente por parte de las instituciones comunitarias de la UE” en Observatorio de la contratación pública. 2016

o a órganos de contratación de no adherirse a la contratación electrónica, puesto que de esta manera, la implantación de este modelo seguiría siendo parcial y por ende, insuficiente, dejando a un lado las innumerables ventajas que la contratación pública electrónica ofrece, como la evidente mejora de la transparencia y accesibilidad de los poderes económicos al sistema, el incremento de la concurrencia competitiva, la mejora de la eficiencia y el ahorro de costes administrativos y la cohesión e integración de los mercados de contratación dentro del mercado interior. Además, la implantación de esta obligatoriedad debería conllevar como contrapartida la promoción de programas de capacitación, para evitar que la brecha digital que separa a operadores económicos acabe convirtiéndose en un motivo de discriminación para aquellas empresas que no se logran adaptar o que no tienen los medios necesarios para acceder a la contratación electrónica, suponiendo el conculcamiento del principio de igualdad, en detrimento de operadores económicos (sobre todo PYMES) que no cuentan con los mismos medios técnicos y tecnológicas que las grandes empresas.

La ciudadanía de todo un país no puede ni debe seguir pagando los costes económicos y sociales del actual sistema de contratación pública que cada día aparece en las noticias nacionales por malas gestiones, abusos y corrupción derivada de la adjudicación de contratos públicos. Aunque solo el tiempo sabe cómo se materializara la regulación, mucho me temo que como viene siendo habitual en estos casos acabará regulándose rápido y mal, únicamente con la finalidad de cumplir con las imposiciones provenientes de Europa, lo que acarreará numerosos problemas prácticos que una regulación hecha a contrarreloj no puede comprender y ni siquiera intentar solventar, manteniendo la contratación pública electrónica como otro de los asuntos pendientes de España que deberá abordar el legislador nacional.

VI. ANALISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS OBSERVADOS Y CONCLUSIONES GENERALES

Antes de pasar a concluir el trabajo, me gustaría realizar un breve análisis, en base a las consideraciones realizadas en el cuerpo de este trabajo, sobre los problemas que presenta la fase de adjudicación y un pronóstico resumido de su acontecer en base a la nueva regulación que está por venir.

En primer lugar podría mencionarse que aunque queda prohibido el fraccionamiento del objeto del contrato, la práctica de la división artificial del objeto y el precio del contrato en lotes con la finalidad de eludir las formalidades exigidas por ley y lograr adjudicar el contrato mediante un procedimiento mucho más laxo es una práctica frecuente en la práctica administrativa, con la que se logra que cada lote encaje en el procedimiento de los contratos menores o del procedimiento negociado sin publicidad (aunque esta ya no podrá ser una vía con la nueva regulación), pudiendo llegar a adjudicar un contrato de manera directa con el único movimiento de dividirlo en lotes. Problema agravado con la nueva regulación que prevé el P-LCSP, ya que invierte la regla de la prohibición del fraccionamiento del objeto del contrato, estableciéndose que lo que deberá ser justificado es la no división en lotes del contrato, siempre que el mismo admita fraccionamiento, que aunque podría llegar a excusarse con la motivación de facilitar el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas (especialmente a las PYMES), puede suponer un abuso encubierto de la contratación menor.

Otro de los problemas, y que ha sido señalado con anterioridad, es el propio procedimiento negociado, pues la base del mismo es la negociación. Un trámite que en la práctica siempre intenta ser eludido, y se viene demostrando como la negociación se limita en muchas ocasiones a invitar a tres empresas, dos de las cuales son figurantes, adjudicándose finalmente al único empresario que presenta una oferta aceptable, y obviamente no al precio que hubiera resultado si se hubiera dado una negociación efectiva con competencia real, sino a un precio mucho más elevado. Por ello, sería conveniente comenzar a controlar las negociaciones para verificar que se realizan de una manera que garantice la competencia y por ende, la adjudicación al precio económicamente más ventajoso real, no a un precio que es fruto de una representación teatral aunque resulte ser el más ventajoso de los propuestos. Si embargo, pocas esperanzas quedan de que se ponga solución a este problema, pues como se ha indicado *ut supra*, lejos de acabar con los problemas del procedimiento negociado sin negociación, ahora pasa a preverse esta figura

en la nueva regulación, de lo que puede deducirse la nula voluntad del legislador español por configurar un procedimiento en el cual la negociación sea realmente un elemento consustancial al mismo.

Conviene señalar otro problema como es el falseamiento que supone el hecho de que dentro de los criterios de adjudicación, cuando se tienen en cuenta una pluralidad de criterios, dentro de estos muchas veces se incluyen criterios subjetivos que no tienen que ver con el objeto del contrato, y que acaban propiciando la adjudicación a una oferta que no es la que mejor en relación al objeto del contrato, únicamente por la discrecionalidad a la hora de valorar dichos criterios subjetivos y que únicamente dependen de un juicio de valor realizado por personas que pueden resultar poco imparciales.

También nos encontramos con el abuso de la contratación siguiendo el procedimiento de los contratos menores, pudiendo calificarse como el punto negro de la contratación⁸⁵, pues de ella se benefician la mayor parte de los contratos adjudicados por las administraciones locales y al fin y al cabo supone la adjudicación directa de un contrato, que aunque se califica como menor si se supone una elevada cuantía económica, y máxime cuando dichos límites se han ido incrementado en lugar de ir reduciéndose con cada modificación de la regulación de la contratación pública en nuestro país. Dicha adjudicación se realiza sin ningún otro trámite, ni controles, ni garantía alguna de que la oferta seleccionada sea la mejor oferta que puede ofrecer el mercado, con la consiguiente repercusión en los fondos públicos que ello puede tener.

Sin embargo, en mi opinión, el mayor de los problemas que presenta el actual modelo de contratación, o mejor dicho, la puesta en práctica de dicho modelo, es la burla de los principios esenciales de la contratación pública, y en especial del principio de transparencia, sobre todo en la fase de adjudicación que como se ha visto es cuando el respeto a los mismos debía ser escrupuloso, puesto que si realmente se respetaran, los casos de adjudicación por favoritismo que lleva aparejada la corrupción que tacha esta materia simplemente no se podrían dar porque prevalecería la transparencia frente al oscurantismo. La ausencia de transparencia hace de la adjudicación una fase demasiado opaca que falsea la competencia y perjudica a las personas físicas o jurídicas licitadoras, que ven rechazada su oferta por otra que en circunstancias de transparencia plena no habría sido la seleccionada. Se podría decir que el problema generador de la mayoría de los

⁸⁵ Opinión de ALMONACID LAMELAS. V, “¿Adiós a la corrupción en la contratación pública?” Accesible online. <https://nosoloytos.wordpress.com/2016/12/24/adios-a-la-corrupcion-en-la-contratacion-publica/>

problemas observados es precisamente el de la huida de los principios generales de la contratación pública

Una solución que se propone en este trabajo es el impulso definitivo de la contratación electrónica. Y es cierto que en este sentido en el P-LCSP se puede apreciar como el mismo busca que la regla general sea la de las comunicaciones electrónicas, si bien es cierto que el texto del mismo está lleno de cautélelas a la puesta en práctica la contratación electrónica lo que evidencia un exceso de temor y desconfianza por parte de las AAPP para la total puesta en marcha de este sistema. Y es por ello que se puede decir que el P-LCSP es un lechado de buenas intenciones que a la hora de la verdad se quedan en precisamente en eso, en intenciones temerosas de su puesta en práctica.⁸⁶

En definitiva, y sin ánimo de ser exhaustiva enumerando todos los problemas que se desprenden del actual modelo de contratación pública del TLCSP y de aquellos que previsiblemente seguirán existiendo tras la entrada en vigor del P-LCSP, podemos concluir con que el legislador español, aunque consciente de la realidad de la contratación pública, poco hace para eliminar dichos problemas o para reducirlos o paliarlos de forma significativa, pues la nueva legislación que está por venir, pese a que aborda alguno de los problemas que se vienen denunciando, lo hace de manera superficial, en algunos casos ni siquiera entra, y en otros casos incluso los maximiza, como podría ser el ejemplo del abuso de la contratación menor.

Para finalizar este trabajo se van a plasmar una serie de conclusiones generales sobre la temática tratada en el mismo.

Primera. El modelo de contratación pública español está a la espera de sufrir importantes modificaciones, y ello debido a la incorporación a nuestro ordenamiento de las llamadas Directivas de cuarta generación. No obstante, el plazo para llevar a fin dicha incorporación ha quedado superado, lo que lleva a la aplicación de aquellas Directivas en nuestro ordenamiento por efecto directo, lo que responde a lo sentado por la jurisprudencia proveniente del TJUE. Junto a ello debe ser dicho, que pese al incumplimiento manifiesto del Gobierno en su labor de incorporación a nuestro ordenamiento de dicha normativa, se encuentra a la espera de aprobación definitiva el P-LCSP, que precisamente tiene como objeto la incorporación de la nueva regulación europea en España, por lo que podemos

⁸⁶ Opinión de ALMONACID LAMELAS. V, “La Corrupción está en la contratación pública...” accesible online en <https://nosoloaytos.wordpress.com/2015/11/02/la-corrupcion-esta-en-la-contratacion-publica/>

deducir que en un plazo más o menos breve España se dotará de una nueva regulación sobre contratación pública que supone cierta evolución con respecto al modelo que presenta el todavía vigente TRLCSP, evolución que parece que viene obligada por las Instituciones europeas, ya que pese a que el Derecho europeo en esta materia intenta dar relevancia a aspectos sociales y a una nueva realidad que la sociedad afronta, el texto español aborda lo mínimo exigible para cumplir con su obligación, ya que deja fuera muchos aspectos que deben ser replanteados, regulados o bien eliminados, e incluso enfatiza determinados problemas que con el TRLCSP se pusieron en evidencia

En mi opinión se debería haber llevado a cabo una reforma legislativa en materia de contratación pública de gran envergadura, oportunidad que se perdió, y en mi opinión se perdió por motivos políticos, ya que no debe olvidarse que en el momento en el que se estaba llevando a cabo el proceso legislativo para la incorporación a nuestro ordenamiento de aquel Derecho comunitario, España se enfrentaba a un devenir político totalmente incierto, que paralizó al Gobierno y por ende al poder legislativo, y que dejó el texto en una situación de *stand by*.

Por todo ello tenemos que tener en cuenta la confluencia de tres regulaciones en cuanto a la contratación pública en este país, por un lado tenemos las Directivas provenientes de la UE, por otro tenemos el todavía vigente TRLCSP y por último tenemos el P-LCSP que aunque no se encuentra en vigor, debe tenerse en consideración. Junto a ello debemos también mencionar y tener en cuenta el Derecho de las CCAA que puede tener relevancia en cuanto a que desarrolla la legislación básica estatal

Podemos concluir con la afirmación de que en el ámbito de la contratación pública deben ser tenidas en cuenta y conjugadas las normas provenientes del Derecho europeo, la aún vigente regulación nacional, el P-LCSP e incluso se podrían tener en consideración las normas emanadas de los poderes legislativos autonómicos en torno a esta materia, en cuanto son desarrollo de la normativa básica emanada del Estado.

Segunda. Los principios que inspiran la contratación pública en España dimanar del Derecho europeo, pues en la construcción europea del mercado interior es fundamental la figura de la contratación pública basada en la libre competencia y en los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar una eficiente utilización de los fondos. Principios que son plasmados en el texto de la legislación sobre

contratación pública, pero que sin embargo, su reflejo en la práctica administrativa dista mucho de lo que debería ser un respeto escrupuloso a los mismos, pues la contratación pública está tachada de ser uno de los principales focos de corrupción de nuestro país, siendo numerosos los casos de corrupción que en los últimos tiempos se están destapando y que tienen como origen un contrato público. Este problema que no ha sido solucionado por el P-LCSP, que a pesar de recoger claramente el respeto que debe hacerse de los principios en cada una de las fases del proceso de contratación pública, no revela la voluntad real de abordar un cambio en la eliminación de todos los obstáculos que se encuentran para una real garantía y respeto de estos principios generales.

En definitiva, la teoría legislativa es siempre idílica, sin embargo, la experiencia práctica demuestra la pesadilla de un sistema señalado por la corrupción y el oscurantismo, en gran medida por el escaso o nulo respeto que de los principios inspiradores del sistema se hace por parte de los organismos contratantes, e incluso de los sujetos contratistas, que logran mediante subterfugios prácticos eludir buena parte de las garantías que deberían enarbolar un sistema como el de la contratación pública, que es uno de los ejes vertebradores del mercado interior europeo y pone en juego buena parte de los fondos públicos de un país.

Tercero. La fase de adjudicación es la segunda de las fases que la legislación contractual, tanto europea o como nacional, prevé dentro del modelo de la contratación pública. Esta fase procedimental podría calificarse como la más relevante y el eje central de la contratación pública, y también es en esta fase donde los mayores problemas que presenta esta materia surgen. No obstante no todos ellos se derivan directamente de la omisión de las garantías y el respeto de los principios generales de la contratación pública, pues existen otros problemas prácticos que aunque no directamente, también tienen relación con esta fase del proceso, como por ejemplo la falta de homogeneización de la regulación de los contratos SARA y no SARA, pues como aboga la doctrina, lo deseable sería la homogeneización de ambos regímenes pese a que la normativa europea no hace imperativa dicha homogeneización, ya que es una opción que interesa aplicar a nuestro ordenamiento, pues llevarla a cabo reportaría numerosos beneficios y sinergias positivas apreciables en todas las fases del proceso de contratación pública, como por ejemplo el aumento del número de licitadores, ya que ello conllevaría un incremento de la variedad, calidad e innovación y la obtención del mejor de los precios, gracias a la competencia efectiva y real que se daría entre ellos.

En cuanto a los criterios de selección del contratista, considero de gran relevancia la introducción de la configuración de los mencionados criterios sobre la base de la relación calidad-precio y no exclusivamente en torno a la oferta económica más ventajosa y la inclusión de criterios sociales y medioambientales como tal. Pues estos criterios cualitativos son de gran importancia para la sociedad, aunque la valoración de los mismos puede suponer un problema, ya que si se les otorga una valoración superior que la dada para el precio nos podemos encontrar con adjudicaciones correctamente realizadas desde un punto de vista formal, pero con un precio excesivamente elevado, que irían en detrimento del objetivos de la contratación pública de lograr una utilización óptima de los fondos públicos. Por lo que sería conveniente regular de una manera más concreta el aspecto de la valoración de estos criterios y su ponderación, tanto los cualitativos como el referido al precio, ya que su ponderación deja un margen de discrecionalidad demasiado elevado que podría erosionar todavía más los principios generales de la contratación pública.

En cuanto a los procedimientos de adjudicación, cabe destacar la inversión de la regla general en la práctica administrativa, pues los procedimientos calificados en el propio TRLCSP como ordinarios son los que en la práctica menos son seguidos, siendo los más seguidos los procedimientos extraordinarios y en especial el procedimiento negociado, que acaba siendo distorsionado de manera que su aspecto esencial, la negociación, es conscientemente olvidado o convertido en un proceso teatral con la finalidad de que el órgano de contratación pueda adjudicador el contrato a un licitador en concreto, eliminando toda concurrencia y falseando gravemente la competencia entre licitadores. Aunque el punto negro más grande que la contratación pública presenta en este sentido es la existencia de la figura de los contratos menores, los cuales al adjudicarse directa y libremente suponen toda ignorancia de garantías, principios y protecciones. Práctica que es abusiva, sobre todo en lo que a entidades locales concierne, pues los elevados umbrales que la legislación establece hacen que a nivel local lo complicado sea adjudicar un contrato que se halle por encima de esas cuantías. Y los umbrales tan elevados no fueran suficiente problema, en la regulación dada por las Directivas y recogida por el P-LCSP se convierte en regla general el fraccionamiento del objeto del contrato (siempre que fuere posible), debiéndose justificar si no se realiza así, por lo que facilita la practica de la división del contrato en lotes para proceder a su adjudicación directa, y lo que en el TRLCSP se preveía como una prohibición, con la nueva regulación ahora queda habilitado.

Por lo que a las novedades que en este sentido introduce la Directiva 24/2014, cabe destacar la creación del procedimiento abierto simplificado, que pese a ser el conducto ideal para encauzar la adjudicación de los contratos menores y sacarlos de ese oscurantismo procedimental, el legislador español no lo ha considerado de dicha manera, ya que ha optado por no abordar un problema cuya solución se antoja relativamente sencilla con este nuevo procedimiento. Incluso podrían haberse previsto la coexistencia de ambos procedimientos en función de la cuantía del contrato, o de su emergencia en la tramitación del expediente de contratación. Dejando la adjudicación directa para la adjudicación de contratos en supuestos realmente extraordinarios o bien en supuestos de escaso impacto económico. En base a ello, mucho me temo que será un procedimiento que no sustituirá la utilización del procedimiento negociado, manteniéndose uno de los problemas que a día de hoy se aprecian en esta fase procedimental.

Cabe destacar también la creación del procedimiento de asociación para la innovación, que aunque en el papel presenta indudables ventajas como es el fomento de la innovación y la previsión de la utilización de medios electrónicos, pueden ser advertidos determinados problemas derivados de la imprecisión terminológica latente de este procedimiento junto con la difícilmente comprensible regla de los costes estimados del contrato. Lo que hace que el futuro de este procedimiento no se demasiado halagüeño, por lo que sería conveniente dar otra vuelta a su regulación y adaptarla realmente a los objetivos perseguidos con el mismo y junto a ello buscar la concienciación de cambio de la cultura administrativa nada proclive a avances tecnológicos ni de ningún tipo.

Cuarta. Parece que la contratación electrónica se ha erigido como una de las soluciones a los problemas que presenta la contratación pública, y en especial a los problemas derivados de la adjudicación de los contratos públicos como es la huida de los principios de la contratación pública, pues la implementación completa en la estructura administrativa de nuestro país de la contratación mediante medios telemáticos o electrónicos supondría dar un paso enorme hacia el aumento de la eficiencia y la disminución de costes. Con esta motivación la UE alienta a los Estados miembros a abrazar el uso de la contratación pública electrónica, algo que sin embargo, no acaba de verse claro en las Directivas de cuarta generación, pues aunque la voluntad del legislador es la de incrementar el uso de este nuevo sistema, sigue dejando margen a los legisladores nacionales para optar o no por la contratación electrónica, suponiendo la divergencia entre

Estados miembros y dificultado la contratación pública internacional entre los que opten por este sistema y los que no.

Por lo que a España respecta, es conocida la reticencia a innovar en las estructuras administrativas, por lo cual no se ha optado por adoptar por completo la contratación electrónica, dejando atrás la oportunidad de incorporar al modelo de contratación pública español las ventajas que representaría abrazar los medios telemáticos y hacer mejores los procedimientos de adjudicación que a día de hoy se revelan insuficientes para afrontar una realidad social que clama por una mayor transparencia que garantice una utilización óptima de la contratación pública. Queda clara la importancia de que las estructuras administrativas de un país, y en este caso las españolas, se adapten a las exigencias de la sociedad y en el siglo en el que vivimos donde las tecnologías han invadido nuestra vida, no se entiende que los medios tecnológicos no se incorporen a la estructura administrativa, máxime cuando ello supone sinergias positivas en la contratación pública, y en general que beneficiarían

Quinta. Como conclusión definitiva cabe decir que la contratación pública ha ido adquiriendo progresivamente una gran relevancia dentro de la UE como una de las materias clave para la consecución del objetivo primigenio de la misma de lograr un mercado interior, donde la libre circulación y la libre competencia sean una realidad. De manera paralela a esta concienciación sobre su relevancia han ido sucediéndose a nivel comunitario importantes modificaciones legislativas de esta materia, con la finalidad de adaptar la misma a las exigencias de la sociedad y a una realidad en constante evolución. Consecuentemente, dichos cambios legislativos comunitarios han ido adoptándose dentro de los Estados miembros para cumplir su deber de incorporación a sus ordenamientos las Directivas comunitarias emanadas por las Instituciones de la UE acerca de la contratación pública y conseguir, dentro de los márgenes discrecionales permitidos para los legisladores nacionales, la homogeneización de las normas sobre contratación pública, favoreciendo la contratación internacional y reduciendo los riesgos que podrían producirse por la presencia de grandes divergencias legislativas sobre esta materia.

Es en este momento cuando los cambios legislativos sobre la contratación pública se revelan significativos, nuestro ordenamiento todavía se encuentra a la espera de la entrada en vigor de una nueva Ley que incorpora el nuevo Derecho comunitario y mientras ello acontece, deben coordinarse dos normativas y tenerse en cuenta el P-LCSP, lo que deja a los operadores económicos en una situación de inseguridad jurídica, pues se antoja

harto complicado conocer una normativa que en estos momentos se encuentra fragmentada en diferentes textos, siendo de aplicación uno u otro según las circunstancias del contrato concreto que se quiera licitar y quien sea el ente, entidad u organismo público que lo licita. No obstante, este no es el único problema que presenta nuestra regulación en materia de contratos públicos, ni mucho menos, pues es latente la problemática de un sistema marcado por la corrupción y por la desconfianza de toda una ciudadanía que ve con recelo cada contrato que es celebrado por el sector público. Lo que debería considerarse como una herramienta que debería reportar beneficios a la sociedad se convierte a los ojos de la sociedad de un país en una materia culpable de un alarmante despilfarro de fondos públicos.

Pues bien, casi todos estos problemas, por no decir todos, se desprenden de la fase de adjudicación, que podría calificarse como el eje vertebrador de la contratación pública y dada su importancia es incomprensible que el legislador español mire hacia otro lado en lo que a una modificación legislativa de gran calado se refiere, ya que se podrían minimizar o erradicar todos esos problemas mediante una regulación eficaz capaz de abordar los viejos problemas que se han venido advirtiendo y anticiparse a todas aquellas exigencias que la sociedad demanda, como podría ser la implementación completa y de manera eficiente de la contratación electrónica. Si bien es cierto que la nueva regulación contenida en el P-LCSP avanza en este sentido, sus previsiones se quedan en muchos casos escasas y en otros casos son nulas, ya que el legislador ha preferido no modificar sustancialmente el modelo contenido en el todavía vigente TRLCSP. Lo que provoca cierta decepción ya que la entrada en vigor de esta nueva regulación no va a cambiar en gran medida el modelo de contratación pública en España, y de continuar en la misma línea que años atrás, seguirán sucediéndose casos de corrupción derivada de contratos públicos y seguirán dándose problemas prácticos derivados de cuantas legislaciones en esta materia se aprueben. Algo que podría empezar a cambiar si la voluntad del legislador fuera la de abordar una reforma en la que se tuvieran en cuenta todos los problemas que presenta el modelo actual y se convirtiera la contratación pública en una materia que reportara beneficios a la sociedad, pues su fin último es precisamente ese, convirtiendo, por lo tanto, la contratación del sector público en un sistema sano, libre de sospechas y fuera del oscurantismo que ahora la caracteriza.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCTRINALES.

1. BIBLIOGRAFÍA

ALMONACID LAMELAS. V, “¿Adiós a la corrupción en la contratación pública?” Accesible online en: <https://nosoloaytos.wordpress.com/2016/12/24/adios-a-la-corrupcion-en-la-contratacion-publica/>

ALMONACID LAMELAS. V, “La Corrupción está en la contratación pública...” Accesible online en: <https://nosoloaytos.wordpress.com/2015/11/02/la-corrupcion-esta-en-la-contratacion-publica/>

BATET GIMENEZ. M P. “El nuevo contrato de asociación para la innovación.” Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas. Nº. 131, 2014

BERMEJO VERA. J. *Derecho Administrativo parte especial*. 7ª Edición. Civitas. 2009

BLANCO LOPEZ. F, “Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado.” Observatorio de la contratación pública. 2016. Accesible online <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.217/relcategoria.208/relmenu.3/chk.7ee992bed268100aa18c4516fc02217e>

CANDELA TALAVERA. JE, “La transparencia y el contrato menor.” Observatorio de la contratación pública. 2014. Accesible online en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.156/relcategoria.208/relmenu.3/chk.6b0c2f696b2ab48a640f31f2d344c451>

DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Algunas respuestas a la crisis desde la legislación de contratos del sector público*, A. Blasco Esteve (coord.), Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo Palma de Mallorca (*El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo*), 11 y 12 de febrero de 2011, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.

GARCIA DE ENTERRÍA.E, “La figura del contrato administrativo”, Revista de Administración Pública, 1963, n. 41

GIMENO FELIU, JM, *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación: (la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español)*, 3ª Edición, Civitas, Madrid, 2003.

GIMENO FELIÚ, J.M., “El ámbito de aplicación de la LCSP: Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos”. Cuadernos de Derecho Local, nº 22, 2010, págs. 43-82.

GIMENO FELIÚ, J.M. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*. Thomson Reuters Aranzadi, 2014

GIMENO FELIÚ, J.M. *El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición*. Observatorio de Contratación Pública, 2015

GIMENO FELIÚ. JM “La Adjudicación de los contratos la oferta económicamente más ventajosa.” Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre «La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas (sociales y medioambientales)»

GIMENO FELIU. JM, “La compra innovadora”. Observatorio de la contratación pública. 2016. Pp. 19-23

GIMENO FELIÚ, J.M., “La Ley de Contratos del Sector Público: una norma en movimiento”, Actualidad Jurídica Aranzadi, n. 799, 2010.

GIMENO FELIÚ, J.M., *Las nuevas directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 159, 2013, págs. 39-106.

GIMENO FELIÚ, J.M., “Novedades en la Nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública”. Revista de estudios locales, nº Extra 161, 2013, págs. 15-44.

GIMENO FELÚ, JM, “Sistema de control de la contratación pública en España: (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos, la doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales, enseñanzas y propuestas de mejora)”. Observatorio de los contratos públicos. 2016

MARTIN-RETORNILLO. L. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, pp. 186-1877. 2014.

MARTÍN OVIEDO, JM., *Contratos públicos 2009-2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2009.

MERINO GOMEZ. G, “La Directiva de contratación pública ¿Nuevas soluciones a viejos problemas?”, Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014, p. 188-190

MORENO MOLINA, *El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación en el Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. Del tomo II.

MORENO MOLINA J. A., “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. X, 2008.

MORENO MOLINA. J.A, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3ª ed. 2011, La Ley, Madrid, 2007.

MORENO MOLINA J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006

MORENO MOLINA, J.A., y PLEITE GUADAMILLAS, F., *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2012.

OCHSENIUS ROBINSON. I, “La contratación electrónica en España ¿ha de ser obligación o libre elección? La contratación pública electrónica objeto de atención permanente por parte de las instituciones comunitarias de la UE.” Observatorio de la contratación pública. 2016

RUIZ DE CASTAÑEDA. A y. BERNAL BLAY. M.A, *La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes*, Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42.

SABIOTE ORTIZ, AM, “La nueva Directiva clásica de contratación”. Actualidad jurídica Uría Menéndez. N° 3

SANCHEZ MORON. M, *Derecho Administrativo. Parte General*, 12ª Edición, Tecnos 2016.

SANCHEZ MORON. M, *Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, 1ª Edición, Lex Nova, 2012

SANCHEZ MORON. M, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª Edición, Civitas 2004

2. JURISPRUDENCIA.

STC 148/1988 de 2 de Julio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1998)
ECLI:ES:TC:1998:148

STC 141/1993 de 22 de Abril de 1993 (BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1993)
ECLI:ES:TC:1993:141

STC 31/2010 de 28 de Junio de 2010. Recurso de inconstitucionalidad n. 8045-2006.
ECLI:ES:TC:2010:31

STJCE de 17 de Noviembre de 1993, Comisión contra España. Asunto C-71/92,
ECLI:EU:C:1993:890

STJUE de 4 de Diciembre de 1974, caso Van Duyn. Asunto 41-74, ECLI:EU:C:1974:133

STJUE de 5 de Abril de 1979, caso Ratti. Asunto 148/78, ECLI:EU:C:1979:110

STJUE de 5 de octubre de 1994, caso Van Munster, C -165/91, ECLI:EU:C:1994:359

STJUE de 25 de abril de 1996, Comisión contra Bélgica, C-87/94. ECLI:EU:C:1996:161

STJUE de 20 de Septiembre de 1988, caso Beentjes. Asunto 31/87, ECLI:EU:C:1988:422

STJUE de 15 de Enero de 1998, caso Mannesman Anlagenbau Austria y otros/Strohal Rotationsdruck. Asunto C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4

STJUE de 26 de septiembre de 2000, caso Engelbrecht, C-262/97, ECLI:EU:C:2000:492

STJUE de 3 de Octubre de 2000, caso University of Cambridge. Asunto C-380/98,
ECLI:EU:C:2000:529

STJUE de 7 de Diciembre de 2000, caso Telaustria Verlags GmbH Y Telefonadress GmbH contra Telekom Austria AG, antiguamente Post & Telekom Austria AG. Asunto C-324/98. ECLI:EU:C:2000:669

STJUE de 1 de Febrero de 2001, Comisión contra Francia. Asunto C-333/99, ECLI:EU:C:2001:73

STJCE de 18 de Octubre de 2001, caso SIAC Construction. Asunto C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553

STJUE de 27 de Febrero de 2003, caso Adolf Turkey. Asunto C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110

STJUE de 15 de Mayo de 2003, Comisión contra el reino de España. Asunto C-214/00, ECLI:EU:C:2003:276

STJUE de 22 de Mayo de 2003. Caso Korhonen y otros. Asunto C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300

STJUE de 16 de Octubre de 2003, Comisión contra el reino de España. Asunto C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544

STJUE de 13 de Enero de 2005, Comisión contra el reino de España. Asunto C-84/03, ECLI:EU:C:2005:14

STJUE de 13 de Octubre de 2005, caso Parking Briexen. Asunto C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605

STJUE de 4 de Julio de 2006, caso Adeneler y otros Asunto C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443

STJUE de 10 de Septiembre de 2009, caso Eurowasser. Asunto C- 206/08, ECLI:EU:C:2009:540

STJUE de 10 de Diciembre de 2009, Comisión contra Francia. Asunto C-299/08, ECLI:EU:C:2009:769

STS 4386/2003(Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de Junio de 2003, ECLI: ES: TS:2003:4386

3. INFORMES Y DICTAMENES.

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 32/1993, de 16 de febrero de 1994 d. "Publicación de las adjudicaciones de los contratos"

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 19/1993, de 25 de octubre de 1993. "Exigencias que, con independencia de la clasificación, establecen determinados órganos de contratación para la fase de admisión previa y en el procedimiento restringido".

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 53/1997, de 2 de marzo de 1998. "Los criterios objetivos de valoración de las ofertas y su distinción de los medios en virtud de los cuales se determina la solvencia de las empresas. El criterio objetivo de la calidad".

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 10/1998, de 11 de junio de 1998. "Contratos menores".

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 12/02 de 13 de Junio de 2002. "Garantía definitiva en contratos menores"

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 35/2006, de 30 de octubre de 2006. "Utilización del procedimiento negociado cuando solo exista un contratista que pueda realizar el objeto del contrato".

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 2/2007, de 22 de enero de 2007. "Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 22 de enero de 2007 respecto de la aplicación de importes de los contratos para determinar si procede la aplicación de la publicidad de los anuncios de los procedimientos de adjudicación y de las adjudicaciones de los mismos en el Diario Oficial de la Unión Europea".

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 63/2008, de 31 de marzo de 2009. "Procedimiento restringido. Procedimiento a seguir para la determinación de los candidatos a invitar a presentar sus ofertas cuando el número de estos que cumple los requisitos exigidos supera el máximo establecido".

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 48/09, de 1 de Febrero de 2010

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 42/2012, de 7 de mayo de 2013. "Adecuación a la legalidad de fórmulas para valorar el precio como criterio de admisión de ofertas".

Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo.

Informe 1/2016, de 6 de abril de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente) sobre contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición.

Instrucción de la Abogacía General del Estado nº1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas dependientes de la Administración General del Estado.