

CLAVES

Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público

Adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre

Directores

Alberto Palomar Olmeda

Mario Garcés Sanagustín

Coordinador

Javier Vázquez Garranzo

■ LA LEY

CLAVES

■ LA LEY

Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público

Adaptados a la Orden HFP/1298/2017,
de 26 de diciembre

Directores

Alberto Palomar Olmeda
Mario Garcés Sanagustín

Coordinador

Javier Vázquez Garranzo

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: febrero, 2018

Depósito Legal: M-1751-2018

ISBN Impreso: 978-84-9020-673-7

ISBN Electrónico: 978-84-9020-674-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista.

III. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LAS AA.PP.

Tal como ya expuso el Consejo de Estado en el Dictamen 1270/1993, de 1 de diciembre de 1993, el procedimiento de selección de contratistas debe estar orientado, de una parte, a garantizar un trato igual a todos los que, siendo capaces y no estando incurso en causa de prohibición, aspiren a ser contratistas y, de otra, no divergente, a servir al interés público. La confluencia de estas dos finalidades se garantiza mejor rodeando a todo el *iter* del procedimiento de la adecuada publicidad y, a la vez, facilitando la libre concurrencia.

Los procedimientos capaces de suscitar la concurrencia —presupuesta la publicidad— constituyen una máxima garantía para los intereses públicos, pues mediante tales prescripciones todos cuantos reúnan los requisitos de capacidad y solvencia pueden acudir al concurso, a la subasta o a formas híbridas de licitación, y la Administración deberá, con criterios de objetividad, adjudicar la obra (o el servicio) a la proposición más ventajosa para los intereses públicos, sirviéndose así a los principios de objetividad e igualdad.

1. Normas generales de la adjudicación de los contratos

Como se ha indicado anteriormente, la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, dedica el Libro II, artículos 115 a 315, a los contratos de las Administraciones Públicas. A continuación se expondrá la regulación contenida en la Sección 2.^a (De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, artículos 131 a 187) del Capítulo I (De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas) del referido Libro II.

1.1. Procedimiento de adjudicación

El artículo 131⁽³⁶⁾ establece como regla general que los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán utilizando el proce-

(36) Se corresponde con los artículos 26 a 32 de la Directiva 2014/24/UE (DN); y con el artículo 30 y Considerando (8) de la Directiva 2014/23/UE (DC).

dimiento abierto (permite a cualquier empresario presentar una oferta) o el procedimiento restringido (permite a los empresarios seleccionados por la Administración, previa solicitud, presentar una oferta) y las siguientes reglas especiales:

— Los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, se adjudicarán mediante el procedimiento restringido.

— En los supuestos establecidos por el artículo 168 podrá seguirse el procedimiento negociado sin publicidad.

— En los casos previstos en el artículo 167 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación.

— En los casos indicados en el artículo 177 podrá emplearse el procedimiento de asociación para la innovación.

— Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118⁽³⁷⁾.

— En los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, no serán de aplicación las disposiciones de la Ley relativas a la preparación y adjudicación del contrato⁽³⁸⁾.

— En los concursos de proyectos se seguirá el procedimiento regulado en los artículos 183 a 187, relativo a las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos.

Por tanto, se establecen como procedimientos ordinarios el abierto y el restringido, y como procedimientos especiales o específicos de un tipo de contrato, el negociado sin publicidad, el diálogo competitivo, la asociación

(37) «1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 233 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra».

(38) Para proceder a la contratación en estos casos bastará con que, además de justificarse la urgencia, se determine el objeto de la prestación, se fije el precio a satisfacer por la asistencia y se designe por el órgano de contratación la empresa a la que corresponderá la ejecución.

para la innovación, el directo para los contratos menores, etc.⁽³⁹⁾. Lo relevante es que la elección del procedimiento de adjudicación no es discrecional, y como indica el artículo 116.4, en el expediente debe justificarse adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato.

1.2. *Principios de igualdad, transparencia y libre competencia*

La jurisprudencia del TJCE exige que las entidades contratantes que celebren un contrato respeten el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél (SSTJCE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98; 21 de julio de 2005, asuntos C-231/03 y C-458/03). Así, la STJCE de 1 de febrero de 2001 afirma que el objetivo de la normativa europea «consiste en excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por las entidades adjudicadoras como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico [sentencia University of Cambridge, antes citada, apartado 17]».

La jurisprudencia nacional es asimismo clara al calificar de normativos los principios de igualdad, publicidad y concurrencia. Así, la STS de 9 de abril de 2002 afirma que «los principios jurídicos que deben informar todo tipo de licitación son la publicidad, la competencia, la contradicción y la igualdad de oportunidades para los licitadores, como ha recogido reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 17 de febrero de 1971, 29 de enero de 1974 y 22 de septiembre de 1988) y tales principios tienen un contenido normativo inferido del análisis de los artículos 1.1, 14 de la Constitución, 1 del Código Civil, 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 3 del Título Preliminar del Código Civil». En este sentido, la STS 20 de noviembre de 2006 afirma que «igualdad, ausencia de discriminación y libre concurrencia (art. 11 TRLCAP) son esenciales para garantizar la transparencia en la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa».

Al tema se refiere el artículo 132⁽⁴⁰⁾ LCSP señalando dos reglas generales. Por un lado, que los órganos de contratación darán a los licitadores y can-

(39) Así, la disposición adicional novena establece las normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.

(40) Se corresponde con el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE (DN); y con los artículos 3 y 30 de la Directiva 2014/23/UE (DC).

didatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la Disposición Adicional Cuarta.

Por otro, que la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.

El artículo exige un tratamiento igualitario y no discriminatorio tanto respecto a los licitadores como a los candidatos. De esta forma, dicho tratamiento es exigible desde el inicio del proceso de contratación, esto es, desde la preparación del contrato, no sólo frente a quienes realicen una oferta, sino también frente a quienes puedan mostrar su interés en presentar una oferta.

La doctrina afirma que, de entre todos los principios, «el más importante es el principio de igualdad, en cuanto que éste es el objetivo primordial que se pretende. El de no discriminación es la otra cara de la moneda del principio de igualdad (...) En cuanto al principio de publicidad y el de concurrencia, no son más que instrumentos para conseguir la igualdad en la contratación administrativa»⁽⁴¹⁾. En definitiva, en un mercado competitivo los agentes deben operar en igualdad de condiciones y de trato, porque, en palabras de GIMENO FELIÚ, «el principio de igualdad de oportunidades es un principio positivo, que obliga a las empresas contratantes a hacer algo. No obstante el principio de no discriminación tiene un contenido negativo, está definido como una prohibición para las entidades afectadas, obligación de abstención o no hacer»⁽⁴²⁾.

En cuanto al principio de transparencia, «los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de

(41) J. R. CALERO, en *Comentarios a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas*, JIMÉNEZ APARICIO, E. (Director), 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 188.

(42) *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 53.



La nueva Ley de Contratos del Sector Público contiene una amplia reordenación de la organización administrativa de apoyo al servicio de la contratación pública: desde la reconfiguración de las competencias de la Junta Consultiva de Contratación Pública y del Comité de Cooperación en materia de contratación pública, hasta la creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, con la inclusión en la misma de la Oficina Nacional de Evaluación, y la necesidad, final, de aprobación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública.

Existen en la nueva norma una serie de novedades significativas en materia de adjudicación, sin duda, la primera, la referida al procedimiento simplificado general y específico, que constituyen elementos centrales para la credibilidad del sistema. Asociar la garantía de la contratación a la existencia de más trámites y más informes tiene el elemento adicional o contradictorio de propiciar un efecto de alargamiento de los trámites y de demora en el cumplimiento de los objetivos que se tratan de conseguir con la provisión de bienes y servicios.

Un sistema de control, evaluación, asesoramiento y demás elementos cuya funcionalidad está por comprobar, pero que, ciertamente, demuestran el deseo del legislador de no repetir algunos de los problemas pretéritos, sino de configurar un marco de contratación estable, predecible y sin «aventuras», que ciertamente dote a este instrumento de la tranquilidad de la que ha carecido en los últimos tiempos.

Y en ese afán se mueve la obra: dotar al profesional de elementos que le permitan un conocimiento detallado de cuantas modificaciones insta la Ley a fin de conseguir una correcta aplicación del novedoso marco regulatorio.

