



RECOMENDACIÓN DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO A LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN EN RELACIÓN CON DIVERSOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Clasificación del informe: 32. Recomendaciones, acuerdos y circulares.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 2.4.c) del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece su régimen orgánico y funcional, está facultada para *“exponer a los órganos de contratación las recomendaciones e instrucciones que considere pertinentes en función de la competencia que le está atribuida”*.

En el ejercicio de esta función, este órgano colegiado ha considerado oportuno adoptar una Recomendación sobre la forma de contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración y sobre alguna otra cuestión derivada de la aprobación de la Ley.

La presente Recomendación cuenta, de acuerdo con su propia naturaleza, con el carácter de no vinculante para los órganos de contratación. Sin perjuicio de ello, se aprueba con el ánimo de que, en beneficio de todos, sirva de guía para una aplicación uniforme por parte de todos los órganos de contratación de los aspectos en ella incluidos.

Por todo lo expuesto, y a efectos de recoger y dar difusión al criterio interpretativo de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la materia citada, se aprueba la siguiente Recomendación en la sesión de su Comisión Permanente de 28 de febrero de 2018.



ÍNDICE:

	Pág.
1.- Introducción.....	3
2.- Cuestiones relativas al régimen de contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública.....	4
2.1. Calificación jurídica de los contratos previstos en el artículo 318.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.....	4
2.2. Interpretación del artículo 318.b) de la Ley a los efectos de la utilización de cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.....	6
2.3. Posibilidad de que los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública aprueben instrucciones o documentos con carácter interno que regulen su contratación. Interpretación de la disposición transitoria quinta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.....	8
2.4. Régimen de recurso aplicable a los contratos de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas en aquellos supuestos en que los actos en cuestión no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación.....	10
2.5. Régimen de recurso aplicable a los actos de preparación y adjudicación de los contratos de los entes del sector público que no tienen la condición de poderes adjudicadores.....	11
2.6. Sujeción de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, a la autorización prevista en el artículo 324.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y en la disposición transitoria 2ª para la celebración de contratos cuyo valor estimado sea superior a 900.000 euros.....	12
2.7. Interpretación del artículo 326 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en cuanto a los procedimientos de adjudicación de contratos de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas.....	13
3.- Otras cuestiones referentes a la LCSP.....	15
3.1. Posibilidad de aplicar las reglas de solvencia técnica previstas para las empresas de nueva creación a los contratos sujetos a regulación armonizada.....	15
3.2. Interpretación del artículo 147 de la LCSP relativo a las reglas de desempate en los procedimientos de contratación.....	17
3.3. Sobre la duración de los contratos de servicios o de suministros conforme al artículo	



29 de la LCSP. Problemas que genera la aplicación de este precepto.....18

3.4. Régimen de contratación de acceso a bases de datos y suscripciones a publicaciones.....21

1.- INTRODUCCIÓN.

La entrada en vigor de la LCSP supone un hito de gran importancia para la contratación pública española. Mediante esta norma se ha adaptado el derecho español de la contratación pública a las exigencias derivadas de la normativa comunitaria, cada vez más extensa y más detallada en esta materia. Se trata de una norma capital en el ámbito económico de nuestro país porque capital es también este sector como elemento dinamizador de la economía.

La LCSP se configura, siguiendo una tendencia consolidada en las últimas leyes reguladoras de la contratación pública, como un texto de gran extensión y complejidad, No es de extrañar, por lo tanto, que antes de su entrada en vigor hayan surgido un buen número de dudas respecto a la interpretación de alguno de los preceptos que, con carácter novedoso, incorpora.

Esta es precisamente la razón por la que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el ejercicio de las funciones que le corresponden, ha considerado pertinente elaborar esta recomendación con el fin de aclarar ciertos aspectos dudosos que han ido surgiendo.

Dentro de estos aspectos dudosos un buen número de ellos se refieren al régimen de contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública y otros a cuestiones diversas que han ido surgiendo en estos meses inmediatamente anteriores a la entrada en vigor de la ley. Sobre ambos tipos de problemas jurídicos va a versar la presente Recomendación, que obviamente deberá completarse con la doctrina que sobre otras materias, por ejemplo los contratos menores, va a emanar este órgano consultivo en próximas fechas.



2.- CUESTIONES RELATIVAS AL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LOS PODERES ADJUDICADORES QUE NO SON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

2.1 Calificación jurídica de los contratos previstos en el artículo 318.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Los artículos 317 y 318 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público aluden a los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública diferenciando el régimen jurídico aplicable a la preparación y adjudicación de los contratos que están sujetos a regulación armonizada y de aquellos que no lo están. En concreto, respecto de estos últimos, la letra a) del artículo 318 alude a los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, señalando respecto de los mismos que podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

Como en tantas otras ocasiones, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público alude al valor estimado de los contratos para determinar la forma en que puede seleccionarse al contratista. En el caso del precepto que analizamos los valores estimados elegidos por el legislador coinciden con los que el artículo 118 establece para los contratos menores, concepto este que, sin embargo, no se menciona en el artículo 318.a). Tampoco este último precepto realiza una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los que contienen la regulación general de dichos contratos menores y, no obstante, surge la duda de si el régimen jurídico aplicable en ambos casos debe ser el mismo.

Esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado considera que existe fundamento jurídico suficiente para concluir que la voluntad de la norma es asimilar ambos conceptos y regímenes jurídicos. En efecto, no cabe



considerar superflua o inútil la circunstancia de que los importes de los contratos y sus categorías jurídicas sean en ambos preceptos -118 y 318 a)-plenamente coincidentes, aspecto que debe añadirse a la cristalina referencia a la adjudicación directa "*a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato*", referencia que contiene una expresión idéntica a la empleada en el artículo 131.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público para aludir a los contratos menores.

Ante esta circunstancia, teniendo en cuenta que ambos supuestos de contratos pueden asimilarse desde el punto de vista jurídico parece lógico concluir que también a los contratos del artículo 318 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público les será de aplicación el completo régimen jurídico previsto para los contratos menores en el artículo 118 de la misma norma, régimen que se resumen del siguiente modo:

- La tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato.
- En segundo lugar se requerirá 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.
- En el caso del contrato de obras deberá añadirse 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 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.
- En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo.
- El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla.
- Los citados contratos se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.



Todas estas reglas pueden aplicarse sin dificultad en el caso de los contratos previstos en el artículo 318 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. La finalidad del artículo 118 es cohonestar el incremento de la seguridad jurídica en los contratos de menor cuantía que realizan las entidades del sector público que tengan la condición de poderes adjudicadores con la sencillez y celeridad máxima del procedimiento, que permite adjudicar directamente el contrato al operador económico que cumpla las condiciones de aptitud necesarias para ejecutarlo.

Esta conclusión es perfectamente compatible con la finalidad que se observa en la Ley en el sentido de aproximar el régimen de preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los poderes adjudicadores, aspecto este que se observa con nitidez en todo el Título I del Libro III de la Ley en los artículos 316 a 320.

En conclusión, es criterio de esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros, y los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros, a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP, coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto.

2.2. Interpretación del artículo 318.b) de la Ley a los efectos de la utilización de cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

El artículo 318.b) de la LCSP establece señala que los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.225.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 209.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la



presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168.

Este precepto establece el régimen procedimental aplicable a los contratos de los poderes adjudicadores que tienen una cuantía intermedia entre los sujetos a regulación armonizada y los contratos que hemos asimilado a los menores. Respecto de ellos la ley realiza una patente aproximación al régimen de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y permite que se puedan adjudicar conforme a las normas previstas para el procedimiento abierto, el restringido, el diálogo competitivo, la asociación para la innovación y los concursos de proyectos. Incluso permite emplear el negociado con publicidad y el negociado sin publicidad, aunque únicamente en los casos previstos en el artículo 168. Esta nueva regulación supone la supresión para este tipo de contratos de la aplicabilidad de las instrucciones internas en el caso de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas.

Se concede a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública la posibilidad de optar por cualquiera de los procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones Públicas y ello debe entenderse como una remisión íntegra a la regulación aplicable a cada uno de estos procedimientos. Tal remisión no puede entenderse ajustada a derecho si no alianza también el cumplimiento de los requisitos de acceso a cada uno de ellos, tal como ocurre, por ejemplo, en el caso del procedimiento abierto simplificado del artículo 159 en sus dos modalidades, los cuales se podrán emplear siempre y cuando se cumplan los requisitos sustantivos que permiten su uso, esto es, el relativo al valor estimado del contrato en cuestión, la limitación de la utilización de los criterios sujetos a un juicio de valor y los procedimentales que les son propios (como la inscripción de los licitadores en el ROLECE).

Otra solución conduciría a situaciones ajenas a la intención evidente del legislador. La omisión de los requisitos de acceso al procedimiento más simplificado permitiría flexibilizar injustificadamente la selección del contratista en contratos de los poderes adjudicadores de un valor estimado muy próximo al de los contratos sujetos a regulación armonizada. Tal circunstancia no es coherente con la finalidad de la norma y no debe reconocerse como ajustada a derecho.



2.3. Posibilidad de que los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública aprueben instrucciones o documentos con carácter interno que regulen su contratación. Interpretación de la disposición transitoria quinta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Ya hemos señalado que es perceptible con nitidez la voluntad del legislador de suprimir en el nuevo texto legal las Instrucciones Internas de contratación previstas en el artículo 191.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El Preámbulo de la nueva Ley señala de forma cristalina que *"En el Libro III se recoge la regulación de los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, en donde la principal novedad es la supresión de las instrucciones de contratación..."*. En el caso de los contratos no sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas ya no caben las instrucciones de modo que la adjudicación de estos contratos debe realizarse por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas.

Por lo tanto, desde la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública han de adjudicar sus contratos no armonizados conforme al artículo 318.b) de dicho texto legal, quedando suprimidas desde ese momento las Instrucciones internas de contratación del artículo 191. b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Tal conclusión veda la posibilidad de que los poderes adjudicadores aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable, prohibición que debe alcanzar a cualquier efecto jurídico frente a terceros –en este caso los licitadores de los procedimientos de contratación-. Únicamente cabría admitir la existencia de instrucciones a los efectos meramente internos y organizativos. Por el contrario, el régimen procedimental y sustantivo de la selección del contratista será exclusivamente el definido por la norma legal respecto del procedimiento escogido para la licitación, siendo estos aspectos a



los que cualquier instrucción interna no puede alcanzar eficazmente. Desde luego esta circunstancia debe entenderse sin perjuicio de la aplicación del régimen de derecho transitorio que contiene la ley (DT 1ª) respecto de los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Por lo tanto, en caso de que se aprobasen instrucciones internas, con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica, debe contemplarse en ellas expresamente su eficacia meramente interna, reproduciendo el mandato del artículo 318.b), y explicitando que su aprobación no desplaza la aplicación obligatoria de los correspondientes preceptos legales.

Esta sencilla conclusión se ve afectada por el contenido de la disposición transitoria quinta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Señala esta Disposición que *“Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos”*.

Esta confusa redacción debe ser objeto de interpretación integradora que permita allanar las dudas que ofrece en la medida en que se trata de un mandato difícilmente compatible con el articulado de la Ley. En primer lugar, el precepto alude a un Título Tercero sin mencionar a qué Libro de la LCSP se entiende referido. En realidad, por razón de su contenido (relativo a las instrucciones internas de contratación), y de acuerdo a un criterio sistemático (dada la cita de los artículos 318 y 321 de la Ley), dicha disposición transitoria parece querer aludir al Libro Tercero de la LCSP. Pero, para ser coherente con la regulación del artículo 318 b) no cabe referir la posibilidad de emplear las instrucciones internas de contratación a todos los entes regulados en Libro, sino tan sólo a los a las entidades del sector públicos que no son poderes adjudicadores (esto es, a los del Título II del Libro Tercero) que, tal como hemos mencionado, son los únicos que mantienen las instrucciones internas de contratación (artículo 321.1), y los únicos a los que,



en consecuencia, puede resultar aplicable el mandato de adaptación de las instrucciones internas recogido en esa norma de derecho transitorio.

En cualquier caso es evidente que una norma de derecho transitorio no puede definir el derecho sustantivo aplicable, sino que se debe limitar a regular los efectos temporales del propio derecho sustantivo. Toda norma transitoria parte necesariamente de una norma sustantiva cuyo régimen intertemporal pretende disciplinar. De ahí que la disposición transitoria quinta de la LCSP (que regula el plazo de adaptación de las instrucciones de contratación a las previsiones de la nueva Ley) no pueda desvirtuar ni prevalecer sobre el mandato sustantivo de dicho texto legal, plasmado en los artículos 318 y 321 de la LCSP, y reforzado con los pronunciamientos categóricos del Preámbulo, con arreglo a los cuales las Instrucciones Internas de contratación desaparecen respecto de los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores y sólo subsisten respecto de las entidades del sector público que no tienen la condición de poder adjudicador que, en consecuencia, son los únicos que deben adaptar el contenido de sus instrucciones a la nueva Ley en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de su entrada en vigor, quedando sin efecto las Instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública desde la entrada en vigor de la LCSP.

2.4. Régimen de recurso aplicable a los contratos de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas en aquellos supuestos en que los actos en cuestión no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

El artículo 44.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público es el que regula esta cuestión del siguiente modo:

"Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.



En el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.”

Del precepto transcrito podemos extraer las siguientes conclusiones:

- La norma regula el régimen de impugnación de los actos que no son susceptibles de recurso especial en materia de contratación.
- Afecta a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública en todas sus diversas variantes.
- Configura un sistema de recurso de alzada impropio ante el titular del departamento, ente u organismo de adscripción o tutela.

Esta fórmula no es extraña en nuestro derecho de contratos públicos en la medida en que la ley acude de forma frecuente a este sistema para el control de los distintos actos que dictan en materia contractual tanto los poderes adjudicadores como las entidades del sector público que no tienen esta condición. Este régimen de impugnación se configura, por otro lado, como un sistema especial aplicable a los contratos públicos y que prevalece, por razón de la materia, sobre lo dispuesto con carácter general en el artículo 114.2.d) de la Ley 39/2015 que, además, admite expresamente excepciones por norma con rango legal, como es el caso. A la tramitación de este recurso de alzada, no obstante, sí se aplicarán las restantes normas de la LPA que regulan aquellos aspectos propios del recurso de alzada que no están descritas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por expresa exigencia de la norma especial.



2.5 Régimen de recurso aplicable a los actos de preparación y adjudicación de los contratos de los entes del sector público que no tienen la condición de poderes adjudicadores.

El artículo 321.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece este régimen del siguiente modo:

“Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo, se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.”

El precepto es idéntico al que la ley contiene respecto de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública. Consecuentemente, los argumentos expuestos en el apartado anterior son también aplicables respecto de este nuevo recurso de alzada impropio, de modo que este régimen de impugnación también se configura como un sistema especial aplicable a los contratos públicos. A la tramitación de este recurso de alzada, se aplicarán las normas de la LPA que regulan aquellos aspectos propios del recurso de alzada por expresa exigencia de la norma especial.

2.6. Sujeción de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, a la autorización prevista en el artículo 324.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y en la disposición transitoria 2ª para la celebración de contratos cuyo valor estimado sea superior a 900.000 euros.

El artículo 324 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público regula las autorizaciones para contratar en el sector público estatal. Su apartado 5 dispone lo siguiente:



“Los Secretarios de Estado, o en su defecto, los titulares de los departamentos ministeriales a que se hallen adscritas las entidades que tengan la consideración de poder adjudicador en virtud de lo establecido en el apartado 3 del artículo 3 de la presente Ley podrán fijar el importe del valor estimado a partir del cual será necesaria su autorización para la celebración de los contratos.

A tal efecto, dichas entidades podrán elevar a la Secretaría de Estado a la que se hallen adscritas, o en su defecto, al titular del departamento ministerial de adscripción, la correspondiente propuesta”.

Por su parte, la disposición transitoria segunda de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece lo siguiente:

“Hasta el momento en que los Secretarios de Estado, o en su defecto, los titulares de los departamentos ministeriales fijen la cuantía para la autorización establecida en el apartado 5 del artículo 324 será de aplicación la cantidad, calculada de conformidad con el artículo 101, de 900.000 euros.”

La claridad de ambos preceptos nos debe llevar a concluir que la autorización del artículo 324.5 y la regla recogida en la disposición transitoria segunda resultan aplicables, desde la fecha de entrada en vigor de la LCSP, a todos los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública.

2.7. Interpretación del artículo 326 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en cuanto a los procedimientos de adjudicación de contratos de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas.

El artículo 326 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público señala que en los procedimientos abiertos, abierto simplificado, restringidos, de diálogo competitivo, de licitación con negociación y de asociación para la innovación, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una mesa de contratación. Añade que en los procedimientos negociados sin publicidad la constitución de la mesa será potestativa para el órgano de contratación, salvo en los casos de



imperiosa urgencia. Por último en los procedimientos más simplificados del artículo 159.6 también será potestativa la constitución de la mesa.

Nada dice la Ley sobre la mesa de contratación en los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas. Por lo tanto, debe entenderse que la presencia de la mesa ha de ser facultativa en estos casos, de modo que nada obsta a que los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública o a que las entidades del sector público que no tienen la condición de poder adjudicador decidan constituir mesas de contratación, como órganos de asistencia técnica especializada, en sus procedimientos de contratación.

Dicha posibilidad ya se admitió expresamente por la Abogacía General del Estado en su Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles estatales y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado que, examinando la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y tras poner de manifiesto que la exigencia de mesa de contratación en los procedimientos abiertos, restringidos y negociados con publicidad sólo resultaban aplicable respecto de las Administraciones Públicas, indicaba que *"ello no obstante una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, que el artículo 1 de la LCSP exige salvaguardar en toda la contratación del sector público, aconseja el establecimiento, en los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado, de un órgano de valoración que, con una composición preestablecida, se encargue de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, siendo posible, e incluso aconsejable, que su composición se inspire, en la medida de lo posible y con las adaptaciones que resulten necesarias, en lo dispuesto en el artículo 295.3 de la Ley para las Administraciones Públicas"*.



3. OTRAS CUESTIONES REFERENTES A LA LCSP.

3.1. Posibilidad de aplicar las reglas de solvencia técnica previstas para las empresas de nueva creación a los contratos sujetos a regulación armonizada.

Los artículos 88 a 90 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público regulan la solvencia técnica o profesional en los contratos de obras, suministros y servicios respectivamente señalando, en términos similares en todos los casos, que en los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refiere la propia, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido respecto a la ejecución de un número determinado de obras o servicios.

Resulta claro que las normas citadas tienen como finalidad evitar restricciones de acceso a las licitaciones a empresas de nueva creación. La razón no es otra que estas empresas, que se habrán constituido en un plazo inferior a cinco años, no podrán acreditar fácilmente su solvencia técnica mediante la relación de las principales obras, servicios o trabajos realizados en el curso de, como máximo, los cinco o tres últimos años y que tengan igual o similar naturaleza de los que constituyen el objeto del contrato.

Desde la perspectiva del Derecho comunitario la Directiva 2014/24/UE regula esta cuestión en su artículo 60. 3 y 4 cuando establece:



“Por regla general, la solvencia económica y financiera del operador económico podrá acreditarse mediante una o varias de las referencias que figuran en el anexo XII, parte I.

Cuando, por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.

4. La capacidad técnica de los operadores económicos podrá acreditarse por uno o varios de los medios enumerados en el anexo XII, parte II, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, los suministros o los servicios”.

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 60.1 de la Directiva añade que *“los poderes adjudicadores no exigirán medios de prueba distintos de los mencionados en el presente artículo y en el artículo 62”* (relativo a las normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental).

De los anteriores preceptos se deduce que la Directiva 2014/24/UE admite medios alternativos de acreditación de la solvencia económica y financiera pero no de la solvencia técnica o profesional, que se ha de acreditar estrictamente por uno o varios de los medios enumerados en la norma. En la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público se contempla esta previsión para solvencia económica en el artículo 86.1 con una redacción muy próxima a la de la Directiva.

Lo que se recoge respecto de la solvencia técnica es una previsión tendente a flexibilizar la acreditación de la solvencia técnica o profesional por las empresas de nueva creación, respecto de los contratos de obras, suministros y servicios que no están sujetos a regulación armonizada o que, en el caso de las obras tengan un valor estimado inferior a 500.000 euros (Importe coincidente con el que determina la exigencia de clasificación en el contrato de obras, conforme al artículo 77 de la Ley), contratos todos ellos que son los que, por definición, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE. Por tanto, si quedan fuera del ámbito de la Directiva es perfectamente posible que el legislador español haya recogido una norma más



flexible y amplia, que facilite el acceso a las licitaciones de empresas de nueva creación, dinamizando la actividad económica y facilitando el emprendimiento empresarial. De aquí se deduce la idea de que la voluntad del legislador ha sido la de reconocer flexibilidad para acreditar la solvencia técnica y profesional por las empresas de nueva creación sólo respecto de los contratos no sujetos a la Directiva que menciona, que son precisamente aquellos que por razón de su importe conllevan una menor sujeción a la rigidez de los requisitos de solvencia y cuya ejecución implica generalmente una menor complejidad técnica.

Todo ello debe entenderse sin perjuicio de que, conforme a la reiterada doctrina de esta Junta Consultiva, la determinación de los requisitos de solvencia exigibles, siempre dentro de los que enumera la Ley, corresponde al órgano de contratación, *“sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir con las exigencias establecidas y otros no”* (Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 51/2005, de 19 de diciembre). De este modo, incluso en los contratos sujetos a regulación armonizada podrá el órgano de contratación no aplicar el requisito de acreditar la relación de las obras, suministros, servicios o trabajos ejecutados en los últimos años si no es indispensable para acreditar la solvencia técnica. Pero si lo exige, en estos contratos no se aplicaría la excepción tantas veces aludida respecto de las PYMES.

3.2. Interpretación del artículo 147 de la LCSP relativo a las reglas de desempate en los procedimientos de contratación.

En el momento actual las reglas aplicables para resolver los empates en las licitaciones públicas se limitaban a la utilización del sorteo en los procedimientos en que se aplique el precio como único criterio de adjudicación. Esta regulación tan parca y limitada en su eficacia ha generado en la práctica no pocos supuestos dudosos y algún déficit regulatorio que no siempre se han podido resolver a través de los pliegos del contrato.

Por esta razón, el artículo 147 de la LCSP pretende paliar esta laguna legal actualizando nuestro sistema jurídico y haciéndolo acorde con los criterios



sociales de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. Con este fin la norma va a permitir a los órganos de contratación establecer en sus pliegos criterios específicos de desempate, criterios que deben estar vinculados al objeto del contrato y que deberán estar referidos a alguno de los aspectos sociales que se incluyen en el mismo. Pero en la medida en que es posible que los pliegos no resuelvan siempre y en todo caso el problema, el legislador ha querido establecer una serie de criterios sociales que se aplicarían *ex lege* para solventar el empate. Y si ni siquiera mediante estos criterios se pudiera enmendar el empate se establece un último criterio, aplicable en defecto de los demás, que sería el sorteo.

El artículo 147 de la LCSP ya no se refiere a supuestos concretos ni limita su aplicación dependiendo de los criterios de adjudicación que se apliquen en cada caso. Tanto por su ubicación sistemática como por la patente diferencia con la regulación anterior es evidente que tales criterios son aplicables a cualquier tipo de contrato, cualesquiera que sean los criterios de adjudicación aplicables, incluidos también los contratos de los poderes adjudicadores y los de las entidades del sector público que no son poderes adjudicadores, siendo esta la intención evidente del legislador.

En fin, es claro que por aplicación del principio de jerarquía normativa ha de entenderse que el artículo 147 de la LCSP prevalece sobre la norma reglamentaria preexistente -el artículo 87.2 del RGLCAP- que quedará derogada tácitamente cuando entre en vigor la nueva ley.

3.3 Sobre la duración de los contratos de servicios o de suministros conforme al artículo 29 de la LCSP. Problemas que genera la aplicación de este precepto.

El artículo 29.4 de la LCSP establece lo siguiente:

"Los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante.



Excepcionalmente, en los contratos de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del servicio será objeto de desarrollo reglamentario.

El contrato de servicios de mantenimiento que se concierte conjuntamente con el de la compra del bien a mantener, cuando dicho mantenimiento solo pueda ser prestado por razones de exclusividad por la empresa que suministró dicho bien, podrá tener como plazo de duración el de la vida útil del producto adquirido.

Asimismo podrá establecerse en los contratos de servicios relativos a los servicios a las personas un plazo de duración mayor cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente.

No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario".

El apartado 1 del artículo 29 limita el plazo máximo de duración de los contratos de suministro y de servicios, incluyendo las prórrogas, a un plazo total de 5 años, sin establecer requisitos expresos en cuanto a la duración de cada una de las posibles prórrogas. Esta regulación es diferente de la regulación actual del contrato de servicios establecida en el artículo 302.1 del TRLCSP, que establece una duración máxima de cuatro años y con la posibilidad de prorrogarlo por mutuo acuerdo siempre que la duración total



del contrato no exceda de seis años y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente.

De la interpretación conjunta de ambos preceptos se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Bajo la vigencia de la nueva LCSP se podrán celebrar contratos de servicios y suministros de un año de duración e ir suscribiendo prórrogas sucesivas de un año cada una de ellas hasta alcanzar el plazo máximo de cinco, siempre con respeto a las condiciones y límites establecidos en las normas presupuestarias aplicables a la entidad contratante.

3.4 Régimen de contratación de acceso a bases de datos y suscripciones a publicaciones.

La disposición adicional novena de la LCSP, relativa a este tipo de contratos, que es muy frecuente en la práctica de las entidades del sector público, establece lo siguiente:

"1. La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

2. Cuando los contratos a que se refiere el apartado anterior se celebren por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, las entidades del sector público



contratantes tendrán la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.”

Consecuentemente, en este tipo de contratos, si no están sujetos a regulación armonizada se autoriza la aplicación del régimen propio de los contratos menores, lo que representa una notable simplificación procedimental. Por el contrario, cuando estén sujetos a regulación armonizada habrá que acudir a los procedimientos generales descritos en la ley. Entre ellos figura, como es conocido, el procedimiento negociado. Su empleo cabrá únicamente en los supuestos previstos en el artículo 168 puesto que las causas que permiten acudir al procedimiento negociado sin publicidad son un numerus clausus y han de ser objeto de una interpretación estricta.

De ellos el más habitual en su uso será el supuesto de exclusividad técnica de la letra a) punto 2°. Esta norma permite aplicar el procedimiento negociado *"cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.”*

La aplicación de esta regla permite la aplicación del procedimiento negociado cuando objetivamente concurren los presupuestos de la norma, que son explicados de la siguiente manera: *"La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”*. Por tanto, es imprescindible acreditar que no existe una alternativa o sustituto razonable en el mercado. Así lo exige el Considerando 50 de la propia Directiva 2014/24/UE cuando indica que *"en razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales"*, y que *"cuando la situación de exclusividad*



se deba a razones técnicas, éstas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular”.