

Nº Extraordinario
Marzo 2019

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA LCSP 2017

© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**NÚMERO EXTRAORDINARIO
DE LA REVISTA DEL
GABINETE JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA.**

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA
CON LA LCSP 2017**

Volumen I

Número Extraordinario. Marzo 2019

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

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.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina



Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

| | |
|--------------------------------|----|
| RELACION DE AUTORES | 13 |
| PRESENTACIÓN | |
| D. Jaime Pintos Santiago | 15 |

Volumen I

I. COMPRA PÚBLICA Y VALORES

| | |
|---|----|
| LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LCSP 2017. | |
| D. José Antonio Moreno Molina | 21 |

| | |
|---|----|
| LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MENCIÓN ESPECIAL A LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO. | |
| D. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y D. José Ignacio Herce Maza | 35 |

| | |
|--|----|
| LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA PREVISTAS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA DE LAS CLAVES DE BÓVEDA PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL. | |
| D. Francisco Puerta Seguido..... | 61 |

| | |
|---|-----|
| COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MAPA DE RIESGOS EN LA CORRUPCIÓN Y CLAVES PARA SU GESTIÓN. | |
| D ^a . Concepción Campos Acuña | 101 |

II. AMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA COMPRA PÚBLICA

APLICACIÓN DE LA LCSP A LAS ENTIDADES DE SU LIBRO TERCERO. RÉGIMEN JURÍDICO. NECESARIAS INTERPRETACIONES DE SU REGULACIÓN LEGAL.
D. Álvaro García Molinero 119

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COOPERACIÓN VERTICAL ENTRE LAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL SECTOR PÚBLICO: LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.
D^a. Beatriz Montes Sebastián 139

III. COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE

CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA.
D^a. Consuelo Alonso García 159

LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCAPACIDAD.
D^a. Belén López Donaire 177

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MOTOR DE COHESIÓN SOCIAL TRAS LA LEY 9/2017.
D. Javier Miranzo Díaz 207

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS.
D^a. Beatriz Vázquez Fernández 229

COMUNIDADES VIRTUALES DE PROFESIONALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.
D. Guillermo Yáñez Sánchez 247

IV. COMPRA PÚBLICA Y PROCEDIMIENTOS

LAS CONSULTAS PRELIMINARES DE MERCADO UN AÑO DESPUÉS.

D. Juan Carlos García Melián 271

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN CON NEGOCIACIÓN.

D. Martín María Razquin Lizarraga 289

HACIA LA SIMPLIFICACIÓN Y LA TRANSPARENCIA EN MATERIA PROCEDIMENTAL: LAS NUEVAS MODALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO.

D. Rafael Fernández Acevedo 309

LA INNOVACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL PAPEL DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

D. José Ignacio Herce Maza 335

¿UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN MENOR EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

D. Antonio Villanueva Cuevas 361

V. COMPRA PÚBLICA Y ENTIDADES LOCALES

EL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN LA NUEVA LCSP.

D. Juan Marquina Fuentes 385

LAS ENTIDADES LOCALES MENORES Y LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, UN AÑO TRAS SU PUBLICACIÓN. DE DÓNDE VENIMOS, DÓNDE ESTAMOS Y A DÓNDE VAMOS CON LA LCSP.

D. Vicente Furió Durán 403

LA REINTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
LOCALES EN RELACIÓN A LAS MODALIDADES
CONTRACTUALES.

D. Juan Alemany Garcías 425

BASES DE PUBLICACIÓN..... 449

Volumen II

VI. COMPRA PÚBLICA ELECTRÓNICA

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA UN AÑO
DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP 2017.

D. José Luis Aristegui Carreiro 466

EL DEUC Y SU MARCO DE UTILIZACIÓN EN LOS
PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D. Jaime Pintos Santiago 477

LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN: UNA CUESTIÓN TODAVÍA PENDIENTE.

D. Jorge Fondevila Antolín 495

LOS CONTRATOS DE OPERADOR DE NOMBRES DE
DOMINIO DE INTERNET DESDE EL PUNTO DE VISTA DE
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

D. Luis Moll Fernández-Figares 521

VII. PREPARACIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL DE LA COMPRA PÚBLICA

LA NECESIDAD DE LA PLANIFICACIÓN DE LA
CONTRATACIÓN COMO GARANTÍA DE TRANSPARENCIA,
DEL USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Y DEL USO ADECUADO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D^a. M^a. Rosario Delgado Fernández 545

VALORES ECONÓMICOS DE LOS CONTRATOS: COSTE Y BENEFICIO (EL PRECIO).

D. Juan Carlos Gómez Guzmán 567

CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA RESPECTO DE LA SOLVENCIA POR PARTE DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS.

D^a. Aitana P. Domingo Gracia 585

LCSP Y REGISTROS OFICIALES DE LICITADORES.

D. Luis Gracia Adrián 605

EL TEST DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

D. José Miguel Carbonero Gallardo 621

RESPONSABLE DEL CONTRATO *"IN VIGILANDO"*.

D. Julián de la Morena López 643

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

D. Juan Antonio Gallo Sallent 657

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

D. Roberto Mayor Gómez 673

CONTROL Y GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA UN AÑO DESPUÉS.

D. Francisco Javier García Pérez 689

EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: UN AÑO DE APLICACIÓN DE LA LCSP.

D. Javier Píriz Urueña 709

VIII. TIPOS DE CONTRATOS DE COMPRA PÚBLICA

| | |
|--|-----|
| EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA LEY 9/2017. D ^a . Patricia Valcárcel Fernández | 729 |
| LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS PARA PRESTAR SERVICIOS PÚBLICOS TRAS LA LCSP Y EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LOS RIESGOS Y LA ATRACCIÓN DE INVERSIONES PRIVADAS. D. José Manuel Martínez Fernández | 753 |
| LAS PRESTACIONES DE CARÁCTER INTELECTUAL EN LA LCSP: UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA. D. Javier Mendoza Jiménez | 783 |
| LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. D ^a . Estela Vázquez Lacunza | 799 |

IX. COMPRA PÚBLICA Y URBANISMO

| | |
|---|-----|
| CONTRATACIÓN PÚBLICA Y URBANISMO. D. Ángel José Cervantes Martín | 819 |
| BASES DE PUBLICACIÓN | 839 |



JAIME PINTOS SANTIAGO
Director

BELÉN LÓPEZ DONAIRE
Coordinadora

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA
LCSP 2017**

| | |
|------------------------------|----------------------------------|
| José Antonio Moreno Molina | Jorge Fondevila Antolín |
| Jaime Rodríguez-Arana | Luis Moll Fernández-Figares |
| Muñoz | M ^a . Rosario Delgado |
| Francisco Puerta Seguido. | Fernández |
| Concepción Campos Acuña | Juan Carlos Gómez Guzmán |
| Álvaro García Molinero | Aitana P. Domingo Gracia |
| Beatriz Montes Sebastián | Luis Gracia Adrián |
| Consuelo Alonso García | José Miguel Carbonero |
| Belén López Donaire | Gallardo |
| Javier Miranzo Díaz | Julián de la Morena López |
| Beatriz Vázquez Fernández | Juan Antonio Gallo Sallent |
| Guillermo Yáñez Sánchez | Roberto Mayor Gómez |
| Juan Carlos García Melián | Francisco Javier García |
| Martín María Razquin | Pérez |
| Lizarraga | Javier Píriz Urueña |
| Rafael Fernández Acevedo | Patricia Valcárcel Fernández |
| Jose Ignacio Herce Maza | José Manuel Martínez |
| Antonio Villanueva Cuevas | Fernández |
| Juan Marquina Fuentes | Javier Mendoza Jiménez |
| Vicente Furió Durán | Estela Vázquez Lacunza |
| Juan Alemany Garcías | Ángel José Cervantes |
| Juan Luis Arístegui Carreiro | Martín |
| Jaime Pintos Santiago | |



PRESENTACIÓN

El 9 de marzo se cumple un año de la entrada en vigor de la LCSP2017, de la inmensa mayoría de sus disposiciones, dado que unas pocas han entrado en vigor posteriormente y aun encontramos alguna aislada que todavía está pendiente para su entrada en vigor de desarrollo reglamentario.

Pero con tranquilidad se puede afirmar que la LCSP cumple un año, su primer aniversario, en el que ya ha tenido modificaciones y sobre la que se ciernen otras, ya en tramitación.

No trata esta presentación de hacer un balance de este primer año, algo que ya se ha realizado¹, sino de mirar al futuro y contribuir con este número extraordinario de la Revista Gabilex a la profesionalización de la contratación pública. Ese es el objetivo, contribuir en abierto a través de una herramienta como puede ser este manual que ahora publicamos para el uso y provecho de la comunidad de contratación pública.

¹ Véase por ejemplo MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., "Aciertos, desaciertos y visión de futuro de la LCSP a un año vista", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, núm. 159, ene-feb 2019, págs. 6-11. Número especial "La LCSP, un año después" coordinado por José Antonio Moreno Molina y Jaime Pintos Santiago.



Un gran número, por sus dimensiones, objetivos y autores/as, un destacadísimo número que hace del mismo algo extraordinario, dando cuenta así de lo que también representa para la Revista.

Un número que ideé, preparé y organicé desde cero, con la inestimable y siempre entregada colaboración en la coordinación de Belén López Donaire. Un número que humildemente me permito decir, después de tanto tiempo dedicado a la contratación pública y a esta Revista, me enorgullece dirigir.

Un número distribuido en bloques temáticos, que ya habla de compra pública y no de contratación pública. Bloques en los que encontramos asuntos concretos y autores/as de reconocida trayectoria. Un número que en definitiva dará mucho que leer.

Para ello no hay más que consultar el índice. 38 estudios, sobre temas importantes, escritos desde una visión plural y complementaria en la que se encuentra la visión del sector público estatal, autonómico, provincial, local, universitario, instrumental,... y el sector privado, también con representación diversificada; la visión jurídica, tecnológica, técnica, empresarial, académica y profesional, con varios puntos de vista (informático, jurista, auditor, abogado, gestor, ...); en conclusión la visión multisectorial y multidisciplinar que he pretendido enriquezca esta obra en abierto, en la Red de redes, para uso y disfrute de todos/as. Como decíamos al inicio, un gran número extraordinario.

Para finalizar, GRACIAS: a la Revista Gabilex, por la función jurídica y social que cumple y la oportunidad que supone para muchas personas (escritores y lectores); a la ya meritada coordinadora de este especial; a la totalidad de los/as autores/as partícipes del mismo, sin



cuyo trabajo no hubiera sido tampoco posible y, por supuesto, a los lectores que se acerquen a él, verdaderos protagonistas de este número extraordinario.

Jaime Pintos Santiago





**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**BLOQUE IV:
COMPRA PÚBLICA Y PROCEDIMIENTOS**

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN CON NEGOCIACIÓN.

Martín María Razquin Lizarraga

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

RESUMEN: Se explican los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en los que se produce negociación entre el órgano de contratación y los licitadores. Son procedimientos que precisan de unos supuestos de hecho que justifiquen su utilización. La negociación se limita a algunos aspectos del contrato y debe venir definida en los pliegos o documento descriptivo.

PALABRAS CLAVE: contratación pública, procedimientos de adjudicación, negociación, diálogo competitivo, asociación para la innovación.

ABSTRACT: This paper explains the procedures for the award of public contracts in which negotiation between the contracting authorities and the bidders takes place. These procedures require assumptions that justify their use. The negotiation is limited to some aspects of the contract and must be defined in the specifications or descriptive document.

KEY WORDS: public procurement, award procedures, negotiation, competitive dialogue, innovation partnership.

SUMARIO: 1. Marco general. 2. Los procedimientos de adjudicación con negociación. 3. Procedimiento negociado sin publicidad. 4. Procedimiento de licitación con negociación. 5. Diálogo competitivo. 6. Asociación para la innovación. 7. Conclusiones.

1. MARCO GENERAL

La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) es, de forma inevitable, deudora de lo dispuesto en las Directivas de contratación pública de 2014. Así recoge en su articulado los diferentes procedimientos de adjudicación previstos en las Directivas (singularmente en la Directiva 2014/24/UE), aunque añade algunos tipos y subtipos, siempre fuera del marco de los contratos sujetos a regulación armonizada.

Se mantiene, así pues, esta división entre contratos SARA y no SARA, de modo que en los primeros los procedimientos de adjudicación son estrictamente los previstos en las Directivas, mientras que en los segundos se abren nuevos como los procedimientos simplificados o los contratos menores.

Las Directivas persiguen una reducción de plazos y una agilización procedimental, que alcanza a todos los contratos, pero, sobre todo, se profundiza en aquellos que se hallan extramuros de ellas, dado su importe y su falta de interés transfronterizo. No obstante, en todos los casos es obligado cumplir las disposiciones básicas del Derecho de la Unión Europea.

Como consecuencia de la transposición de las directivas europeas se han producido tres cambios esenciales en los procedimientos de adjudicación:



- 1) La supresión del procedimiento negociado por razón de la cuantía.
- 2) La incorporación de un nuevo procedimiento de adjudicación, el de asociación para la innovación.
- 3) La ampliación de los supuestos en que se puede utilizar la negociación en los procedimientos de adjudicación.

La LCSP ha completado esta reforma con otros aspectos tanto procedimentales como materiales que han supuesto un cambio relevante en la contratación pública.

Por un lado, se ha limitado la gran separación entre los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y por los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas (PANAP). La modificación incide en el Derecho material al haberles sometido directamente a los procedimientos de adjudicación y haber suprimido las instrucciones de contratación. Y asimismo en los aspectos formales puesto que no sólo se van a ver afectados por la rebaja de la cuantía del recurso especial, sino también porque sus actuaciones contractuales van a estar sujetas al Derecho Administrativo, por medio de los recursos administrativos y contencioso-administrativos. En definitiva, una obligada vuelta a su administrativización frente a la anteriormente generosa huida del Derecho Administrativo que había justificado la creación de tal pléyade de entes del sector público.

La elección de un determinado procedimiento de adjudicación queda a la libertad del órgano de contratación, pero dentro de unas líneas generales, más o menos precisas, previstas en la LCSP (y tomadas en gran parte de las Directivas). Así pues, dentro de los márgenes de la LCSP, contemplados en los arts. 116.4 y 131, el órgano de contratación puede elegir un procedimiento de adjudicación previa justificación de por

qué ha optado por el mismo. Pero debe advertirse que la libertad no es total y que tampoco vale cualquier tipo de justificación, y sobre todo que los procedimientos no son iguales y por tanto es importante seleccionar el que se vaya a utilizar en función del interés público y de la prestación que se pretenda comprar. En todo caso, se prohíbe eludir los requisitos de los procedimientos de adjudicación (art. 132.2). Y debe añadirse que una vez que se ha optado por un procedimiento concreto deben seguirse sus reglas, con todo lo que ello supone.

De las disposiciones de la LCSP cabe efectuar una gran clasificación de los procedimientos de adjudicación en función de su utilización:

- 1) Procedimientos ordinarios: abiertos y restringidos.
- 2) Procedimientos especiales: exigen la concurrencia del supuesto de hecho previsto en la Ley y sólo pueden utilizarse en ese caso. Son los procedimientos abierto simplificado y supersimplificado, restringido, diálogo competitivo, asociación para la innovación, licitación con negociación, concurso de proyectos.
- 3) Procedimientos excepcionales: caracterizados por la falta de publicidad, lo que motiva que sólo en circunstancias muy excepcionales pueda acudir a ellos. Son el procedimiento negociado sin publicidad, el contrato menor y la asistencia sanitaria urgente.

Además, la innovación puede ser canalizada por varios procedimientos, por lo que es necesario conocer muy bien cuál es el estado en que la misma se encuentra. Los procedimientos a utilizar pueden ser los siguientes:

- Procedimiento de licitación con negociación.
- Diálogo competitivo.

- Asociación para la innovación.

Ello obliga a recalcar la importancia de las consultas preliminares al mercado (art. 115 LCSP), que permitirán al órgano de contratación conocer cuál es el estado del mercado en relación con la prestación que pretende adquirir. También le permitirá fijar los niveles de TRL (Technology Readiness Levels: niveles de madurez de la tecnología) respecto de la prestación que pretende, puesto que de los nueve niveles sólo algunos de ellos suponen una auténtica innovación (niveles del 7 al 9).

Finalmente, conviene cerrar este marco general con referencia a otros aspectos de la LCSP que afectan a los procedimientos de adjudicación. En primer lugar, los procedimientos en las concesiones de obras y servicios son los mismos que los generales de los contratos, puesto que no hay normas específicas para ellos a diferencia de lo que ocurre con la regulación de las restantes fases de la contratación.

En segundo lugar, la regulación de los contratos y concesiones de servicios especiales contemplados en el Anexo IV LCSP recibe ciertas salvedades. La principal de ellas consiste en que si se configuran como concesiones, debe acudir necesariamente al procedimiento restringido (art. 131.2).

Y, por último, para las prestaciones de carácter intelectual, la LCSP dispone que el procedimiento restringido es el especialmente apto para su adquisición (exposición motivos y art. 160.4 LCSP).

2. LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN CON NEGOCIACIÓN

La LCSP contempla cuatro procedimientos de adjudicación que comportan negociación:

- Procedimiento de licitación con negociación.
- Procedimiento negociado sin publicidad.
- Diálogo competitivo.
- Asociación para la innovación.

En primer término, y a pesar de la alabanza que sobre ellos imparten las Directivas, conviene reparar que en la práctica pasan a un segundo plano, puesto que las nuevas estrellas procedimentales van a ser el contrato menor y los procedimientos abierto simplificado y supersimplificado.

Por otra parte, la regulación unitaria de la LCSP sobre la licitación con negociación y el procedimiento negociado sin publicidad no sigue las previsiones de la Directiva 2014/24/UE donde se hace una separación rigurosa de ambos procedimientos. Constituye un contrasentido, que no tiene ninguna justificación, salvo mantener el esquema de su precedente normativa. Como luego se verá, ambos procedimientos tienen un carácter completamente diferente, especial y excepcional, lo que motiva que los supuestos que permiten utilizarlos sean completamente distintos.

De todos estos procedimientos con negociación, parece que posiblemente el de mayor utilización será el procedimiento negociado sin publicidad, fundamental por no ser un procedimiento complejo, a diferencia de los restantes. También razones prácticas como su profundo conocimiento por los órganos de contratación dada su masiva utilización anterior o la previsión de algunos supuestos que pueden darse con cierta asiduidad en los poderes adjudicadores provocarán su

utilización más reiterada que la de los demás procedimientos con negociación.

Es, por ello, que en la exposición que sigue se va a analizar, primero, el procedimiento negociado sin publicidad y después los demás procedimientos con negociación, donde en algún caso concurren los supuestos de utilización (licitación con negociación y diálogo competitivo) o se recoge una cláusula bastante general de innovación (asociación para la innovación).

3. EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD

La idea básica que preside este procedimiento es la de su excepcionalidad, puesto que sólo se puede acudir al mismo en los concretos y tasados supuestos previstos en la LCSP.

En relación con la normativa precedente se ha producido un cambio radical. Por un lado, no se permite acudir al mismo por razón de la cuantía, que era su causa justificativa más común antes; por otro, puede entenderse sustituido por los procedimientos abiertos simplificados y supersimplificados que sí atienden a la cuantía, además de otras condiciones; y en tercer lugar porque las prestaciones y servicios complementarios constituyen ahora una modificación del contrato (art. 205.2 a) LCSP).

Los supuestos que establece el art. 168 LCSP se pueden clasificar en supuestos generales para todo tipo de contratos y concesiones y supuestos particulares para contratos solamente o para algunos tipos de contratos.



3.1. Supuestos

a) Supuestos generales

La LCSP contempla tres supuestos generales tanto para contratos como para concesiones.

El primero de ellos tiene como causa el fracaso de un anterior procedimiento de adjudicación por falta de ofertas o por ser todas ellas inadecuadas. La excepcionalidad viene justificada porque ya existe un procedimiento previo con publicidad.

El supuesto más relevante es el relativo al caso de existencia de un empresario exclusivo y único. Este supuesto es el que provoca mayor utilización. Precisa, por tanto, que quede absolutamente claro que no hay otro empresario que pueda ofrecer esa misma prestación. Además, el contrato no puede ser diseñado con unas características que vayan directamente encaminadas a hacer posible este supuesto obviando la publicidad de la licitación.

Si se examina la Plataforma de Contratación del Sector Público puede verse que en este supuesto se incluyen, por ejemplo, los contratos de contratación de determinados grupos o artistas, o también la compra de medicamentos que están sometidos a patentes de exclusividad.

En tercer lugar, se contempla el caso de los contratos secretos o reservados.

b) Supuestos sólo para contratos (no para concesiones)

La LCSP establece que se puede utilizar el procedimiento negociado sin publicidad en determinados supuestos



pero sólo cuando se trate de contratos y no de concesiones. De ahí la importancia que tiene deslindar nítidamente ambas figuras contractuales, en razón del riesgo operacional.

Los supuestos que habilitan para utilizar este procedimiento son los dos siguientes.

En primer lugar, el más relevante radica en la urgencia imperiosa. Conviene resaltar el extremo que ha recibido mayor exigencia jurisprudencial por parte del TJUE: que la urgencia sea por una causa externa y que el órgano de contratación haya actuado de una forma diligente. No vale cualquier urgencia, y menos la que se derive de la imprevisión del órgano de contratación.

Por otro lado, también el fracaso del anterior procedimiento de adjudicación permite utilizar éste de negociado sin publicidad, ahora en el caso de ofertas irregulares o inaceptables. No obstante, conviene diferenciar este supuesto del previsto en el art. 167 e) LCSP (como justificativo de la licitación con negociación).

c) Supuestos particulares para determinados tipos de contratos

La LCSP prevé cuatro supuestos en el caso del contrato suministros. También establece dos supuestos específicos para el contrato de servicios. Y recoge como supuesto común para los contratos de obras y de servicios la repetición de obras y servicios similares. También el art. 185.5 permite utilizar el procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar el contrato de servicios ulterior a un concurso de proyectos, lo que deberá indicarse en el anuncio de licitación (art. 186.2).



3.2. Tramitación del procedimiento negociado sin publicidad

La LCSP remite el procedimiento del negociado sin publicidad al mismo del procedimiento de licitación con negociación (art. 170). En definitiva, se configura como un procedimiento restringido con negociación (art. 169), pero sin publicidad. Sus fases son las siguientes:

- 1) Se inicia con la invitación, puesto que no hay anuncio de licitación (art. 170.1). La invitación debe alcanzar a un mínimo de 3 candidatos, salvo que sólo haya un único candidato posible (supuesto del art. 168 a) 2º LCSP).
- 2) Se efectúa la negociación con los candidatos. Es obligado negociar, puesto que la negociación es la esencia de este procedimiento. La negociación puede efectuarse a una o varias rondas, que culminarán con la presentación de la oferta definitiva. No obstante, hay aspectos que no pueden ser objeto de negociación como los requisitos básicos y los criterios de adjudicación. El art. 170.2 también lo exige para el caso de un único candidato, siempre y cuando sea posible.
- 3) El órgano de contratación adjudicará el contrato a la oferta que presente la mejor relación calidad/precio.
- 4) Es obligada la publicación del anuncio de adjudicación.

3.3. Ejemplos

Pueden verse ejemplos de utilización del art. 168.a).2º en las licitaciones del Servicio Andaluz de Salud para suministro de medicamento exclusivo (OLARATUMAB 190mg/inyectable IV para todos los centros adscritos a la PLS de Sevilla), del Ayuntamiento de Fuenlabrada para la interpretación artística del concierto de la cantante

Misia con motivo de la programación de Navidad, o del Ministerio de Justicia para la adquisición de nuevas licencias del software Service Manager en el ámbito de la Subdirección General de Nuevas Tecnologías de la Justicia.

4. PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN CON NEGOCIACIÓN

Tal como se ha insistido más arriba, el procedimiento de licitación con negociación no se identifica ni se asemeja con el anterior procedimiento negociado sin publicidad, puesto que los supuestos en que se puede acudir al mismo son completamente diferentes y, además, ahora sí que es necesario el anuncio de licitación.

4.1. Supuestos

El art. 167 LCSP recoge con amplitud diversos supuestos que sirven tanto para contratos como para concesiones. Se ha pretendido una extensión de esta modalidad de procedimiento puesto que se entiende que negociar es bueno siempre que sea con publicidad. Los supuestos son los seis siguientes:

- 1) Necesidad de un trabajo previo de diseño o adaptación.
- 2) Innovación: este supuesto plantea establecer su distinción con los procedimientos que también articulan la innovación. En general va a depender del grado previo de conocimiento del objeto del contrato que exista en el mercado, puesto que en este caso será preciso aprobar los pliegos donde se determinen las condiciones del contrato, entre las cuales, será preciso determinar las sometidas a negociación.

- 3) Necesidad de negociaciones previas.
- 4) Dificultades del órgano de contratación para establecer prescripciones técnicas con precisión.
- 5) Fracaso del procedimiento previo de licitación, por haberse presentado ofertas irregulares o inaceptables. De nuevo aquí el problema radica en diferenciar este supuesto del similar en que se permite utilizar el procedimiento negociado sin publicidad (art. 168 b) 2º).
- 6) Servicios sociales personalísimos, que tengan en cuenta el arraigo y, además, doten de continuidad la asistencia social.

4.2. Tramitación del procedimiento de licitación con negociación.

El procedimiento previsto en el art. 169 LCSP sigue la base del procedimiento restringido, aunque añade luego la negociación. Es, por tanto, un procedimiento especial y no excepcional porque hay publicidad desde el primer momento. El problema consiste en que los pliegos deben definir con precisión qué elementos van a ser objeto de negociación. Y asimismo deberán explicitar cómo se va a realizar la negociación. El resto de las fases son las ya expuestas para el procedimiento anterior.

4.3. Ejemplos

Este procedimiento ha sido utilizado por el Servicio Gallego de Salud para la compra pública de tecnología innovadora de dos lotes de realidad virtual, para diseño y desarrollo de unas soluciones formativas para el reconocimiento de los síntomas del ictus y para diagnóstico de los tratamientos de radioterapia y pruebas de imagen.

5. DIÁLOGO COMPETITIVO

La regulación de la Directiva 2014/24/UE, y por tanto de la LCSP, introduce importantes modificaciones en el diálogo competitivo respecto de la regulación anterior. Ahora es un procedimiento cuyos supuestos aparecen descritos con mayor especificidad y precisión y también el procedimiento es más detallado.

5.1. Supuestos

Los supuestos en que se puede utilizar el diálogo competitivo son los mismos que los que permiten acudir al procedimiento de licitación con negociación (art. 167 LCSP, al que se remite el art. 172.3).

En consecuencia, la cuestión será cuándo utilizar uno u otro procedimiento de adjudicación. Parece que el elemento decisivo será el de la posibilidad de determinar o no las condiciones del contrato en el documento previo que regirá la contratación. Si es posible detallar estas condiciones e incluirlas en los pliegos debería acudir al procedimiento de licitación con negociación; en otro caso, esta imposibilidad de precisión que sólo puede llegar a una descripción en el denominado documento descriptivo, llevará al órgano de contratación al diálogo competitivo. De nuevo es obligado insistir en que las consultas preliminares al mercado permitirán obtener elementos de juicio suficientes para inclinarse por uno u otro procedimiento. Y tampoco debe olvidarse que el diálogo competitivo tendrá una mayor complejidad derivada de la necesidad de determinar en dicho procedimiento determinados aspectos del objeto del contrato (art. 175.5), que por el contrario debieran venir ya definidos previamente en la licitación con negociación.

Y aquí se encuentra la novedad de la previsión del posible pago de primas o compensaciones en el diálogo competitivo (art. 173), que no se da en la licitación con negociación.

5.2. Tramitación del diálogo competitivo

La LCSP desarrolla el diálogo competitivo a través de un procedimiento que, nuevamente, toma como base el procedimiento restringido, aunque con negociación (art. 174.2). El diálogo se inicia no con un pliego sino con el documento descriptivo. Además, debe constituirse una Mesa especial para el diálogo competitivo (art. 327). Así pues, se diferencian dos fases principales:

a) Fase de selección: al igual que en el procedimiento restringido sólo pasan a la segunda fase aquellos candidatos que superen el "corte" conforme a los criterios selectivos establecidos en el documento descriptivo.

2) Fase de licitación: se caracteriza por la negociación, el llamado diálogo, elemento sustancial de este procedimiento, y que se incorpora incluso a su denominación.

El diálogo debe permitir al órgano de contratación perfilar el objeto de la prestación. Y una vez cerrado el diálogo, la Mesa especial definirá con exactitud qué es lo que quiere y realizará la invitación última a los licitadores para que presenten su oferta definitiva. Con arreglo a ellas y conforme a los criterios de adjudicación establecidos en el documento descriptivo, el órgano de contratación adjudicará el contrato al empresario que presente la oferta con mejor relación calidad/precio.

Pero, incluso se contempla la posible negociación del contrato con el licitador seleccionado (art. 176.3).

6. ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

Constituye un nuevo procedimiento que se toma directamente de la Directiva 2014/24/UE. Debe enfatizarse en que se trata de un procedimiento y no de un nuevo tipo contrato. Su definición se contiene en el art. 177.1 LCSP.

De dicha definición se desprende que es en realidad un contrato doble, puesto que une investigación y adquisición. Y es por ello que sólo se puede utilizar para contratos y no para concesiones.

6.1. Supuestos

Los supuestos que permiten acudir a este procedimiento especial vienen definidos de forma general, imprecisa y amplia (art. 177.1), donde lo determinante radica en buscar una solución válida que no está en el mercado.

Este procedimiento persigue acentuar la innovación en Europa (y en España) premiando a los innovadores con la compra de los bienes o servicios resultantes de la tarea de investigación. En definitiva no se para en la simple innovación, lo que seguramente constituiría un contrato excluido de la LCSP, sino que da un paso más, puesto que el órgano de contratación puede adquirir directamente el bien o prestación innovadores.

6.2. Tramitación de la asociación para la innovación



Dada la calificación como un contrato doble, en el sentido, de que se producen dos adjudicaciones una primera de investigación y otra de compra de bienes o servicios, lo esencial de este procedimiento es diferenciar las dos fases que lo componen y dentro de cada una de ellas las diversas partes o subfases. Debe constituirse una Mesa especial para la asociación para la innovación (art. 327).

La primera fase es la de investigación y desarrollo, que se articula de un modo similar al procedimiento de licitación con negociación (que toma como base el procedimiento restringido añadiendo negociación). Es un procedimiento con publicidad, luego irá precedido del correspondiente anuncio de licitación.

Esta primera fase se divide, a su vez, en varias subfases. La primera de ellas es la de selección de candidatos conforme a los requisitos establecidos en los pliegos. Y la segunda subfase va dirigida a seleccionar a los socios entre los candidatos que hayan superado la anterior subfase. Y es aquí donde tras la correspondiente negociación, se produce la primera adjudicación consistente en conceder la ejecución de la asociación para la innovación. Y dado que se trata de una fase de investigación y desarrollo, el número de socios no se limita a un solo licitador, lo que constituye una diferencia sustancial con cualquier otro procedimiento de licitación. Y como tercera subfase se encuentra el desarrollo de la propuesta de innovación que haya sido adjudicada por el órgano de contratación.

La segunda fase tiene ya un objeto completamente distinto. Y consiste en la materialización de la adquisición de la solución desarrollada con arreglo a los resultados de la primera fase. Se permite al órgano de contratación adquirir los bienes y servicios resultantes de la



innovación sin acudir a un nuevo procedimiento de licitación, sino directamente de la empresa que ha conseguido desarrollar y “triunfar” con la innovación.

6.3. Ejemplos

Aunque se trate de un procedimiento novedoso, cabe exponer ya algunos casos en que ha sido utilizado por entes del sector público. Así la Diputación Provincial Castellón ha acudido al mismo a fin de encontrar una solución de territorio rural inteligente para la provincia de Castellón. Y el Servicio Gallego de Salud lo ha empleado para contratar el desarrollo, validación clínica y adquisición de un dispositivo multicanal para la resección avanzada de tumores rectales mediante endoscopia flexible y cirugía endoscópica transanal.

7. CONCLUSIONES

Las Directivas no sólo enfatizan en las bondades de la negociación en la contratación pública, sino que también abren los supuestos en que se puede acudir a ella, creando incluso el nuevo procedimiento de licitación con negociación. Y éste es el esquema que la LCSP ha incorporado al régimen de contratos públicos en España.

En cualquier caso, debe advertirse que los procedimientos con negociación son, en general, procedimientos complejos. Su complejidad provoca que precisen de órganos de contratación con personal muy preparado para su desarrollo y control, y que parezcan reservados a contratos importantes bien en su cuantía

como en su necesidad de definición o por requerimientos de potenciar la innovación.

Las Administraciones Públicas acudirán a ellos en contadas ocasiones y tendrán que calibrar los medios de los que disponen para su correcta tramitación. Asimismo deberán conocer cómo se encuentra el mercado y su grado de madurez en orden a intervenir en este tipo de procedimientos y ofrecer soluciones adecuadas a los mismos.

Es importante, asimismo, valor el coste en tiempo y dinero de estos procedimientos, lo que es una llamada a limitar su utilización a aquellos supuestos previstos en la LCSP que el órgano de contratación sea capaz de desarrollar con sus medios y en un plazo razonable.

Por otra parte, su carácter de procedimientos con negociación exige que se fije claramente lo que hay que negociar y aquello que no se puede o no se quiere negociar. Debe extremarse el cuidado en la redacción de los pliegos o documentos descriptivos con los que se iniciarán estos procedimientos.

Y, por último, hay que evitar la tentación de una utilización abusiva del procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos de empresario exclusivo y único o por causa de imperiosa urgencia. Los errores en la utilización indebida de este procedimiento traerán graves consecuencias por cuanto que es un procedimiento sin publicidad inicial, lo que provocará la nulidad radical en caso de utilización indebida.

BIBLIOGRAFÍA



ALBA PACHECO, M., "El procedimiento de asociación para la innovación", en Revista El Consultor, número especial, mayo 2018.

CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.), La nueva contratación pública en el ámbito local, Ed. Walters Kluwer-El Consultor, Madrid, 2018, en especial, los Capítulos 17 de M. CACHARRO LÓPEZ, "procedimiento negociado. Claves para resolver la problemática abierto-negociado según cuantía", 18 de S. SINDE CANTORNA, "Cómo comprar innovación en el ámbito local empleando el diálogo competitivo", y 19 de J. C. GÓMEZ GUZMÁN, "Asociación para la innovación".

GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.), Tratado de Contratos del Sector Público, E. tirant lo Blanch, Valencia, 2018, en especial del tomo II, los Capítulos XXX de M. HERNANDO RYDINGS, "Procedimiento de licitación con negociación y diálogo competitivo", XXXI de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, "La Compra Pública de Innovación (CPI). El procedimiento de adjudicación Asociación para la Innovación", y XXXII de M. MORA RUIZ, "Procedimiento negociado sin publicidad".

GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, en especial los capítulos 28 de I. GALLEGO CÓRCOLES, "Los procedimientos abiertos, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo" y 29 de M. HERNANDO RYDINGS, "El procedimiento de asociación con negociación".

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, y VÁZQUEZ MATILLA, F.J., La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ed. Aranzadi, Cizur Menor



(Navarra), 2017, en especial el Capítulo 5 “Los procedimientos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas”.