

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 Gablex 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

Gabilex
Nº Extraordinario
Marzo 2019
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha





BLOQUE IV:
COMPRA PÚBLICA Y PROCEDIMIENTOS

Gabilex
Nº Extraordinario
Marzo 2019
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha



LAS CONSULTAS PRELIMINARES DE MERCADO DE UN AÑO DESPUÉS.

Juan Carlos García Melián

Abogado

RESUMEN: La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, incorporó como novedad relevante la posibilidad de realizar consultas preliminares de mercado preparatorias de los contratos públicos. Respondía así a una cuestión que de largo venía planteando problemas cuando en la preparación de los contratos participan de forma directa o indirecta empresas del ámbito propio del contrato². Si tal participación no se realiza con respeto a los principios de publicidad y transparencia, se estaría otorgando cierta ventaja a esas empresas perjudicando la existencia de una competencia real y efectiva. Dicha novedad trasladada al ordenamiento español, vista la experiencia de este último año, más allá de su uso natural como antecedente de la compra pública, particularmente la calificada como innovadora, ha resultado ser una excelente herramienta para cumplimentar satisfactoriamente obligaciones y requisitos que Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

² Vid. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03, sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom)



ABSTRACT: Directive 2014/24 / EU of the European Parliament and of the Council, of 26 February 2014, on public procurement, incorporated as a relevant novelty the possibility of carrying out preliminary preparatory market consultations on public contracts. It thus responded to a question that had long been problematic when, in the preparation of the contracts, companies directly involved in the contract participated directly or indirectly. If such participation is not carried out with respect to the principles of publicity and transparency, certain advantage would be granted to these companies, damaging the existence of real and effective competition. This novelty transferred to the Spanish legal system, considering the experience of this last year, beyond its natural use as a precedent of public purchase, particularly qualified as innovative, has turned out to be an excellent tool to satisfactorily fulfill obligations and requirements that Law 9 / 2017 of Public Sector Contracts.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, consultas preliminares de mercado, integridad, innovación.

KEYWORDS: Public procurement, preliminary market consultations, integrity, innovation.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Directiva y artículo 115 LCSP. A) La Trasposición. B) El artículo 115 LCSP en su contexto. Otras cautelas. C) ¿Consultas sólo Preliminares? D) Otras cuestiones. 3.-Conclusiones. 4.- Recomendaciones

1.- INTRODUCCIÓN

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), trasponiendo al



ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.LCSP, incorporó en su artículo 115 la regulación de las consultas preliminares del mercado *“con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento”*. Así los poderes adjudicadores tienen la posibilidad, por ejemplo, de solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, *“siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia o vulnerar los principios de no discriminación y transparencia”*. Resulta conveniente, un año después de la entrada en vigor de la LCSP hacer una reflexión sobre el uso de esta institución, los problemas que ha planteado y las cuestiones a las que en un futuro puede enfrentarse esta institución jurídica o procedimiento de las Consultas Preliminares de Mercado.

2.- DIRECTIVA Y ARTÍCULO 115 LCSP

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, incorporó en su artículo 40 como novedad (al margen de la existencia de algunas referencias antecedentes como las que citadas por Miño López³), la posibilidad de

³ MIÑO LÓPEZ, Antonio. *“Preliminary market consultations in innovation procurement: A principled approach and incentives for anticompetitive behaviours”* (p.8) Ius Publicum Review. Fascículo 2 (2017). Disponible en:



realizar consultas preliminares de mercado con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento. En la práctica, estas consultas orientadas a la concreción de las especificaciones técnicas, de los documentos preparatorios del contrato o para el asesoramiento al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, siempre se han hecho, pero en la sombra y de manera “discreta”. Normalmente con clara infracción de los principios de transparencia y dando por lo tanto al operador consultado, cierta ventaja respecto del resto de cara a la licitación que se preparaba.

Desde esa perspectiva, cuando la Directiva primero y luego la LCSP en su artículo 115, introduce esta posibilidad, lo hace reconociendo una realidad consustancial a la actividad de compra de bienes y servicios encauzándola para que no perjudique la competencia en la licitación que se prepara. En palabras del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), las consultas preliminares del mercado pueden definirse como “el conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben para la realización de estudios y evaluaciones del mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios, principalmente en

http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/22_12_2017_9_09-Lopez_MINO_2017_IUS_PUB.pdf

entornos en los que las prestaciones contratadas son particularmente complejas”⁴

Ocurre, no obstante, que el artículo 115 LCSP, es algo más complejo que la norma que traspone. Veamos algunas cuestiones:

A) La Trasposición

1.- En primer lugar, adolece de un vicio que en general adorna a la LCSP en su conjunto revelando un claro espíritu reglamentista. Se aleja de la sencillez con la que se expresa el artículo 40 de la Directiva 2014/14/UE, que traspone:

“Consultas preliminares del mercado. Antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación.

Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia.”

Este artículo se complementa con el artículo 41 de la misma Directiva en el que obliga al poder adjudicador, a

⁴ Vid. Resolución 1093/2017 del TACRC disponible en la web: [http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200989-2017%20AST-55-2017%20\(Res%201093\)%2017-11-2017.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200989-2017%20AST-55-2017%20(Res%201093)%2017-11-2017.pdf)



tomar las medidas adecuadas para garantizar que la participación de cualquier operador en la preparación del contrato no falsee la competencia, incluida su exclusión si su participación vulnera el principio de igualdad de trato, aunque antes de proceder a dicha exclusión, se dará a los candidatos o licitadores la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no puede falsear la competencia.

No obstante, aunque con algún matiz, nuestra norma conserva, como no podía ser de otra forma, los rasgos principales de las consultas preliminares: es preliminar, opcional y no decisiva. Digo algún matiz porque nuestra norma admite también la utilización de este mecanismo durante la sustanciación del procedimiento de licitación. Cuestión que comentaremos más adelante. Igualmente es "no decisiva" aún cuando el 115 LCSP determina que *"Con carácter general, el órgano de contratación al elaborar los pliegos deberá tener en cuenta los resultados de las consultas realizadas"*. Si bien, admite la posibilidad de que no sea así dejando constancia del motivo en el informe final, que habrá de elaborar el órgano de contratación una vez hayan terminado las consultas preliminares, en el que se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas. Este informe, que formará parte del expediente de contratación, estará sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación.

B) El artículo 115 LCSP en su contexto. Otras cautelas

En segundo lugar, el contenido del artículo 115 LCSP se desajusta con lo dispuesto en el artículo 70 LCSP, que



trasponiendo el artículo 41 de la Directiva referido, precisamente trata el supuesto de la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación; disponiendo que *"el órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que, no falsee la competencia"*. Entre esas medidas podrá establecerse:

- a) La exclusión de la empresa o sus entidades vinculadas, siempre con audiencia previa a fin de que puedan justificar que, *"su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras"*;
- b) La de la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella,
- c) El establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas".

Parece entonces que hubiera sido más que suficiente con reproducir el artículo 40 que, dicho sea de paso, hay unanimidad en considerar claro, preciso e incondicionado y por lo tanto de aplicación directa⁵. No obstante,

⁵ Vid. El informe *"Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público"*. Tribunales administrativos de contratación pública. 1 de Marzo de 2016. Disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.desca_rgar/fichero.documentos Documento final ESTUDIO aplica



nuestro legislador no ha querido dejar al albur de la voluntad de los órganos de contratación la decisión sobre los mecanismos adecuados para garantizar que en el posterior procedimiento de selección del contratista, la competencia no se ve distorsionada por la participación del candidato, o de una empresa relacionada con ella, en la consulta preliminar. Por este motivo, nuestra norma determina una serie de medidas adicionales en cada una de las fases de la consulta destinadas a prevenir que se pueda producir una violación de los principios de competencia, igualdad de trato y no discriminación. Por ejemplo, cuando en relación con el informe del resultado de la consulta, determina que: *“estará sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación”*. El legislador no ha querido dejar margen o atisbo alguno de duda, respecto a la publicidad y por ende con relación a la transparencia del resultado de la consulta. Prevención que, aunque en abstracto parezca injustificada o si se quiere, exagerada, no es así cuando se enfrenta la realidad cotidiana de los órganos de contratación. Sirva de ejemplo el informe 32/15, de 13 de julio de 2017 evacuado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la inclusión como criterio de valoración de la participación previa en las actuaciones preparatorias de un contrato⁶. Afirmación que no parece atribuible exclusivamente a los órganos de contratación de nuestro país. En Italia, que optó por reproducir casi literalmente en el artículo 66 de su norma de trasposición

[cion directa de las Directivas b43ec509%232E%23pdf/chk_a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3](http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2017/Web%2032-15.pdf)

⁶ Disponible en la web:

<http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2017/Web%2032-15.pdf>

el artículo 40 de la Directiva, el Tribunal Administrativo Regional de Calabria en su sentencia 340/2018 hubo de aclarar que no es posible establecer el resultado o la participación en una Consulta Preliminar de Mercado como una condición de acceso al procedimiento de licitación⁷. Posteriormente a esta sentencia, la Agencia Nacional Antifraude ha dictado una instrucción respecto a las Consultas Preliminares que describe en líneas generales medidas similares a las que contiene nuestro artículo 115 LCSP.

En este punto, parece necesario hacer mención a que aunque las Consultas Preliminares se hayan diseñado como un procedimiento previo que puede formar parte o no de la preparación del contrato a voluntad del órgano de contratación, tienen su valor en relación a la licitación posterior. Por un lado la participación en la consulta o la forma en que la misma se haya configurado, puede determinar de forma decisiva el alcance los actos posteriores de los licitadores. Por ejemplo, en la Resolución nº 1093/2017 del TACRC⁸ la alegación principal formuladas en el recurso, fundamentada en que la configuración técnica del suministro contenía restricciones no tolerables a la libre competencia, es rechazada en la medida que la mercantil impugnante fue consultada y no realizó ningún reparo al respecto.

Por otro lado, si se ha realizado con las garantías suficientes y su resultado es plasmado en los pliegos,

⁷ Vid. <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=SBSCE7KAKLIY7KUYSFPKGSULIA&q=>

⁸ Vid. [http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200989-2017%20AST-55-2017%20\(Res%201093\)%2017-11-2017.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200989-2017%20AST-55-2017%20(Res%201093)%2017-11-2017.pdf)



puede servir de prueba o argumento suficiente para acreditar la regularidad de los mismos, según que casos. Así en la resolución 125/2018 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público aunque el recurso fue estimado finalmente, una de las alegaciones del recurrente relativa a que la configuración del Acuerdo marco del que se trataba era contraria a los principios generales de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, *“porque da lugar a un cierre de la práctica totalidad del mercado del alumbrado público en Cataluña”*, fue rechazada por el Tribunal con la siguiente conclusión: *“...Llegados a este punto y en conclusión, no se pueden acoger las alegaciones de BOQUET según las cuales la configuración del acuerdo marco es contraria a los principios rectores de la contratación pública y conlleva un cierre de la práctica totalidad del mercado del alumbrado público en Cataluña, en la medida en que la tramitación de las consultas preliminares que han dado lugar a esta configuración ha sido ajustada a las previsiones de la Directiva 2014/24 / UE y con las que hay que presumir que los pliegos del acuerdo marco recogen las necesidades de contratación de las entidades locales destinatarias y las particularidades del sector extraídas de las aportaciones de todos los operadores del sector que participaron en dichas consultas, sin que el recurso no haya presentado ninguna prueba que demuestre las afirmaciones contenidas y pueda desvirtuar la presunción de acierto de esta configuración.”*

Hablando en positivo de nuestro 115 LCSP tiene la virtud de no dejar de la mano de los órganos de control el establecimiento “ex ante” de los mecanismos mínimos a través de los cuales ha de garantizarse que la consulta preliminar no adultere la licitación posterior. Condiciones que según el caso pudiera resultar conveniente

completar con otras cautelas⁹ como las que señala la CNMC. Por ejemplo:

- Evitar realizar consultas a operadores concretos.
- No dirigir activamente y seleccionar la identidad de destinatarios de correos electrónicos, si no instrumentar sistemas pasivos, en los que los operadores, voluntariamente, indiquen el interés en ser contactados (por ejemplo, notificaciones electrónicas, newsletter o similar).
- Valorar el empleo adicional de medios de comunicación apropiados, de lectura habitual de los potenciales licitadores.
- Nunca remitir correos electrónicos o comunicaciones de otra índole a los operadores con visibilidad entre ellos.
- Prudencia a la hora de analizar la información suministrada por los operadores proveedores de información, atendiendo a la información asimétrica¹⁰

⁹ En la relación de cautelas hemos tomado como referencia las recomendaciones que con carácter general la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia tuvo ocasión de expresar algunas recomendaciones a seguir con ocasión de su INF/CNMC/091/16 informe sobre los Pliegos que rigen la celebración Del acuerdo marco para el Suministro de ordenadores de Mesa, ordenadores portátiles y Monitores. Disponible en la web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1520156_8.pdf

¹⁰ Vid. https://es.wikipedia.org/wiki/Informaci%C3%B3n_asim%C3%A9trica

que sitúa en una situación de desventaja a la Administración frente a los licitadores.

- Es preciso realizar el seguimiento y análisis de los resultados de la consulta para detectar, en su caso, indicios de concertación en las respuestas al formulario y evitar posibles casos de colusión entre licitadores.
- Valorar el empleo de otras medidas complementarias o incluso sustitutivas de la consulta como el estudio de licitaciones similares tramitadas por otros entes públicos u obtener información a partir de otras fuentes públicas para una mejor redacción de los Pliegos. Nos pueden ayudar mejor a preparar y entender los resultados de la consulta.
- De realizarse, las reuniones en un solo espacio de los posibles operadores a consultar, deberían limitarse a la fase inicial de la consulta a fin de evitar la concertación.
- Es aconsejable contratar los resultados de las consultas a través de distintas técnicas de consulta. (Entrevistas, encuestas, formularios)

C) ¿Consultas sólo Preliminares?

En tercer lugar, la redacción del precepto no sólo se aleja de la claridad y sencillez del texto de la directiva, sino que se adentra en un terreno frágil y que quizás sea la razón última de la desconfianza que, según nuestra opinión, trasluce la norma de trasposición: habla de la posibilidad de realizar consultas de este tipo "ya iniciada la licitación". Literalmente el primer párrafo de su apartado dos dice: *"El asesoramiento a que se refiere el apartado anterior será utilizado por el órgano de contratación para planificar el procedimiento de licitación y, también, durante la sustanciación del mismo, siempre*



y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y transparencia.” Naturalmente, una consulta que se realiza durante la sustanciación del procedimiento de licitación ya deja de ser “preliminar” y se convierte en otra cosa. Tampoco acaba de convencer que tal supuesto esté justificado pensando en supuestos tales como la compra pública pre comercial o la asociación para la innovación. Puesto que el proceso de consulta y diálogo entre órgano de contratación y participantes es consustancial a dichas figuras y de naturaleza distinta.

D) Otras cuestiones

En cuarto lugar, algunas cuestiones, tal cual están planteadas ofrecen dudas y pueden llegar a mermar la utilidad práctica de este mecanismo. La mencionada resolución del Tribunal Administrativo Regional de Calabria, define la Consulta preliminar de mercado como *“un instrumento a disposición de los poderes adjudicadores, que puede iniciar un diálogo informal con los operadores económicos y / o con sujetos que, sin embargo, son expertos en el sector específico del mercado al que se dirige el contrato antes de la adjudicación de un procedimiento de custodia, identificando así las soluciones técnicas capaces de satisfacer mejor los requisitos de la autoridad contratante”*. Pareciera que nuestro 115 LCSP se refiriera a una institución distinta, y sin embargo no es así. Nuestro legislador, como hemos anticipado anteriormente, ha condicionado formalmente el uso de las Consultas Preliminares de Mercado de tal manera que desde luego no puede hablarse de un “diálogo informal con los operadores económicos”.

En cualquier caso, la redacción del precepto no parece un modelo de claridad. Probablemente haya que atribuir esta circunstancia al hecho de ser una “obra a varias manos”. Como botón de muestra, el penúltimo párrafo relativo a la confidencialidad de este tipo de procesos, que se expresa en términos absolutos: *“En ningún caso durante el proceso de consultas al que se refiere el presente artículo, el órgano de contratación podrá revelar a los participantes en el mismo las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo las mismas solo conocidas íntegramente por aquel”*; y que tiene sentido únicamente en aquellos supuestos de consultas preliminares en los que realmente se ponen de manifiesto cuestiones que por su propia esencia deben ser tratadas confidencialmente, normalmente vinculados a secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 133 LCSP, pero no en todos los casos.

Ciertamente la utilidad de las consultas preliminares del mercado resulta más evidente cuando hablamos de Compra Pública Innovadora. En palabras de Javier Vázquez Mantilla¹¹, haciendo referencia a distintas formas de comprar innovación:

“...Y ello se acrecienta cuando estamos ante CPI (compra pública innovadora) ...donde a veces se desconoce exactamente el nivel TRL en que nos

¹¹ Las consultas preliminares, una solución necesaria. Disponible en su blog: <http://www.javiervazquezmatilla.com/2017/08/consultas-preliminares-del-mercado/>



encontramos y al que queremos llegar o alcanzar, cómo definir los hitos de una compra precomercial (PCP: link informativo PCP), las implicaciones respecto de la propiedad intelectual o lo que es peor cuáles serán los requisitos funcionales que habilitaran para comprar el producto desarrollado en una Asociación para la Innovación.”¹²

Por lo tanto, es en el ámbito de la compra pública de innovación, donde se hace tanto más necesario reconocer expresamente esta posibilidad recogida en el artículo 115 de la nueva LCSP.

No obstante, la realidad de las cosas nos ha demostrado cuán útil es el uso de las Consultas preliminares en cualquier contrato en el que el órgano de contratación no tenga conocimiento suficiente de tipo, técnico, tecnológico, científico, económico u organizativo. Basta realizar una simple búsqueda en el objeto de las Consultas preliminares Publicadas para darnos cuenta lo recurrente que está siendo este instrumento para salvar por ejemplo la obligación en relación con el presupuesto base de licitación, de realizar el desglose de costes indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los

¹² En el programa de trabajo 2018-2020 de la iniciativa Horizon 2020 disponible en <https://www.kowi.de/Portaldata/2/Resources/horizon2020/wp/h2020-wp1820-annex-ga.pdf> se utilizan para medir el nivel de desarrollo de la tecnología, los (Technology readiness levels, en acrónimo, TRL). Estos indicadores servirán como apoyo para definir requerimientos de I+D y el tipo de compra pública innovadora asociada.



costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación (Ex.Art. 100 LCSP).

También en relación a las deficiencias en la redacción del artículo que se comenta, como apuntó en su momento Javier Vázquez Mantilla, resulta extraño que el 115 LCSP comience diciendo: "1. Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo...." Para que un poco más adelante se contemple la consulta a los operadores activos del mercado como una opción excepcional: *"...los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado."*; Cuando resulta que difícilmente nadie puede tener mejor conocimiento de determinado mercado que sus propios operadores. Entrando además en cierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 70 LCSP, que precisamente trata el supuesto de la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, tal y como dijimos anteriormente. Tampoco acabamos de entender eso de operador "activo". Si se es operador es porque se participa en el mercado.

3.- CONCLUSIONES

- a) Las Consultas Preliminares permiten procesos de compra pública mejor enfocados y mejor informados y, por lo tanto, resultados finales



más beneficiosos, centrados en la calidad y el valor.

- b) Constituyen un mecanismo cuya utilización dentro de los cauces establecidos en el artículo 115 es recomendable utilizar, independientemente de la naturaleza del contrato, siempre que haya un déficit de conocimiento de cualquier índole del órgano de contratación.
- c) Las Consultas Preliminares pueden ser determinantes a la hora de enjuiciar los actos de la licitación a la que se refieren.
- d) El artículo 115 LCSP, aunque de redacción algo confusa establece "ex ante" los mecanismos a través de los cuales se garantiza que la Consulta Preliminar no perjudique, al menos de partida, la competencia colocando a algún operador en una posición de ventaja.

4.- RECOMENDACIONES

- a) Deshacerse de los complejos a la hora de realizar una consulta preliminar. Si no se sabe o se tiene dudas, lo procedente es consultar.
- b) Debe potenciarse el uso generalizado de esta institución por los órganos de contratación.
- c) Es preciso considerar la necesaria concordancia entre las circunstancias de la Consulta Preliminar

y los actos de la licitación posterior en relación a su impugnación.

- d) No despreciar la adopción de cautelas extra más allá del mero cumplimiento del artículo 115.
- e) Para optimizar las oportunidades que ofrece una consulta preliminar del mercado y garantizar su éxito es preciso actuar de forma metodológica y programada¹³.

¹³ Al respecto me parece una referencia útil la entrada publicada por Guillermo Yáñez Sánchez *“Primera consulta preliminar al mercado. Cómo la he hecho”* en la Comunidad de Prácticas de la Contratación Pública. Disponible en <https://www.contratacionpublicacp.com/forum/topics/primer-a-consulta-preliminar-al-mercado-como-la-he-hecho>

También una referencia válida se puede encontrar en la página 19 de la Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación <https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-ES-final-lowres.pdf>