



Generalitat de Catalunya
Departament de la Vicepresidència
i d'Economia i Hisenda
**Direcció General
de Contractació Pública**

Secretaria Tècnica de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa



**Oficina Antifrau
de Catalunya**

Riesgos para la integridad en la contratación pública

Opiniones expertas

04

Factores normativos que incrementan la probabilidad de los riesgos para la integridad en la contratación pública

Gemma Enfedaque Montes
Carla Ricci Peker

La Oficina Antifraude de Cataluña es una institución independiente, adscrita al Parlamento de Cataluña, encargada de prevenir e investigar la corrupción, así como de preservar la transparencia y la integridad de las administraciones y del personal al servicio del sector público de Cataluña.

Desde su vertiente preventiva, da apoyo a las instituciones públicas en la consolidación de sus sistemas de integridad, entre otras estudiando, promoviendo e impulsando buenas prácticas que contribuyan a la mejora de la calidad en la prestación del servicio público.

En el marco del proyecto *Riesgos para la integridad en la contratación pública*, la Oficina Antifraude ha querido contar con la opinión de personas expertas que analizarán, desde diferentes perspectivas, los riesgos de corrupción en el procedimiento de contratación.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya
Autoras: Gemma Enfedaque Montes, jefa de la Secretaría Técnica, i Carla Ricci Peker, técnica superior del Área Jurídica de la Secretaría Técnica



Reconocimiento – no comercial – sin obra derivada:
no se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas

Proyecto: «Riesgos para la integridad en la contratación pública» | Oficina Antifraude de Cataluña
Coordinación: Lara Baena García y Anabel Calvo Pozo

Opiniones expertas núm. 4
Fecha de edición: 22 de mayo de 2019

www.antifrau.cat | prevencio@antifrau.cat

Las publicaciones de la serie *Opiniones expertas* son el resultado de la colaboración de la Oficina Antifraude con personas especialistas en la materia. Los criterios y argumentos que se incorporan expresan exclusivamente los de sus autoras y no tienen por qué reflejar necesariamente el posicionamiento oficial de la Oficina Antifraude.



Presentación

Los riesgos de irregularidades, fraude y corrupción en la contratación pública son multifactoriales. Los diversos tipos de factores de riesgo que dependen de las entidades adjudicadoras son objeto de estudio en las publicaciones de la colección Documentos de trabajo del proyecto «Riesgos para la integridad en la contratación». Pero a menudo los estímulos u oportunidades para estos riesgos no provienen de las instituciones públicas sino de circunstancias o elementos externos: factores coyunturales o sistémicos. Entre estos factores de riesgo externos, los de naturaleza normativa tienen un papel muy relevante, razón por la cual la Oficina Antifraude de Cataluña no podía dejar de abordar su estudio.

En la regulación de la contratación pública, habíamos detectado la incidencia de factores transversales en otros ámbitos de la regulación, como ahora la complejidad y dispersión normativa o la elevada frecuencia de los cambios en esta regulación. Sin embargo, hacía falta profundizar el análisis y detectar los principales déficits normativos que crean oportunidades o incentivos para los diferentes riesgos a lo largo de los procedimientos de contratación: aspectos de la regulación que hay que aclarar porque la redacción actual se presta a interpretaciones diversas; aspectos no regulados, insuficientemente regulados o regulados de forma excesivamente fragmentada; aspectos regulados de forma contradictoria, o bien aspectos regulados con diferente grado de exigencia (en términos de transparencia, rendimiento de cuentas, control, respuesta sancionadora...) a pesar de que el nivel de riesgo sea igual o incluso superior.

Por esta razón, la Oficina Antifraude de Cataluña se dirigió a dos expertas de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya para colaborar en la elaboración de este análisis. Gemma Enfedaque, jefa de la Secretaría Técnica de este órgano consultivo, y Carla Ricci, técnica superior del Área Jurídica de la Secretaría Técnica, han llevado a cabo una tarea inédita de análisis de la normativa desde la perspectiva de los riesgos para la integridad en la contratación. Este trabajo constituye un valioso punto de partida para la elaboración de recomendaciones y propuestas a los poderes reguladores para reducir la probabilidad de los riesgos en la contratación pública.



Contenido

| | |
|--|---|
| 1. Introducción..... | 6 |
| 2. Los factores de riesgo de naturaleza normativa en la fase de preparación | 7 |
| 2.1. Impulsar y preparar contratos innecesarios o perjudiciales..... | 7 |
| Regulación del ámbito de aplicación subjetivo basado en una concepción formalista y referenciada al esquema organizativo del sector público estatal..... | 7 |
| Regulación imprecisa del plan de contratación que deben elaborar las entidades del sector público | 8 |
| Falta de previsión respecto de la solvencia a exigir en los contratos mixtos | 9 |



| | |
|--|----|
| 2.2. Preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia o la libre competencia..... | 10 |
| Regulación imprecisa del régimen de los contratos menores | 10 |
| Regulación de los registros de empresas licitadoras y clasificadas que puede comprometer la finalidad de agilización y simplificación a la que responde la regulación del procedimiento abierto simplificado y la obligación de inscripción que establece..... | 11 |
| Regulación del régimen jurídico de contratación de los poderes adjudicadores que no tienen la condición de administración pública | 12 |
| Regulación del doble régimen jurídico de los contratos privados de las administraciones públicas | 14 |
| Falta de limitación de la duración de las eventuales prórrogas de los contratos | 15 |
| Margen de discrecionalidad en la determinación de la ponderación de los criterios de adjudicación..... | 16 |
| Regulación de la prueba de la no concurrencia de una prohibición de contratar limitativa | 16 |
| Uso de conceptos jurídicos indeterminados en la regulación del procedimiento negociado sin publicidad..... | 17 |
| 2.3. Adjudicar directamente a un operador al margen del procedimiento de contratación..... | 17 |
| Regulación imprecisa e insuficiente de los convenios entre entidades del sector público excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP | 17 |
| Regulación imprecisa de los encargos a medios propios personificados. | 19 |
| 3. Los factores de riesgo de naturaleza normativa en la fase de licitación | 21 |
| 3.1. No evitar prácticas anticompetitivas..... | 21 |
| Regulación con incertidumbres del proceder de la mesa ante indicios de conductas colusorias en el procedimiento de contratación | 21 |
| Publicidad condicionada de las respuestas a las aclaraciones solicitadas por las empresas interesadas | 22 |
| 3.2. Admitir o excluir empresas licitadoras de forma sesgada | 23 |
| Regulación de la causa de prohibición de contratar por incompatibilidad y del conflicto de interés que permite no detectar estas situaciones o no abordarlas adecuadamente | 23 |
| Falta de regulación de la solicitud de aclaración de las ofertas presentadas | 25 |
| Regulación laxa de la composición de las mesas de contratación en el ámbito local | 26 |
| 3.3. Valorar de forma sesgada las ofertas | 27 |
| Falta de previsión relativa a la comunicación previa de los subcriterios de adjudicación y del método de valoración de las ofertas | 27 |
| Falta de precisión en la regulación de la clasificación de las ofertas en los casos en que se presenten ofertas anormalmente bajas..... | 28 |
| 4. Los factores de riesgo de naturaleza normativa en la fase de ejecución | 30 |



| | |
|---|----|
| 4.1. Obtener una prestación diferente de la contratada..... | 30 |
| Regulación del responsable del contrato insuficiente para garantizarla efectividad de esta figura..... | 30 |
| Ausencia de preceptos precisos, claros y estructurados para el ejercicio de la función de control..... | 31 |
| 4.2. Modificar indebidamente el contrato..... | 32 |
| Regulación del régimen de las modificaciones previstas en los pliegos que crea oportunidades para recurrir a las no previstas..... | 32 |
| 4.3. No exigir responsabilidades por incumplimientos..... | 33 |
| Falta de obligación de incluir en los pliegos responsabilidades por incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución..... | 33 |
| Regulación insuficiente de la nueva causa de resolución de los contratos relativa al impago de los salarios de los trabajadores o el incumplimiento de las condiciones establecidas en convenio colectivo durante la ejecución..... | 33 |
| 5. Breve consideración final..... | 34 |
| Anexo. Factores normativos específicos por áreas de riesgo..... | 36 |



1. Introducción

La calidad de la regulación jurídica sobre contratación pública tiene un papel relevante para el ejercicio íntegro de esta actividad, en la medida en que puede **crear oportunidades o incrementar las probabilidades de riesgos**, los cuales, sin embargo, se producen por la combinación de varios factores¹. De entrada, se puede considerar que **la particular complejidad que caracteriza la regulación de esta materia constituye un factor de riesgo transversal** para la integridad en la contratación pública, que dificulta especialmente la aplicación.

Tradicionalmente, esta complejidad ha venido dada, en gran medida, por el elevado número de normas que regulan la materia, así como por su dispersión, provocada tanto por la regulación multinivel —con normativa europea, estatal, autonómica y local—, como por las sucesivas modificaciones y afectaciones de estas normas; de hecho, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), ya se ha modificado parcialmente en dos ocasiones.²

Asimismo, también complica el conocimiento y, por lo tanto, la correcta aplicación de esta normativa, tras la entrada en vigor de la LCSP de 2017, la falta de desarrollo reglamentario de esta norma, que comporta tener que aplicar el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Real Decreto 817/2009, de 8 de marzo, por el cual se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, redactados en el marco de un régimen de contratación pública muy anterior. En este mismo sentido, también hay que recordar que todavía queda pendiente de transposición la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación para entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.³

Además de la complejidad que caracteriza la regulación de la contratación pública que, como se ha señalado, se puede considerar un factor de naturaleza normativa transversal a la mayoría de los riesgos para la integridad en la contratación pública, al dificultar una correcta aplicación de la normativa, también **la redacción de determinados preceptos de la LCSP, en ocasiones, puede crear oportunidades o incrementar la probabilidad de estos riesgos al posibilitar un amplio margen de interpretación y presentar imprecisiones o contradicciones y lagunas, así como cierta falta de coordinación con la regulación establecida en otras normas sectoriales o generales.**⁴ Es ejemplo de factor normativo, en el sentido mencionado, la regulación que

¹ El análisis de los diversos factores de riesgos para la integridad en la contratación pública se abordó en el [Documento de trabajo n.º 4](#) elaborado por la Oficina Antifraude de Cataluña sobre «El análisis de los riesgos. Factores y efectos de los riesgos y mapas para facilitar el análisis».

² La primera, transcurridos tan sólo cuatro meses de su entrada en vigor general, por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, cuya disposición final cuadragésima cuarta la modificó en relación con la regulación de los encargos a medios propios y del régimen de los contratos menores; la segunda, por el Real Decreto-Ley 3/2019, de 8 de febrero, de medidas urgentes en el ámbito de la Ciencia, la Tecnología, la Innovación y la Universidad, cuya disposición final segunda la vuelve a modificar en materia de contratos menores.

³ El 5 de marzo de 2019 se publicó en el BOE el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, lo cual comportó que decayeran «todos los asuntos pendientes de examen y resolución», entre ellos el Proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, cuya tramitación empezó el 25 de noviembre de 2016.

⁴ El hecho de que la LCSP haya sido objeto de varias enmiendas durante la tramitación del Proyecto de Ley en el Congreso de los diputados —un total de 1.080 enmiendas— muchas de las cuales han



el artículo 118 de la LCSP establece de los contratos menores, con una redacción imprecisa que ha provocado dudas en relación con su interpretación lo cual, junto con el interés que suscita esta normativa y, específicamente, esta figura contractual, ha dado lugar a multitud de pronunciamientos de diferentes órganos consultivos en materia de contratación pública; pronunciamientos que, además, no han sido coincidentes.

Este documento pretende identificar, de manera no exhaustiva, algunas previsiones de la LCSP que crean oportunidades o incrementan la probabilidad de riesgos para la integridad en la contratación pública, que se pueden materializar en prácticas irregulares por parte de las personas que participan en los procedimientos de contratación pública. Esta identificación sigue la metodología propuesta en el *Documentos de trabajo núm.3* elaborado por la Oficina Antifraude de Cataluña, relativo a la identificación de los riesgos para la integridad de la contratación, que clasifica estos riesgos en diferentes áreas de riesgo —concretamente, en doce áreas comunes a todas las entidades adjudicadoras— las cuales, al mismo tiempo, se ordenan en función de las fases de los procedimientos de contratación pública de preparación, licitación y ejecución.

2. Los factores de riesgo de naturaleza normativa en la fase de preparación

2.1. Impulsar y preparar contratos innecesarios o perjudiciales

Regulación del ámbito de aplicación subjetivo basado en una concepción formalista y referenciada al esquema organizativo del sector público estatal

Áreas de riesgos: impulsar y preparar contratos innecesarios o perjudiciales, preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia y adjudicar directamente a un operador al margen del procedimiento de contratación.

La regulación del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP se sigue basando en un listado de entidades, delimitándolo sobre la base de una configuración formalista y nominalista del sector público —como ya hacía la LCSP de 2007 e, incluso, con un ánimo más exhaustivo—, a diferencia de la normativa europea de contratación pública, que basa su ámbito subjetivo de aplicación en el concepto funcional de organismo de derecho público comunitario.

Así, el artículo 3 de la LCSP mantiene el sistema de lista basado en la tipología de personificaciones jurídicas, lo cual puede dificultar la determinación del nivel de sujeción que les corresponde. Esta dificultad, sin embargo, ya no afecta a la sujeción de todas las entidades del sector público a sus previsiones, en vista de la utilización, como cláusula de cierre del ámbito subjetivo de aplicación, aquí sí, del concepto funcional de organismo de derecho público comunitario.⁵

La dificultad en la determinación del nivel de sujeción a la LCSP viene dada, tanto por la complejidad del propio precepto como por el hecho de que el **sistema de lista utilizado**

— ha sido posteriormente objeto de enmiendas transaccionales —975 transaccionadas o directamente incorporadas— ha comportado que el texto definitivo contenga contradicciones, imprecisiones, etc.

⁵ Con esta cláusula de cierre, ciertamente, con independencia de cuál sea la forma jurídica de la entidad, se evita la huida del derecho de contratación pública mediante la utilización de formas organizativas de derecho privado, como sucedía en el pasado.



no encaje con todos los sistemas organizativos existentes en los diferentes niveles de administración, dado que se hace por referencia al esquema organizativo del sector público estatal. Así, se crean oportunidades de distorsiones interpretativas al aplicar este listado a las comunidades autónomas que, en ejercicio de su capacidad de auto-organización, hayan adoptado modelos diferentes al del Estado en la concepción, funcionamiento y denominación de sus entidades.⁶

Estas distorsiones hacen posible **que una entidad que forma parte del sector público a efectos de la LCSP aplique la regulación correspondiente a un nivel de sujeción inferior a lo que le corresponde**. Por lo tanto, la regulación nominalista y referida formalmente a la tipología de entidades del esquema organizativo del sector público estatal constituye un factor de naturaleza normativa que incrementa la probabilidad de que se hagan efectivos otros riesgos, no sólo en la fase de preparación de los contratos, sino también en el resto de fases del procedimiento de contratación.

Regulación imprecisa del plan de contratación que deben elaborar las entidades del sector público

Área de riesgo: impulsar y preparar contratos innecesarios o perjudiciales.

Riesgo específico: diseñar contratos innecesarios, sobredimensionados, de imposible ejecución o perjudiciales para la institución pública o para el interés general.

El artículo 28.4 de la LCSP obliga a las entidades del sector público a planificar y a publicar su actividad contractual. Así, este precepto dispone que dichas entidades «programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada».

Esta previsión de la LCSP, en la medida en que contribuye a los objetivos de una contratación pública más eficiente, estratégica, transparente y que promueva la concurrencia, se puede considerar una medida preventiva adoptada por la LCSP para reducir la probabilidad del riesgo de preparar contratos perjudiciales para la institución pública o para el interés general, por ejemplo, evitando tramitaciones precipitadas.

Sin embargo, **la omisión de previsiones sustantivas y formales** respecto del cumplimiento de esta obligación —no se contiene en el articulado de la LCSP ninguna otra referencia al plan de contratación—, así como **la propia redacción del artículo 28.4 de la LCSP, reducen su capacidad de prevenir que se materialice el riesgo** de preparar contratos innecesarios o perjudiciales, **dado que crean oportunidades para planes incompletos o inadecuados**.

Por una parte, debe cuestionarse si el plan de contratación sólo tiene que recoger los contratos sujetos a una regulación armonizada, dado que, si bien una interpretación literal del artículo 28.4 conduciría a entender que es exigible tan sólo en estos contratos, por la propia finalidad de la previsión —contribuir a una contratación pública más

⁶ La falta de correspondencia directa entre los sujetos que integran el sector público a efectos de la normativa de contratación pública —en concreto, a efectos del artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007— y los entes, organismos y entidades dependientes o vinculados a la administración de la Generalitat de Catalunya, se puso de manifiesto y analizó en el Informe 3/2009, de 28 de mayo, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya relativo a «el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público».



eficiente, transparente y que fomente la concurrencia— parece más adecuada la inclusión de la totalidad de los contratos que se pretendan suscribir por las entidades del sector público.⁷

Por otra parte, el artículo 28.4 remite, para su materialización, al anuncio de información previa regulado en el artículo 134 de la LCSP, el cual se caracteriza por ser potestativo, aplicable a los contratos sujetos a una regulación armonizada y permitir reducir plazos de licitación, sin que se establezca ninguna precisión respecto del procedimiento de elaboración del plan ni del contenido que este debe tener. Ciertamente, la publicación del plan de contratación mediante un anuncio de información previa con los datos que requiere el anexo III de la LCSP tampoco parece ser lo más adecuado para conseguir los objetivos indicados.

Falta de previsión respecto de la solvencia a exigir en los contratos mixtos

Área de riesgo: impulsar y preparar contratos innecesarios o perjudiciales.

Riesgo específico: diseñar contratos perjudiciales para el interés general.

De acuerdo con la regulación que establece el artículo 18 de la LCSP de los denominados contratos mixtos, la adjudicación de estos contratos debe efectuarse aplicando un régimen jurídico común, determinado por las reglas que establece el mismo precepto, por referencia a la prestación «principal», a diferencia de la normativa anterior que establecía la necesidad de adjudicarlos aplicando el régimen jurídico de la prestación de mayor importancia económica. Por lo tanto, con respecto a la adjudicación de estos contratos sigue operando el criterio de la absorción de las prestaciones. En cambio, para la determinación de las normas que deben regir la ejecución de estos contratos, tanto de acuerdo con la legislación anterior como con la LCSP vigente, procede la aplicación del régimen jurídico específico de las distintas prestaciones comprendidas en el contrato.

Si bien este precepto hace referencia a «las normas que rigen la adjudicación de los contratos mixtos», tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial se ha considerado que entre las normas relativas a la adjudicación están comprendidas las referentes a la exigencia y la acreditación de la capacidad y la solvencia y, por lo tanto, opera también respecto de estas normas el criterio de la absorción de las prestaciones. De acuerdo con esta interpretación, la capacidad y solvencia a exigir en un contrato mixto se tiene que determinar exclusivamente de conformidad con las normas propias del contrato al que corresponda la prestación más importante de éste.

Sin embargo, esta opción puede no ser siempre la más adecuada. Si bien con carácter general las empresas licitadoras que tengan la capacidad y la solvencia exigida para llevar a cabo la prestación que constituya el objeto principal de un contrato mixto, también podrán llevar a cabo las del objeto secundario, en los casos en que los contratos mixtos están integrados por prestaciones correspondientes a más de una categoría contractual que sean todas ellas «principales» desde el punto de vista de su importancia —por su relevancia económica o por su complejidad o especificidad

⁷ De hecho, la Diputación de Valladolid en una Circular Informativa sobre la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, señaló que «si lo que se pretende con estos planes es racionalizar y contribuir a una mayor transparencia de la contratación pública deberían incluirse la totalidad de los contratos a celebrar por las entidades del Sector Público». Asimismo, lo ha indicado la Diputación de Huesca en una cuarta Circular sobre la LCSP.



técnica—, no parece conforme con el interés general que respecto de una de estas prestaciones las empresas no deban acreditar ningún tipo de capacidad y solvencia.⁸

Por lo tanto, dado que la exigencia a las empresas licitadoras de unos criterios de selección adecuados resulta fundamental para garantizar que la empresa adjudicataria tendrá la capacidad y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato, se puede considerar que **la omisión de una previsión en la LCSP relativa a qué la capacidad y la solvencia a exigir en los contratos mixtos sea la adecuada a todo su objeto es un factor que incrementa la probabilidad del riesgo de diseñar contratos perjudiciales para el interés general.**

2.2. Preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia o la libre competencia

Regulación imprecisa del régimen de los contratos menores

Áreas de riesgo: impulsar y preparar contratos perjudiciales y preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia o la libre competencia.

La nueva regulación contenida en el artículo 118 de la LCSP de los contratos menores incorpora diversas y sustanciales novedades que tienen como finalidad, a pesar de no hacerse referencia en la exposición de motivos⁹, delimitar su procedencia y reducir el uso (o contribuir a limitarlo a lo que sea adecuado). Así, además de la inclusión de alguna precisión en su definición que debe valorarse positivamente —como la referencia a obras, suministros y servicios y al valor estimado del contrato— y de la asimilación, cuando menos parcial, de la fase preparatoria y de la publicidad de estos contratos a la de los no menores —con la obligatoriedad de emitir un informe justificativo y de darles publicidad a través de los perfiles de contratante respectivos—, se incorpora como principal novedad la obligación de justificar que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que la empresa contratista no ha suscrito más contratos menores, que, individualmente o conjuntamente, superen la cifra de los contratos menores

Esta previsión constituiría, en principio, una medida orientada a reducir el riesgo de un mal uso de estos contratos, con la consiguiente afectación de los principios que rigen la contratación pública, de manera que se podría considerar, también, una medida preventiva adoptada por la LCSP para reducir la probabilidad del riesgo de preparar contratos perjudiciales o que limiten indebidamente la concurrencia o la libre competencia.

⁸ Así se afirmó en el [Informe 6/2016, de 26 de julio](#), de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya sobre los «Requisitos de capacidad y de solvencia que procede exigir en contrataciones que incorporen prestaciones correspondientes a varias tipologías contractuales. Acreditación de la clasificación empresarial por parte de uniones temporales de empresas».

⁹ En el [Informe 1/2018, de 20 de abril](#), de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre los límites a la contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ya se señala que la exposición de motivos de la LCSP no contiene ninguna alusión a la contratación menor, ya que las novedades al respecto fueron incluidas por la vía de enmienda parlamentaria, y que únicamente contiene la mención a la «contratación directa» al aludir a la tramitación sumaria del procedimiento abierto simplificado «para contratos de escasa cuantía que tiene que suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias».



Asimismo, y tal como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación de la Generalitat de Catalunya en el Informe 1/2018, de 20 de abril, ya mencionado, también constituiría una medida encaminada a promover la competencia y a evitar que por la vía de estos contratos se beneficie de forma recurrente a la misma o las mismas empresas.

Sin embargo, **la deficiente regulación** de esta obligación —de la cual no se fija ni la delimitación subjetiva (es decir, respecto de quién se fija el límite, descartando que sea respecto de administraciones, por desproporcionado, se plantea si debe aplicarlo respecto de órganos de contratación o de unidades funcionales), ni la objetiva (es decir, respecto de qué se fija: cualesquiera contratos, los que obedecen a una misma tipología o los que tengan un mismo objeto), ni la temporal (respecto de qué periodo se fija la limitación) por mencionar los déficits que son absolutamente imprescindibles para su aplicación, pero no las únicas— **sigue creando oportunidades de utilizar los contratos menores indebidamente y afectar a la competencia**, de forma que la capacidad preventiva de esta medida puede verse limitada.¹⁰

Esta deficiente regulación se ha visto agravada, como ya se ha adelantado, por las interpretaciones no coincidentes que de esta obligación han hecho los diferentes órganos consultivos específicos en materia de contratación pública, el estatal y los autonómicos, que ha tenido como corolario la primera instrucción de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública que ha engrosado el ya extensísimo número de pronunciamientos al respecto.¹¹

Regulación de los registros de empresas licitadoras y clasificadas que puede comprometer la finalidad de agilización y simplificación a la que responde la regulación del procedimiento abierto simplificado y la obligación de inscripción que establece

Áreas de riesgo: impulsar y preparar contratos perjudiciales y preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia.

Una de las principales novedades que introduce la LCSP con respecto a los procedimientos de contratación pública es la regulación de un procedimiento abierto simplificado, contenido en el artículo 159, previsto para contratos de obras, suministros y servicios que cumplen determinados requisitos relacionados con el valor estimado del contrato y con los criterios de adjudicación que se prevean. Tal como se señala en la exposición de motivos de la LCSP, esta modalidad del procedimiento abierto «nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil» dado que «sus trámites se simplifican al máximo». Así, la tramitación de este procedimiento debe ajustarse a una serie de especialidades, entre las cuales se incluye la obligatoriedad de exigir a las empresas licitadoras la inscripción en los registros oficiales de empresas licitadoras como requisito para poder participar —inscripción que es voluntaria para todo el resto

¹⁰ Es posible que fuera este el motivo por el cual el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019 –que decayó con la disolución de las Cortes derivada de la convocatoria de elecciones– contenía una disposición derogatoria de esta previsión.

¹¹ Instrucción 1/2019, que contiene una interpretación, por cierto, no coincidente con la de la Junta Consultiva de Contratación Pública estatal, y que, al mismo tiempo, ha dado también lugar a pronunciamientos doctrinales discrepantes respecto de su vinculación a comunidades autónomas y administraciones locales (ni la propia instrucción, ni la resolución de publicación en el BOE lo establecen expresamente).



de procedimientos—, la cual sólo se puede exceptuar en el supuesto que la propia Ley prevé, eso es, en casos en que dicha exigencia sea contraria a la concurrencia.¹²

Sin embargo, la finalidad de agilización y simplificación, a la que responden tanto la propia regulación del procedimiento abierto simplificado, como la obligación específica de exigir la inscripción a los registros oficiales de empresas licitadoras, se puede ver limitada por la regulación que de los mismos contiene la LCSP. Así, si bien estos registros tienen como finalidad principal simplificar la acreditación de las condiciones de aptitud de las empresas en los procedimientos de contratación, con el objetivo de facilitar su participación, así como las actuaciones de las entidades contratantes, de acuerdo con la regulación que hace de estos registros la LCSP, las empresas que voluntariamente solicitan inscribirse son las que deciden cuáles de los datos previstos en la Ley quieren inscribir.

Por lo tanto, la discrepancia entre la obligación de exigir a las empresas la «inscripción» en un registro de empresas licitadoras para poder participar en un procedimiento abierto simplificado y la regulación en la LCSP de estos registros —en concreto, de los datos y circunstancias relativos a las empresas que pueden constar inscritos que, como se ha dicho, corresponde determinarlos a las propias empresas que solicitan inscribirse—, puede llevar a que aquella finalidad de agilización y simplificación se vea limitada e, incluso, totalmente frustrada, en el caso de empresas inscritas pero con la información incompleta o no actualizada.

En efecto, se puede considerar que la discrepancia a la cual se ha hecho referencia constituye un factor de riesgo de naturaleza normativa que crea oportunidades para el riesgo de preparar contratos perjudiciales para la institución pública y/o que limiten la concurrencia, dado que permite que el **requisito relativo a la exigencia de inscripción a los registros oficiales de licitadores** para las empresas que quieran participar en un procedimiento abierto simplificado **pueda no producir la agilidad y simplificación que persigue y, por consiguiente, devenir una mera formalidad que opera como un requisito limitativo de la concurrencia.**

Adicionalmente, la exigencia de inscripción «en la fecha final de presentación de ofertas» puede ser también restrictiva de la competencia, en la medida en que la finalidad de simplificación se conseguiría igualmente en caso de que las empresas estuvieran inscritas en el momento de la consulta al registro.

Regulación del régimen jurídico de contratación de los poderes adjudicadores que no tienen la condición de administración pública

Área de riesgo principal: preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia o la libre competencia.

La aproximación del régimen jurídico de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de administración pública al de las administraciones públicas es una de las novedades significativas de la LCSP, con la que se tiende a evitar la proliferación de

¹² A pesar de la *vacatio legis* fijada por el legislador en la disposición transitoria tercera de la LCSP y la literalidad de la previsión, que únicamente exceptúa la exigencia de la inscripción cuando se vea limitada la concurrencia, la Junta Consultiva del Estado, en la Recomendación de 24 de septiembre de 2018, ha considerado oportuno, con carácter temporal pero general, que no se exija el requisito de la inscripción obligatoria dada la situación originada por el gran número de solicitudes de registro. Según ha entendido esta Junta Consultiva «en una situación en que coyunturalmente no es posible respetar el principio esencial (el de concurrencia), no se puede entender que el requisito de la inscripción sea exigible».



diversos procedimientos de adjudicación a los que daba lugar el régimen jurídico anterior, mediante las diferentes instrucciones internas. Sin embargo, la redacción del artículo 318 de la LCSP, relativo al régimen de adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores no administración pública, ha dado lugar a interpretaciones —con mayor o menor cabida, ciertamente— que crean cierta inseguridad jurídica, lo cual puede afectar al adecuado respeto de los principios de la contratación pública.

Así, por una parte, el artículo 318.a de la LCSP determina que los contratos de valor estimado inferior a 40.000 €, cuando se trate de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios, o a 15.000 €, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, «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». La regulación de este precepto ha suscitado la cuestión de si en los contratos que menciona les es de aplicación el mismo régimen jurídico (requisitos y limitaciones) que en los contratos menores y, por lo tanto, se tiene que entender que el artículo 318.a de la LCSP remite para estos contratos a la regulación del artículo 118 de la LCSP, a pesar de no hacerlo expresamente; o si, por el contrario, es un precepto que, al no hacer referencia al concepto de contrato menor, queda al margen del régimen general aplicable a estos contratos.¹³

Por lo tanto, esta doble interpretación, que puede dar lugar a la aplicación de regímenes jurídicos diferentes —un régimen más rígido, si se entienden aplicables las previsiones del artículo 118.3 de la LCSP¹⁴, u otro menos rígido, en caso de entender que estas no se aplican, lo cual, de hecho, se permite por la propia literalidad del artículo 318.a de la LCSP¹⁵— crea oportunidades, en función del régimen jurídico aplicable, para los riesgos de preparar contratos que limiten la concurrencia o la libre competencia, por ejemplo, el riesgo de fraccionamiento del objeto de los contratos.

Por otra parte, el artículo 318.b de la LCSP prevé 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 5.548.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 221.000 euros, se *podrán* adjudicar por *cualquiera* de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª 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»¹⁶.

Esta regulación, no del todo precisa, ha planteado la cuestión de si los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de administración pública pueden escoger

¹³ Esta cuestión hubiera podido perder importancia si se hubiera llegado a aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019, en el cual se pretendía la supresión del artículo 118.3 de la LCSP.

¹⁴ De hecho, a pesar de la literalidad del precepto, tanto la Junta del Estado en la Recomendación de 28 de febrero, de carácter no vinculante, como la Abogacía General del Estado, en la Instrucción 3/2018, han hecho una interpretación del mismo en este sentido más rígido dado que, aunque el artículo 318 no utilice el término contratos menores, ni contenga una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3 de la LCSP —que son los preceptos que contienen la regulación general de los contratos menores— se alude a un supuesto coincidente con el de los contratos menores en razón de la coincidencia de importes y de redacción del artículo 318 y el artículo 131.3 de la LCSP.

¹⁵ Incluida la literalidad derivada del hecho de que, de acuerdo con el propio título del artículo 318 de la LCSP, este regula «la adjudicación» de los contratos a que alude y el artículo 118 de la LCSP se ubica dentro de las normas de «preparación» de los contratos.

¹⁶ Cifras actualizadas de conformidad con el artículo 2 de la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018 («B.O.E.» 29 diciembre).



llevar a cabo las contrataciones no sujetas a regulación armonizada mediante cualquiera de los procedimientos de adjudicación previstos en la LCSP, con independencia de las limitaciones relativas a las cuantías o los requisitos objetivos que para cada uno se establecen, o si, por el contrario, la posibilidad de elección debe ir acompañada de una asunción íntegra de la totalidad de la regulación aplicable al procedimiento escogido.

No se trata de una cuestión baladí, dado que una interpretación en el primer sentido que, de hecho, viene avalada por la propia literalidad del precepto —con los términos *pueden* y *cualquiera* y previendo una excepción expresa para el procedimiento negociado sin publicidad—, conduciría a que los poderes adjudicadores no administración pública pudieran utilizar, por ejemplo, el procedimiento abierto simplificado e, incluso, su modalidad abreviada para contrataciones, de valor estimado muy superior a los umbrales que establece el artículo 159 de la LCSP que lo regula, fijados, sin duda, por la voluntad de aunar la simplificación del procedimiento con la escasa importancia económica del contrato.

Por lo tanto, las interpretaciones que, con mayor o menos fundamento, suscita o provoca la regulación del **régimen jurídico de adjudicación de estos contratos de los poderes adjudicadores no administración pública, comporta que subsista el riesgo de que estos preparen contratos que acaben limitando los principios que deben regir los contratos públicos**, en la medida en que la propia literalidad del precepto admite defender la interpretación más flexible, antes mencionada, si bien es cierto que por parte de los órganos consultivos se ha hecho la interpretación más restrictiva.

Regulación del doble régimen jurídico de los contratos privados de las administraciones públicas

Áreas de riesgo: preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia y adjudicar directamente a un operador económico al margen del procedimiento de contratación.

La LCSP mantiene la tradicional distinción entre contratos administrativos y contratos privados. Con respecto a estos últimos, el artículo 26.2 de la LCSP establece, como novedad con respecto a la regulación del TRLCSP, un doble régimen jurídico para los contratos privados suscritos por las administraciones públicas.

Este precepto dispone que la preparación y la adjudicación de los contratos privados que suscriban las administraciones públicas se rigen, en primer término, por sus «normas específicas» y, en defecto de estas, por las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP, con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, y supletoriamente, por el resto de normas de derecho administrativo o, si se requieren, las normas de derecho privado, según corresponda en razón del sujeto o entidad contratante. Sin embargo, precisa que, aun este régimen general, en los contratos de servicios financieros, de creación e interpretación artística y literaria, y de espectáculos, y contratos de suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos «les son aplicables, además del Libro Primero de esta Ley, su Libro Segundo en cuanto a su preparación y adjudicación».

Así, la propia redacción de la LCSP puede generar dudas sobre si la preparación y la adjudicación de los contratos privados de servicios financieros, de creación e interpretación artística y literaria, y de espectáculos, y contratos de suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, se tiene que regir por las normas de la misma LCSP o si debe estarse a lo que dispone esta normativa únicamente en defecto de normativa específica. Este factor normativo, en la medida en que puede **suscitar la**



suscripción de contratos privados que tengan uno de estos objetos **sin observar todas las previsiones de la LCSP relativas a la preparación y adjudicación de los contratos cuando se deben observar, crea oportunidades para el riesgo de preparar contratos que limiten la concurrencia o, incluso, para el riesgo de adjudicar un contrato directamente a un operador económico al margen del procedimiento de contratación pública correspondiente.**

Falta de limitación de la duración de las eventuales prórrogas de los contratos

Área de riesgo: preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia.

Riesgo específico: diseño de pliegos que favorezcan o perjudiquen a determinados operadores económicos.

El artículo 29 de la LCSP, relativo al plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, establece en cinco años el plazo máximo de duración de los contratos de suministros y de servicios, incluyendo las posibles prórrogas. Sin embargo, no prevé este precepto ningún requisito en cuanto a la duración que puede tener cada una de las prórrogas. Sí que se establecía una limitación a la duración de estas en el artículo 303 del TRLCSP, en relación a los contratos de servicios, que no podían superar, ni aisladamente ni conjuntamente, el plazo de duración fijado originariamente.

El hecho de que la nueva LCSP no haya establecido expresamente una limitación al número y a la duración de las posibles prórrogas ha permitido afirmar que bajo la vigencia de esta norma se pueden suscribir contratos de servicios y de suministros de un año de duración y cuatro prórrogas de un año cada una, siempre que se respeten las condiciones y límites establecidos en las normas presupuestarias aplicables a la entidad contratante.¹⁷

Ciertamente, que la LCSP no establezca una limitación a la duración de las prórrogas que el contrato puede prever permite a los órganos de contratación diseñar contratos más permeables a las tendencias del mercado, así como poder decidir no continuar con el contrato, prorrogándolo, si la empresa adjudicataria no ejecuta la prestación de conformidad con aquello que se ha exigido. En este sentido, se puede considerar que constituye una medida preventiva para reducir la probabilidad del riesgo de diseñar contratos perjudiciales a la institución pública o para el interés general.

Sin embargo, **la falta de limitación al número y a la duración de las prórrogas sin más concreción específica** —más allá de la previsión genérica de que la duración de los contratos se debe establecer teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, sus características de financiación y la necesidad de someterlas a concurrencia— y, por consiguiente, el mayor margen de discrecionalidad del que ahora disponen los órganos de contratación en este sentido, **crea oportunidades para el riesgo de diseñar un contrato que limite la concurrencia por resultar desproporcionados los requisitos de solvencia requeridos para participar en la licitación.** Así, por ejemplo, si la duración de un contrato se fija inicialmente en un año con cuatro prórrogas de un año cada una y por la naturaleza de la prestación, o por las propias características del mercado, es posible que las prórrogas previstas no se lleguen a materializar, la concurrencia en el contrato —muy particularmente, de las pequeñas y medianas empresas—, se puede ver limitada por tener que exigir un régimen de solvencia para una duración total prevista muy superior a la finalmente producida.

¹⁷Así lo ha hecho la Abogacía General del Estado en el Dictamen 2/18 (R – 32/18).



Margen de discrecionalidad en la determinación de la ponderación de los criterios de adjudicación

Área de riesgo: preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia o la libre competencia.

El artículo 145.6 de la LCSP adopta un concepto amplio de vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato, en virtud del cual se admite que el criterio de adjudicación no se refiera a una característica intrínseca de la prestación, sino que puede considerarse que existe esta vinculación cuando el criterio se refiera a los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, los suministros o los servicios de los que se trate. La definición amplia de la vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato plantea la cuestión de la correlación que debe existir entre los criterios de adjudicación y la ponderación que se les atribuye, en concreto, respecto de los criterios de adjudicación que no tienen una influencia directa en la calidad de la prestación a contratar.

En este sentido, se constata que, aunque la LCSP no haga referencia expresa a qué deba haber proporcionalidad entre los criterios de adjudicación establecidos para determinar la mejor oferta y la ponderación que se atribuye a estos criterios, esta obligación se entiende implícita en la obligación de seleccionar la mejor oferta y utilizar eficientemente los fondos públicos. Además, la obligación que establece el artículo 116 de la LCSP, relativo al contenido del expediente de contratación, sobre justificar adecuadamente los criterios que se considerarán para adjudicar el contrato, también se entiende que incluye la de justificar la ponderación que se atribuya. Aun así, **que la LCSP no prevea de manera expresa proporcionalidad entre los criterios de adjudicación y su ponderación, puede crear oportunidades para el riesgo de diseñar pliegos que favorezcan o perjudiquen a determinados operadores económicos**, en la medida en que se podría dar el caso de atribuir mayor ponderación a criterios de adjudicación que, a pesar de referirse a factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de la prestación, no afectan directamente a su calidad, en relación con la otorgada a criterios que sí tienen una influencia directa en esta calidad.

Regulación de la prueba de la no concurrencia de una prohibición de contratar limitativa

Áreas de riesgos: diseñar contratos perjudiciales para la institución pública y preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia.

De acuerdo con el artículo 85 de la LCSP, con carácter general, la prueba por parte de los empresarios de no estar incursos en prohibición para contratar podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos, admitiendo este precepto únicamente su sustitución por una declaración responsable cuando dicho documento no pueda ser expedido por una autoridad competente. Sin embargo, el artículo 71.1.d de la LCSP prevé, en relación a determinadas circunstancias de prohibición de contratar¹⁸, que la acreditación de su cumplimiento debe hacerse

¹⁸ Relativas a no cumplir las obligaciones de que, al menos, el dos por ciento de los empleados de empresas de 50 o más trabajadores sean personas con discapacidad, y de disponer de un plan de igualdad, en el caso de empresas de más de 250 trabajadores.



mediante la presentación del formulario de Documento Europeo Único de Contratación (DEUC).

De conformidad con esta regulación de la LCSP **la regla general parece ser todavía la prueba de la no concurrencia de una prohibición de contratar a través de testimonios judiciales o certificaciones administrativas, limitándose la prueba mediante una declaración responsable** a dos supuestos específicos o a la imposibilidad de obtener aquellos testimonios o certificaciones. Esta regulación, que **no va en la línea de simplificar y reducir las cargas administrativas**, puede considerarse un factor que crea oportunidades para el riesgo de diseñar contratos perjudiciales para la institución pública o que limiten indebidamente la concurrencia al imponer un obstáculo a las empresas, por la propia dificultad que ciertamente les supone obtener aquellas pruebas.

Uso de conceptos jurídicos indeterminados en la regulación del procedimiento negociado sin publicidad

Área de riesgo: preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia o la libre competencia.

Riesgo específico: escoger procedimientos que limitan injustificadamente la concurrencia.

La LCSP establece una nueva regulación del procedimiento negociado de conformidad con lo previsto en las directivas europeas sobre contratación pública, en la que, en especial, destaca la supresión de la posibilidad de adjudicar un contrato por este procedimiento en razón de la cuantía. Sin embargo, la regulación de este procedimiento, en concreto, de los supuestos que habilitan la posibilidad de utilizarlo sin necesidad de publicar un anuncio de licitación, relacionados en el artículo 168, sigue utilizando conceptos jurídicos indeterminados como, por ejemplo, el de imperiosa urgencia.

Si bien la LCSP utiliza **conceptos jurídicos indeterminados** en varios de sus preceptos, su uso en la regulación de los supuestos habilitantes del procedimiento negociado sin publicidad, por las consecuencias que la utilización de este procedimiento tiene en los principios rectores de la contratación pública —en particular, en los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia—, puede considerarse un factor de riesgo de naturaleza normativa que crea **oportunidades para el riesgo de limitar injustificadamente la concurrencia**, en la medida en que deja un **amplio margen de interpretación a los entes contratantes en la determinación de los supuestos habilitantes de este procedimiento**.

En cambio, con respecto al desarrollo del procedimiento, la LCSP contiene una regulación más completa, lo cual permitirá reducir las probabilidades para varios riesgos en la fase de preparación y adjudicación de los contratos adjudicados mediante estos procedimientos.

2.3. Adjudicar directamente a un operador al margen del procedimiento de contratación

Regulación imprecisa e insuficiente de los convenios entre entidades del sector público excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP

Área de riesgo: atribuir directamente a un operador la prestación de determinados objetos al margen de un procedimiento de contratación pública.



Riesgo específico: sustitución de la tramitación de un expediente de contratación por la de un convenio de colaboración, no sometido a publicidad ni concurrencia, cuando no concorra circunstancia habilitante.

La delimitación de las figuras de convenio y contrato y, más concretamente, la cuestión de qué relaciones o negocios jurídicos pueden ser objeto de un convenio de colaboración ha sido objeto de análisis en multiplicidad de ocasiones y ha dado lugar a pronunciamientos, tanto en el ámbito del derecho comunitario, por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como en el ámbito del derecho interno, por parte de los diferentes órganos consultivos en materia de contratación pública.¹⁹ Como es sabido, la suscripción de un convenio cuando la naturaleza jurídica de la relación es la propia de un contrato público, da como resultado sustraerla de la aplicación de la normativa sobre contratación pública y de los principios que la inspiran. Por este motivo, la delimitación precisa de la figura del convenio de colaboración respecto de la de contrato público suponía uno de los grandes retos de la nueva Ley de contratos del sector público.

La **regulación de los convenios** que se establece en la LCSP, aunque es más amplia que la prevista en la normativa anterior,²⁰ como consecuencia de la transposición del artículo 12.4 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante, Directiva 2014/24/UE), no es del todo precisa y resulta insuficiente, lo cual **incrementa la probabilidad de que se materialice el riesgo de sustituir la tramitación de un expediente de contratación pública por la de un convenio de colaboración**, no sometido a publicidad y concurrencia, sustrayendo, así, de la competencia, el objeto correspondiente.

Concretamente, respecto de la suscripción de convenios entre entidades del sector público, la ahora denominada cooperación horizontal, la LCSP regula en el artículo 6.1 — y en el 31.1.b, que remite a dicho precepto— la posibilidad de que estas entidades suscriban entre sí convenios excluidos de su ámbito de aplicación, «cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales», siempre que cumplan, acumulativamente, determinadas condiciones.²¹ La dificultad de la aplicación de esta regulación, generadora del riesgo señalado, radica, por una parte, en la delimitación del requisito de no tener un contenido comprendido en el de los contratos públicos —requisito éste no exigido por el Derecho

¹⁹ Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya se ha pronunciado en el [Informe 6/2017, de 16 de mayo](#), sobre los «Supuestos de exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública de las relaciones jurídicas, que integran la prestación de determinados servicios, entre un consejo comarcal y los ayuntamientos de la comarca», en el que se hace referencia a los pronunciamientos del TJUE al respecto.

²⁰ El Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, únicamente contenía una referencia a los convenios en el artículo 4, relativo a los negocios y contratos excluidos, al establecer la exclusión de su ámbito de aplicación de los convenios de colaboración entre determinadas entidades del sector público cuando por su «naturaleza» no tuvieran la consideración de contratos sujetos a dicho texto refundido (apartado 1, letra c).

²¹ Estas condiciones son: no vocación de mercado de las entidades intervinientes, la cual se presume cuando realizan en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20% de las actividades objeto de colaboración; que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que sus servicios públicos se presten de manera que se consigan objetivos comunes; y que la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.



comunitario ²²—, así como en la delimitación del resto de las condiciones que deben concurrir para distinguir ambas figuras.

Adicionalmente, también añade complejidad la necesidad de tomar en consideración, para la delimitación de cuándo procede la aplicación de una u otra figura, las aclaraciones y las matizaciones contenidas en el considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE,²³ en la medida en que puede no ser conocida por las personas que tengan que llevarla a cabo.

Además, hay que constatar la incongruencia que comporta el hecho que la posibilidad de suscribir convenios entre entidades del sector público esté supeditada a la concurrencia de varios requisitos (artículo 6.1 de la LCSP), mientras que la suscripción con entidades privadas sólo lo esté a uno de ellos, en concreto, no tener un contenido comprendido en el de los contratos públicos (artículo 6.2 de la LCSP).

Por otra parte, el régimen de los convenios establecido por la LCSP no parece del todo coordinado, por lo menos terminológicamente, con la regulación que establece de estos la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que es de carácter básico, en la medida en que esta dispone, en el artículo 47, que los convenios no pueden tener por objeto «prestaciones» propias de los contratos ya que, en este caso, «su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público».

Regulación imprecisa de los encargos a medios propios personificados.

Área de riesgo: encargar directamente a un operador determinadas prestaciones, al margen de un procedimiento de contratación pública.

Riesgo específico: sustitución irregular de la tramitación de un expediente de contratación por la de un encargo a un medio propio que no reúne los requisitos para serlo.

La LCSP incorpora una regulación de los sistemas de cooperación pública, vertical y horizontal, con novedades tanto respecto de las regulaciones de las leyes estatales de contratos precedentes, como, lo que es más importante, respecto de la regulación comunitaria de esta materia.²⁴ En concreto, y a los efectos del análisis del riesgo identificado que se analiza, el artículo 32 de la LCSP regula los requisitos que deben reunir las entidades del sector público para tener la consideración de medios propios de

²² De hecho, el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE califica estas relaciones de «contratos públicos entre entidades del sector público», a pesar de estar excluidas de su ámbito de aplicación.

²³ Este considerando prevé que la cooperación tiene que basarse en un concepto cooperador; que se tienen que contraer compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no siendo necesario que todos los poderes adjudicadores participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales; que la cooperación puede incluir todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que hayan asumido, como las tareas obligatorias o facultativas de las autoridades locales o regionales o los servicios conferidos a organismos específicos de derecho público; que los servicios prestados por los poderes adjudicadores participantes no necesariamente tienen que ser idénticos, sino que también pueden ser complementarios; y que la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, tiene que regirse únicamente por consideraciones de interés público.

²⁴ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya las ha analizado en el [Informe 1/2019, de 13 de marzo](#), sobre los requisitos de los medios propios personificados establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.



los poderes adjudicadores y, por lo tanto, poder recibir encargos excluidos de la normativa de contratación pública, en los términos siguientes:

- Que el poder adjudicador ejerza sobre la entidad un control directo o indirecto, análogo al que ostenta sobre sus propios servicios o unidades —entendiendo que se da si puede ejercer una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas o le pueden conferir encargos que sean de ejecución obligatoria; y, en caso de medios propios compartidos, que los poderes adjudicadores ejerzan este control análogo de forma directa y conjunta.
- Que más del 80 por ciento de las actividades de la entidad las lleve a cabo en el ejercicio de los cometidos confiados por el poder o poderes adjudicadores que la controlan.
- Que la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o aportación pública, cuando sea un ente de personificación jurídico-privada.
- Que la condición de medio propio respecto del o de los poderes adjudicadores concretos se reconozca expresamente en los estatutos o actos de creación de la entidad, con la previa conformidad o autorización expresa de aquel o aquellos, y verificación, por la entidad pública de que dependa el ente, que dispone de medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

Esta regulación de la LCSP, en principio orientada a reducir el riesgo de sustraer determinados objetos de la libre competencia,²⁵ encargándolos directamente a una entidad al margen de un procedimiento de contratación pública, con la consiguiente afectación de los principios que rigen la contratación pública, incrementa, por lo tanto, la probabilidad de que se materialice el riesgo de sustituir la tramitación de un expediente de contratación pública por un encargo a un medio propio, por la circunscripción del requisito relativo a la participación de capital privado a las personificaciones jurídico-privadas, a diferencia de la regulación de la Directiva 2014/24/UE que este precepto de la LCSP transpone, en la cual no se distingue en función del carácter público o privado de la persona jurídica para que este requisito resulte de aplicación.

Este hecho ha suscitado la cuestión de si las entidades jurídicas públicas podían ser medios propios contando con participación de capital privado, lo cual comporta el **riesgo, vista la literalidad de la LCSP y en caso de desconocerse el derecho comunitario de contratación pública —y la necesidad de aplicar los requisitos para ser medio propio respetándolo—, que se considerara como medio propio una entidad que contara con participación de capital privado y se le hicieran encargos directos para llevar a cabo determinadas actividades sustrayéndolas de la libre competencia** sin que concurra el supuesto habilitante para hacerlo.

²⁵ Estableciendo, de hecho, un régimen más estricto para los medios propios que lo impuesto por el Derecho comunitario, tal como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación de la Generalitat de Catalunya en el Informe 1/2019, ya mencionado, al fijar, además de diversos requisitos formales y de verificación de la eficiencia de esta figura, que el control conjunto, tenga que ejercerse necesariamente de manera directa y que toda participación de capital privado, tanto directa como indirecta, impide la consideración de medio propio.

3. Los factores de riesgo de naturaleza normativa en la fase de licitación

3.1. No evitar prácticas anticompetitivas

Regulación con incertidumbres del proceder de la mesa ante indicios de conductas colusorias en el procedimiento de contratación

Área de riesgo: no evitar prácticas anticompetitivas.

Riesgo específico: no responder de forma adecuada a una práctica colusoria.

El artículo 150 de la LCSP impone, a la mesa o al órgano de contratación, el deber de remitir a la autoridad de la competencia, con carácter previo a la adjudicación del contrato, los indicios fundamentados de conductas colusorias entre empresas licitadoras. Adicionalmente a regular este deber de remisión, la LCSP prevé la suspensión del procedimiento de contratación en estos casos y establece que la autoridad de la competencia tiene que pronunciarse sobre si existe una práctica colusoria a través de un procedimiento sumarísimo que se tiene que definir reglamentariamente. Sin embargo, de acuerdo con la disposición final decimosexta, este precepto entra en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a que se refiere.

Asimismo, el artículo 132 de la LCSP, relativo a los principios de igualdad, transparencia y libre competencia, ya en vigor, prevé que «los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia» y que «tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que pueda constituir infracción de la legislación de defensa de la competencia». En particular, este precepto dispone que dichos órganos «deben comunicar cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación».

Esta regulación, cuya finalidad se tiene que valorar como positiva, plantea, sin embargo, incertidumbres en cuanto a cómo debe proceder la mesa de contratación o, en su caso, el órgano de contratación, en relación con el procedimiento de contratación en el cual se detecten los indicios de conductas colusorias, una vez se haya dado cumplimiento a aquel deber de comunicación y partiendo del hecho que todavía no habrá una sanción firme de falseamiento de la competencia durante el periodo en que el procedimiento sumarísimo se encuentre pendiente de desarrollo reglamentario —el cual, a la vista de la experiencia de las normas reglamentarias en materia de contratación pública, puede dilatarse mucho en el tiempo— dado que la LCSP no ha establecido ninguna previsión de carácter transitorio al respecto. Ciertamente, con el plazo previsto actualmente en la normativa de defensa de la competencia para dictar y notificar la resolución por conductas restrictivas a la competencia —de máximo dieciocho meses—, una decisión de suspensión en determinados casos podría comportar consecuencias graves en la satisfacción de los intereses que mediante toda contratación se pretenden cubrir con las consiguientes implicaciones para el interés público.



Además, se debe tener en cuenta que la LCSP no recoge el motivo de exclusión que se establece en el artículo 57.4.d de la Directiva 2014/24/UE, relativo a que los poderes adjudicadores «podrán excluir» a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, cuando «tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia».

Por lo tanto, el marco normativo vigente incrementa la probabilidad del **riesgo de no evitar prácticas anticompetitivas al permitir que la mesa, ante el vacío normativo existente, responda con una actuación que podría no ser la adecuada para la salvaguardia de los principios de la contratación pública**, a pesar de cumplir con el deber de comunicación previsto. Así, en caso de que opte por continuar con el procedimiento de contratación sin tomar ninguna medida más que la comunicación a la autoridad de la competencia correspondiente, a pesar de tener evidencias suficientes de la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia entre empresas licitadoras, lo cual podría ser contrario a los principios de salvaguardia de la libre competencia y de igualdad de trato entre empresas licitadoras.²⁶

Publicidad condicionada de las respuestas a las aclaraciones solicitadas por las empresas interesadas

Área de riesgo: no evitar prácticas anticompetitivas.

Riesgo específico: crear déficits o asimetrías en la información facilitada a los operadores económicos.

El artículo 138.3, último párrafo, de la LCSP prevé la posibilidad para las personas interesadas en un procedimiento de licitación de solicitar aclaraciones de aquello que establecen los pliegos o el resto de documentación contractual. Sin embargo, este precepto precisa que las respuestas a estas aclaraciones tendrán carácter vinculante siempre que «así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares» y que, «en este caso», se harán públicas en el perfil de contratante.

Así, la nueva LCSP condiciona la publicidad de las respuestas a su carácter vinculante, que debe indicarse previamente en el pliego, con la excepción de los contratos de concesión de obra, para los cuales sí se establece este carácter vinculante y el deber de publicación en todo caso. Hay que recordar que el TRLCSP establecía el carácter vinculante y la obligación de hacer públicas las respuestas a las solicitudes de aclaraciones sin dejarlo en manos de los órganos de contratación, si bien sí que lo estaba la decisión de incluir o no en el pliego el plazo para solicitarlas.

²⁶ El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en la Resolución nº 74/2018, de 14 de marzo de 2018, acordó anular la adjudicación de un contrato con la exclusión de dos ofertas presentadas por empresas del mismo grupo por entender que existían indicios que ambas ofertas se habían presentado en realidad por una única empresa en beneficio del grupo empresarial. Además, comunicó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la existencia de dichos indicios por su posible afectación a la competencia. Según este Tribunal, sin perjuicio de la posible existencia de una práctica proscrita por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia, de la cual se declara incompetente, los hechos que concurrieron en este supuesto afectaban a la concurrencia en el proceso de contratación y, por lo tanto, requerían ser analizados desde el punto de vista de la legislación y de defensa de los principios de contratación pública, en concreto, los de secreto de las proposiciones, libre competencia entre licitadores, igualdad entre licitadores, transparencia y proposición única.

Ciertamente, el hecho de que **la LCSP condicione la publicidad de las respuestas a las solicitudes de aclaraciones de las empresas a su carácter vinculante** que, como se ha dicho, requiere que se otorgue expresamente en el pliego, no parece congruente con los principios de publicidad, transparencia e igualdad de trato y con la salvaguardia de la libre competencia, y **crea oportunidades para el riesgo de que se originen asimetrías en la información facilitada a los operadores económicos.**²⁷

3.2. Admitir o excluir empresas licitadoras de forma sesgada

Regulación de la causa de prohibición de contratar por incompatibilidad y del conflicto de interés que permite no detectar estas situaciones o no abordarlas adecuadamente

Área de riesgo: admitir o excluir ofertas de forma sesgada.

El artículo 71.1.g de la LCSP establece la causa de prohibición de contratar por incompatibilidad, en términos idénticos a cómo lo hacía el artículo 60.1.g del TRLCSP, por remisión a la legislación en materia de incompatibilidades incluida en diferentes normas jurídicas, con la correspondiente actualización de la referencia a la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Así, de entrada, hay que señalar que la regulación de esta causa de prohibición para contratar en la LCSP comporta dificultades de apreciación y de aplicación provocadas, en parte, por la diversidad de la normativa a que remite, lo cual puede conducir a la entidad contratante a no detectar en el transcurso de un procedimiento de contratación la concurrencia de empresas licitadoras en las situaciones de incompatibilidad.²⁸

La oportunidad de incurrir en esta práctica irregular se crea también como consecuencia de la regulación del alcance de dicha causa de prohibición para contratar, la cual ha generado dudas interpretativas en relación con su extensión a determinados parientes.²⁹

²⁷ En la Guía práctica de contratación pública para profesionales de la Comisión Europea «sobre cómo evitar los errores más comunes en los proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión», de febrero de 2018, se indicó que, con la finalidad de garantizar la transparencia, todas las aclaraciones tienen que publicarse en el sitio web del poder adjudicador para que puedan ser consultadas por todos los posibles licitadores.

²⁸ Es muestra de esto el elevado número de informes emitidos por parte de las diversas juntas consultivas en materia de contratación pública en relación con esta causa de prohibición para contratar en los últimos años; en concreto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya emitió un total de diez informes respecto de su aplicación de conformidad con el régimen jurídico conferido por la LCSP de 2007 y, después, por el TRLCSP.

²⁹ Así, se ha planteado la cuestión de si la condición que se prevé de que «se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se haya delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero» resulta aplicable, al efecto que concurra la prohibición, a todos los parientes de las personas que se indican en el precepto —es decir, a los cónyuges, personas vinculadas con relación análoga de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, y parientes de segundo grado por consanguinidad o afinidad— o sólo a los parientes de segundo grado por consanguinidad o afinidad.

Esta cuestión se ha analizado por parte de los órganos consultivos en materia de contratación pública —así, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya en el Informe 5/2017, de 16 de mayo, y por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el Informe 10/2016, de 18 de mayo— en el sentido que es irrelevante la relación de parentesco y lo que es determinante es que se produzca un conflicto de intereses con el titular del



Asimismo, el artículo 71.1.g de la LCSP exige analizar, como condición necesaria para que la prohibición de contratar concurra en los parientes de las personas que se indican, si existe un conflicto de interés, el cual se debe producir con «el titular del órgano de contratación» o «los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar» o «los que ejerzan la sustitución del primero». Por lo tanto, este precepto no cubre los supuestos en los que el conflicto de interés se produce con otro personal del poder adjudicador, situación en la que se debería recurrir a lo que dispone el artículo 64 de la LCSP, que regula los conflictos de interés y los define incluyendo cualquier situación en la cual «el personal al servicio del órgano de contratación» no sólo cuando participe en el desarrollo del procedimiento de licitación sino también cuando, aunque no participe, pueda influir en su resultado, en la medida en que tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pueda parecer que compromete su imparcialidad e independencia.

En estos casos, así como en otros en que concurra un conflicto de interés, el artículo 64 de la LCSP obliga al órgano de contratación a adoptar «medidas adecuadas» para «solucionar de modo efectivo» los conflictos detectados, sin embargo, no prevé ninguna medida concreta en este sentido; de hecho, no se contiene en la LCSP la previsión de abstención y recusación que se contenía en el artículo 319 del TRLCSP. Eso, **crea oportunidades para incurrir en la práctica irregular, no ya de no detectar una situación de conflicto de interés, sino de no abordarla o abordarla de manera inadecuada**; por ejemplo, sin adoptar las medidas de transparencia y de publicidad pertinentes.

Además, la LCSP tampoco prevé las consecuencias jurídicas de no poder solucionar un conflicto de interés detectado en el transcurso del procedimiento de licitación cuando el conflicto no comporta causa de prohibición para contratar, ni cuando, a pesar de darse en el transcurso de la licitación, se detecta una vez el contrato se ha suscrito (el artículo 39 de la LCSP sólo las prevé para el caso de los contratos suscritos con una empresa incurso en prohibición de contratar³⁰). Hay que tener en cuenta que la LCSP no ha traspuesto el artículo 57.4.e, de la Directiva 2014/24/UE, que establece la posibilidad de excluir el operador económico cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de interés. Esta omisión que, ante una situación como la descrita, obligará a tener presente los principios rectores en materia de contratación pública, no es intrascendente, dado que puede comportar que la mesa admita la oferta de una empresa licitadora que forma parte de un conflicto de interés irresoluble, por ejemplo, por tener vínculos con la empresa contratada para efectuar la valoración de las ofertas.³¹

órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se haya delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.

³⁰En la guía práctica de la Comisión Europea titulada «sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos», del año 2015, se señaló, como ejemplo de error más común con correcciones financieras, que, una vez adjudicado un contrato, se detecte la existencia de un conflicto de interés entre el presidente del comité de evaluación de la licitación y la empresa que resultó adjudicataria, y se alude al hecho que el poder adjudicador no dispusiera de directrices ni protocolos para abordarlo.

³¹En la Resolución nº 219/2014, de 10 de diciembre de 2014, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid consideró conforme a derecho el Acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento mediante el cual se decidió rechazar la propuesta de adjudicación de la Mesa al ser la empresa propuesta como adjudicataria cliente de la empresa contratada por el Ayuntamiento para realizar la valoración de los criterios de adjudicación susceptibles de valoración subjetiva, vista la potencialidad de que se hubiera producido una valoración interesada a causa del aparente conflicto de interés.



Falta de regulación de la solicitud de aclaración de las ofertas presentadas

Área de riesgo: admitir o excluir ofertas de forma sesgada.

Riesgo específico: tramitación irregular de las solicitudes de aclaraciones sobre las ofertas presentadas o falta de tramitación.

La LCSP no contiene ningún precepto que indique expresamente cómo tiene que proceder el órgano de contratación, o la mesa, cuándo se compruebe en un procedimiento de licitación que la oferta económica o técnica de una empresa licitadora es imprecisa o presenta un error, cuestión que tampoco abordó el TRLCSP.³²

La **falta de regulación de la posibilidad de solicitar aclaraciones o precisiones sobre las ofertas presentadas** por las empresas licitadoras ha generado múltiples pronunciamientos, tanto de las juntas consultivas en materia de contratación pública, como de los diversos órganos encargados de resolver los recursos especiales sobre esta materia, los cuales han basado sus pronunciamientos, en esencia, en lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ha tratado esta cuestión.³³ Sin embargo, una regulación en este sentido **resultaba necesaria para reducir la probabilidad del riesgo de admitir o excluir ofertas de forma sesgada** a causa de tramitar de forma irregular las solicitudes de aclaraciones sobre las ofertas presentadas o no llevar a cabo esta tramitación y, de esta forma, favorecer o perjudicar en determinados operadores económicos.³⁴

En ocasiones, la falta de previsión normativa sobre cómo tiene que actuar el órgano de contratación, o la mesa, y los trámites que se deben seguir cuando se comprueba que la oferta presentada por una empresa licitadora es imprecisa o presenta un error, puede provocar actuaciones erróneas. Así, por ejemplo, la decisión de rechazar automáticamente la oferta de una empresa licitadora por contener imprecisiones o errores formales o materiales manifiestos, que podían ser susceptibles de precisión o aclaración sin que supusiera proponer una nueva oferta, se ha considerado una actuación contraria al principio de buena gobernanza y a las exigencias de una buena administración; como también el caso contrario, de admitir la oferta de una empresa licitadora que, visto el tipo de error o imprecisión que contenía, se tenía que rechazar, produciéndose una negociación confidencial de la oferta y, por lo tanto, una vulneración de las reglas procedimentales y del principio de igualdad de trato.³⁵

³² La LCSP, igual que el TRLCSP, regula la posibilidad de solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas únicamente en el procedimiento de adjudicación de diálogo competitivo. Así, el artículo 176.1, segundo párrafo, de la LCSP, en relación con este procedimiento, dispone que «la mesa podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación pública, en particular de las necesidades y de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio».

³³ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el [Informe 17/2014, de 17 de diciembre](#), sobre las «posibilidades de actuación en el supuesto de inclusión de dos ofertas económicas en el sobre correspondiente, por parte de una empresa licitadora», y en el [Informe 5/2016, de 26 de julio](#), relativo a las «consecuencias de la presentación de ofertas que, por error, incumplen prescripciones mínimas obligatorias», en los que se ha recogido parte de la jurisprudencia del TJUE.

³⁴ De hecho, en Anteproyecto de Ley de Uso Estratégico de la Contratación Pública en Aragón, regula en el artículo 20 la aclaración de ofertas.

³⁵ En la guía práctica de la Comisión Europea ya mencionada, subtitulada «sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos», del año 2015, se señala como uno de los errores más

Área de riesgo: diversos riesgos en la fase de licitación.

Las mesas de contratación ejercen funciones fundamentales en la fase de licitación de los contratos, dado que toman decisiones de gran trascendencia en relación con la selección de la empresa adjudicataria de un contrato, motivo por el cual la actuación de este órgano colegiado tiene que ser transparente, independiente, imparcial y de carácter técnico. Para garantizar una actuación de las mesas de contratación en este sentido, la LCSP las configura expresamente como órganos de asistencia técnica especializada y establece nuevas exigencias, respecto de las que preveía el TRLCSP, como la publicación de su composición en el perfil del contratante del órgano de contratación y la prohibición de que formen parte determinadas categorías de servidores públicos.

Estas nuevas exigencias de la LCSP, junto con la exigencia de dos vocalías especializadas, que ya se contenía en el TRLCSP, se pueden considerar medidas preventivas adoptadas por la LCSP para reducir las oportunidades de riesgos en la fase de licitación de los contratos vinculados a la actuación de las mesas de contratación en el ejercicio de la función de valoración de las proposiciones, ya que refuerzan los principios de transparencia, imparcialidad e independencia que deben guiar su actuación.

Sin embargo, esta reducción se puede ver condicionada en el ámbito local dado que la LCSP regula la composición de las mesas en este ámbito de manera más laxa que para el resto de administraciones públicas (no locales). Así, la LCSP regula las mesas de contratación con carácter general en el artículo 326 que, de acuerdo con la disposición final primera, no tiene carácter de básico. Este precepto de la LCSP establece determinadas limitaciones con respecto a la composición de las mesas de contratación, prohibiendo que formen parte los cargos públicos representativos, el personal eventual, así como el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato «salvo en los supuestos a que se refiere la disposición adicional segunda». Esta disposición adicional segunda ³⁶, que regula las competencias en materia de contratación en las Entidades Locales y la composición de sus mesas de contratación, también prohíbe al personal eventual integrar estos órganos, pero permite expresamente que formen parte los «miembros electos» designados por el órgano de contratación —con la limitación que no supongan más de un tercio del total de los miembros de la mesa— y nada establece respecto del personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato; únicamente limita la integración de este personal en el comité de expertos.

Si bien **la norma posibilita la configuración en el ámbito local de mesas de contratación de carácter técnico e independiente**, la regulación de la disposición adicional segunda

comunes que implican correcciones financieras el hecho de que los poderes adjudicadores permitan a las empresas licitadoras modificar sus ofertas durante la fase de evaluación de las mismas.

³⁶ Este precepto establece literalmente que «La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación».

de la LCSP **deja un amplio margen a los órganos de contratación de las Corporaciones Locales en esta configuración.**³⁷ Además, la flexibilización de esta configuración **no se circunscribe a entes locales en que, por su dimensión, pudiera quedar justificada por necesaria.**

Por otra parte, como se ha dicho, la disposición adicional segunda no establece ninguna limitación respecto del personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato, a diferencia del artículo 326 de la LCSP para las mesas de contratación de régimen general, si bien con una redacción no muy precisa.³⁸ Aunque esta falta de limitación puede ser adecuada atendiendo la realidad de algunas entidades locales de pequeñas dimensiones, no se establece ninguna diferenciación al respecto. Por lo tanto, en la línea de lo que se ha señalado, los principios de independencia y de imparcialidad que deben fundamentar la actuación de las mesas podrían resultar comprometidos al no prohibir, la LCSP, la posibilidad de que el personal que haya participado en la redacción de las condiciones técnicas integre estos órganos colegiados en las corporaciones locales, dependiendo de la decisión discrecional del órgano de contratación.

3.3. Valorar de forma sesgada las ofertas

Falta de previsión relativa a la comunicación previa de los subcriterios de adjudicación y del método de valoración de las ofertas

Área de riesgo: valorar de forma sesgada las ofertas.

Riesgo específico: modificar de facto los criterios de adjudicación o las reglas para valorarlos, configurando unas reglas diferentes de las que se habían dado inicialmente a los licitadores para preparar las ofertas, de forma que se favorezca o perjudique a determinados licitadores.

La LCSP obliga a establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios de adjudicación, los cuales también deben figurar en el anuncio de convocatoria de la licitación, y a precisar también en estos pliegos la ponderación relativa que se atribuye a cada uno de los criterios establecidos, en los artículos 145 y 146 respectivamente. Estas exigencias son manifestación del deber de los órganos de contratación de ofrecer un tratamiento igualitario y no discriminatorio a los operadores

³⁷Admitiendo la posibilidad de que lo integren un determinado número de cargos electos e, incluso, que la puedan presidir: el apartado 7 de la disposición adicional segunda de la LCSP precisa que como secretario de la Mesa de contratación «tiene que actuar un funcionario de la Corporación» y que esta tiene que estar presidida «por un miembro de la Corporación o un funcionario de esta».

³⁸ Este precepto establece, literalmente, que tampoco puede formar parte de las mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, «excepto en los supuestos a que se refiere la disposición adicional segunda». Este último inciso es ciertamente confuso, visto el carácter no básico del precepto y el hecho de que en dicha disposición adicional no se prevé ningún supuesto para las entidades locales. De manera que, parece que se trataría de un error técnico ya que la redacción del precepto tuvo su origen en una enmienda presentada al Congreso que, al mismo tiempo, fue objeto de una enmienda transaccional en cuya aceptación se añadió el inciso final mencionado sin que se incluyera ninguna excepción en la disposición adicional segunda.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 3/2018, relativo a la composición de las Mesas, se ha pronunciado respecto del alcance de la prohibición de formar parte de la Mesa de contratación del personal que ha participado en la redacción de la documentación técnica del expediente de contratación establecida en el artículo 326.5, párrafo tercero, de la LCSP, mencionado.



económicos y de obrar con transparencia e imparcialidad en la valoración de las ofertas, y tienden, conjuntamente con otras previsiones de la LCSP relativas a la aplicación de los criterios de adjudicación, a reducir las oportunidades para el riesgo de favorecer o perjudicar a determinados operadores económicos al realizar la evaluación de las ofertas.

Sin embargo, **la propia LCSP también incrementa la probabilidad** de este riesgo en la medida en que en ningún precepto se establece expresamente la obligación de la entidad contratante de prever en los pliegos los subcriterios relativos a los criterios de adjudicación previstos, ni su método de valoración concreto. Este hecho, en ocasiones, puede provocar **que los encargados de evaluar las ofertas modifiquen erróneamente los criterios de adjudicación** —por ejemplo, al establecer subcriterios no incluidos en los pliegos durante el proceso de evaluación—, **lo que conducirá a una evaluación incorrecta de las ofertas y a una práctica irregular.**³⁹

De hecho, esta es una cuestión que ha abordado el TJUE en varias sentencias, en las que declara que la normativa de contratación pública, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia que se deriva, se opone a que en un procedimiento de licitación la entidad adjudicadora determine con posterioridad coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego (Sentencia de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06); y que, aunque no exista en la normativa de contratación pública, ni se desprenda de la jurisprudencia comunitaria, una obligación general de comunicar en los pliegos o en el anuncio de licitación el método de valoración aplicado para evaluar y clasificar concretamente las ofertas, de conformidad con los principios reguladores de esta materia, y para evitar cualquier riesgo de favoritismo, este método no se puede determinar, en principio, una vez abiertas las ofertas, a menos que por razones «demostrables» no sea posible establecerlo antes de la apertura (Sentencia de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15).

Falta de precisión en la regulación de la clasificación de las ofertas en los casos en que se presenten ofertas anormalmente bajas

Área de riesgo: valorar de forma sesgada las ofertas.

Riesgo específico: aplicar irregularmente el procedimiento para valorar las ofertas.

El orden sistemático con el cual el TRLCSP regulaba la clasificación de las ofertas y el régimen de las ofertas con valores anormales o desproporcionados, en los artículos 151 y 152 respectivamente, planteó la cuestión de si procedía realizar el cálculo de la puntuación económica de las ofertas y su clasificación con posterioridad al trámite de valoración de las ofertas presuntamente anormales, excluyendo de dicha valoración y clasificación las ofertas de las empresas licitadoras identificadas como anormales.

³⁹ En la *Guía práctica de contratación pública para profesionales* de la Comisión Europea de febrero de 2018, ya mencionada, se señaló como prácticas ilegítimas que se tienen que evitar, la modificación errónea de algunos criterios o desarrollar criterios principales o secundarios complementarios durante el proceso de evaluación, aunque los cambios o aspectos complementarios no se incluyeran en los pliegos de la contratación.



Esta cuestión suscitó varios pronunciamientos, tanto de los órganos consultivos específicos en materia de contratación pública,⁴⁰ como de los diferentes tribunales encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación pública.⁴¹

Estos pronunciamientos coincidieron en qué la valoración y la clasificación de las ofertas tiene que efectuarse respecto de las admitidas a la licitación, una vez descartadas las temerarias, dado que el mismo artículo 151.1 del TRLCSP preveía que «el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales». Efectivamente, una solución diferente podría alterar la puntuación y determinar la adjudicación de un contrato a favor de una empresa que no hubiera presentado la mejor oferta.⁴²

Si bien ahora el precepto que regula las ofertas anormalmente bajas en la LCSP es previo al que regula la clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato —artículos 149 y 150 respectivamente—, no se precisa, como sí lo hacía el TRLCSP, que la clasificación de las ofertas no tiene que incluir las que hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales.

Por lo tanto, la redacción de los artículos 149 y 150 de la LCSP parece posibilitar que la valoración y la clasificación de las ofertas se efectúe previamente a la determinación y, dado el caso, exclusión de las ofertas presuntamente anormales. Así, por una parte, el artículo 149 de la LCSP prevé que si el órgano de contratación considera que una oferta es anormalmente baja «la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas». Por otra parte, este artículo también dispone que la mesa o el órgano de contratación tiene que clasificar, por orden decreciente, las proposiciones presentadas, sin especificar, como se ha dicho, que se deben excluir a las ofertas anormales de esta clasificación.⁴³

En efecto, la redacción del artículo 149 de la LCSP puede incrementar la probabilidad del riesgo de valorar de forma sesgada las ofertas y crear oportunidades para que la adjudicación de un contrato se pueda efectuar a una empresa diferente de aquella que tenía que haber resultado la adjudicataria a causa de incluir ofertas anormales en la valoración y clasificación de las ofertas.

⁴⁰ Así, por ejemplo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en el Informe 3/2017, de 5 de abril, relativo a «clasificación y valoración de las ofertas en los procedimientos de licitación en los que existen ofertas anormales o desproporcionadas».

⁴¹ A modo de ejemplo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución nº 333/2011, de 27 de diciembre de 2011; y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en la Resolución nº 198/2013, de 18 de diciembre de 2013.

⁴² La Abogacía General del Estado en el Dictamen 163/08, de 29 de septiembre, advierte que se pondría en duda el deber de la administración de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa si la adjudicación de un contrato se condicionara a la concurrencia de ofertas no depuradas que pueden ser inválidas por ser desproporcionadas.

⁴³ El Consejo del Estado en el Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, ya mencionado, recomendó dar una nueva redacción a este párrafo.

4. Los factores de riesgo de naturaleza normativa en la fase de ejecución

4.1. Obtener una prestación diferente de la contratada

Regulación del responsable del contrato insuficiente para garantizarla efectividad de esta figura

Área de riesgo: obtener una prestación diferente de la contratada.

Riesgo específico: no detectar conflictos de interés en la persona responsable del contrato.

El artículo 62 de la LCSP establece la obligación de los órganos de contratación de designar a un responsable del contrato, al cual corresponde supervisar la ejecución, adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con la finalidad de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, en el ámbito de facultades que aquellos órganos le atribuyan. Así, a diferencia del artículo 52 del TRLCSP, que establecía la figura del responsable del contrato como potestativa, la LCSP obliga a los órganos de contratación a designar uno.

Al margen de que determinados preceptos de la LCSP pueden dar lugar a confusión respecto del carácter obligatorio de la designación del responsable del contrato,⁴⁴ se constata que la importancia indiscutible que tiene esta figura no se ha acompañado de un régimen jurídico que garantice su efectividad en el ejercicio de la función de supervisión de la ejecución de los contratos. Así, por ejemplo, **habría sido conveniente que el artículo 62 de la LCSP**, que establece que su nombramiento corresponde al órgano de contratación y que puede recaer en una persona física o jurídica vinculada a la entidad contratante o ajena a esta, también **previera tener que observar en su nombramiento la máxima diligencia en la gestión de los conflictos de interés en esta figura, con el fin de reducir la probabilidad del riesgo de no detectar o no responder correctamente ante cualquier situación de conflicto de interés en qué se pueda encontrar la persona responsable del contrato**. Hay que recordar que el artículo 64 de la LCSP, relativo a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés, alude a los conflictos que puedan surgir «en los procedimientos de licitación», en contraposición a lo que establece el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE que los define haciendo referencia a los que puedan surgir en el «procedimiento de contratación», que incluye también los que surgen en la fase de ejecución de los contratos.

Asimismo, no se prevé en la LCSP ninguna medida de transparencia respecto del nombramiento del responsable del contrato,⁴⁵ ni de las concretas atribuciones que se le

⁴⁴ Así, el artículo 194 de la LCSP establece que las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato «si se ha designado»; y el artículo 311 prevé que el contrato tiene que ejecutarse con sujeción a lo que establecen sus cláusulas y los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que el responsable del contrato dé al contratista para la interpretación correspondiente, «en los casos en que se haya designado». A pesar de estas previsiones, hay que entender que la designación de un responsable del contrato es obligatoria atendida la propia regulación del artículo 62 de la LCSP, la cual se introdujo como consecuencia de varias enmiendas de diferentes grupos parlamentarios, con la justificación de la necesidad de hacer un mejor seguimiento de la ejecución de los contratos con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y de las condiciones de la oferta.

⁴⁵ Si que establece medidas de transparencia en este sentido la Ley 1/2015, de 1 de abril, de Garantía de la Calidad de los Servicios Públicos y de la Buena Administración de la Comunidad Autónoma de



pueden encomendar, así como de las decisiones e instrucciones que puede adoptar. Una previsión en este sentido habría sido necesaria dado que, por ejemplo, respecto de los contratos de servicios, el artículo 311 de la LCSP establece que se deben ejecutar con sujeción a lo que disponen sus cláusulas y los pliegos y también de acuerdo con las instrucciones que el responsable del contrato proporcione a la empresa contratista para la interpretación correspondiente».

Ausencia de preceptos precisos, claros y estructurados para el ejercicio de la función de control

Área de riesgo: obtener una prestación diferente de la contratada.

Riesgo específico: no detectar incumplimientos en la ejecución de la prestación o de todas las condiciones de ejecución pactadas, no resolver las deficiencias detectadas durante la ejecución del contrato.

Si bien la LCSP otorga una mayor importancia a la fase de ejecución de los contratos públicos que el TRLCSP, no establece, sin embargo, una regulación específica, estructural y concluyente en relación con el ejercicio de la función de control interno de la ejecución de los contratos. Así, prevé determinadas obligaciones específicas para los órganos de contratación en la supervisión de la ejecución de los contratos, en los artículos 149⁴⁶ y 201⁴⁷, y refuerza los mecanismos para llevar a cabo este control.⁴⁸ En cambio no regula los aspectos relativos a su operatividad, ni tampoco alude a la necesidad de medir a través de indicadores el impacto interno y externo de la contratación; por ejemplo, en relación a las políticas medioambientales, sociales o de ocupación que la contratación puede tener como objetivo conseguir.

Esta falta de regulación específica sobre la función de control de la ejecución de los contratos crea oportunidades para incurrir en actuaciones irregulares, tanto en relación con el contrato en ejecución —se recibe una prestación que no cumple con las exigencias del pliego y con lo establecido en el propio contrato—, como en relación con las contrataciones futuras de la entidad —se sigue contratando la misma prestación sin introducir cambios respecto de la contratación anterior cuando requería de una mejora—, en la medida que incrementa la probabilidad de varios riesgos para la

Galicia, cuyo artículo 46 establece que en la web de la entidad contratante tiene que publicarse la identidad del responsable del contrato.

⁴⁶ Este precepto, que regula las ofertas anormalmente bajas, prevé la obligación del órgano de contratación de establecer, en caso de que la empresa adjudicataria haya resultado incurso en presunción de anormalidad, mecanismos adecuados para hacer un seguimiento detallado de la ejecución del contrato, con el objetivo de garantizar una ejecución correcta del mismo, sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados.

⁴⁷ Este artículo, que incorpora lo previsto en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, establece la obligación de los órganos de contratación de adoptar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos las empresas contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral que establecen el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen el Estado, y en particular las que establece el anexo V de la LCSP.

⁴⁸ En este sentido, la LCSP además de prever la existencia de una unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato —que tiene que figurar en los pliegos— y hacer obligatoria, como se ha dicho, la designación de un responsable del contrato (art. 62), atribuye de forma expresa al órgano de contratación las facultades de inspección de las actividades realizadas por los contratistas durante la ejecución del contrato, y de las facultades de inspección de las instalaciones, oficinas y emplazamientos del contratista, cuando motivadamente sea necesario para verificar el cumplimiento del contrato (art. 190).



integridad, tales como, por ejemplo, el riesgo de no detectar incumplimientos en la ejecución de la prestación o de todas las condiciones de ejecución pactadas.

4.2. Modificar indebidamente el contrato

Regulación del régimen de las modificaciones previstas en los pliegos que crea oportunidades para recurrir a las no previstas

Área de riesgo: modificar injustificadamente el contrato.

La LCSP regula el régimen de modificación de los contratos introduciendo cambios importantes respecto del TRLCSP, tanto con respecto a qué contratos les resulta de aplicación —los suscritos por las administraciones públicas y los poderes adjudicadores, a diferencia del régimen del TRLCSP que resultaba de aplicación a los de todo el sector público—, como los supuestos de modificación, principalmente.

El nuevo régimen de modificación de los contratos establecido en la LCSP transpone el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, la cual establece, por primera vez en el ámbito comunitario, una regulación sobre esta materia. Sin embargo, la LCSP prevé un régimen más rígido que el de la Directiva el cual, a pesar de ser jurídicamente viable,⁴⁹ puede tener en determinados casos un efecto contrario al que persigue; que es, preservar el respeto a los principios que informan la contratación pública.

Así, el artículo 204 de la LCSP, el cual regula las modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, establece, a diferencia de la Directiva, un límite máximo del veinte por ciento del precio inicial. Este límite no parece congruente con el hecho de que el artículo 205 de la LCSP, respecto de las modificaciones no previstas en los pliegos, prevea la posibilidad que estas lleguen hasta un cincuenta por ciento del precio inicial del contrato, en la medida en que, precisamente, son las modificaciones no previstas en los pliegos las que mayor incidencia tienen respecto de aquellos principios y las que generan mayores riesgos de prácticas irregulares.

Ciertamente, una regulación más estricta para las modificaciones previstas en los pliegos que para las modificaciones no previstas, en cuanto al límite porcentual máximo que pueden suponer, se puede considerar un factor de riesgo que incrementa las probabilidades del riesgo de modificar un contrato una vez formalizado, sin haber tenido en cuenta la eventual modificación del contrato durante su licitación, de manera que fuera conocida por todos los eventuales operadores económicos interesados y tenida en cuenta para el cálculo del valor estimado del contrato y, por lo tanto, también para su publicidad. Así, **se crean oportunidades para recurrir a las modificaciones imprevistas** —principalmente, al supuesto relativo a prestaciones adicionales a las inicialmente contratadas— **como consecuencia de la propia limitación cuantitativa establecida para las modificaciones previstas**. De hecho, la Comisión Europea alude a la importancia que tiene, para minimizar la necesidad de llevar a cabo modificaciones, efectuar una buena planificación, unos pliegos de condiciones completos y sólidos y un contrato bien diseñado, y señala como «mejor opción» considerar todos los posibles cambios e

⁴⁹ El establecimiento por la LCSP de un régimen de modificaciones contractuales más rígido que el contenido en la Directiva 2014/24/UE no plantea duda con respecto a su viabilidad jurídica, dado que los legisladores de los Estados miembros disponen de un margen de discrecionalidad en la incorporación de condiciones más estrictas; no así, sin embargo, de la flexibilización de las condiciones de la Directiva.



incluirlos claramente en los pliegos, prestando mucha atención durante la fase de preparación para tratar de identificar todos los casos.⁵⁰

4.3. No exigir responsabilidades por incumplimientos

Falta de obligación de incluir en los pliegos responsabilidades por incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución

Área de riesgo: no exigir responsabilidades por incumplimientos.

Riesgo específico: no exigir responsabilidad a la empresa contratista por incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución.

El artículo 202 de la LCSP, relativo a las condiciones especiales de ejecución, obliga a los órganos de contratación a establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares al menos una condición de ejecución de tipo medioambiental, social o relativa a la ocupación que persiga alguna de las finalidades que enumera el apartado segundo del mismo precepto.

Sin embargo, **el carácter potestativo que este artículo atribuye al establecimiento, en los pliegos, de responsabilidades en caso de incumplimiento por parte de la empresa contratista de las condiciones de ejecución exigidas no parece congruente con la importancia que presentan estas condiciones**, principalmente en la consecución de determinadas políticas públicas; sobre todo, en la medida en que incrementa la probabilidad de que no se exijan responsabilidades por incumplimiento como consecuencia de no haberse previsto este régimen en los pliegos.

En este sentido, habría sido conveniente que el artículo 202 de la LCSP obligara a los órganos de contratación a establecer penalidades en caso de incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución exigidas, o bien a atribuir a estas el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos de resolución del contrato, tal como se prevé en el artículo 76 de la LCSP, como novedad en relación a la regulación que se establecía en el TRLCSP, para los supuestos en que los pliegos exijan a las empresas licitadoras la adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios personales o materiales. Hay que tener en cuenta que exigir en los pliegos una condición especial de ejecución de tipo social, medioambiental o de otro orden puede perder toda su virtualidad si los pliegos no concretan como se verificará su cumplimiento, ni prevén responsabilidades para los casos de incumplimiento de dichas condiciones, o bien si las consecuencias previstas no se aplican.

Regulación insuficiente de la nueva causa de resolución de los contratos relativa al impago de los salarios de los trabajadores o el incumplimiento de las condiciones establecidas en convenio colectivo durante la ejecución

Área de riesgo: no exigir responsabilidades por incumplimientos.

La LCSP establece en el artículo 211 una nueva causa de resolución de los contratos administrativos relativa al impago de los salarios, durante la ejecución del contrato, por parte de la empresa contratista, a las personas trabajadoras que participen, o al

⁵⁰ En la *Guía práctica de contratación pública para profesionales, sobre cómo evitar los errores más comunes en los proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos*, de febrero de 2018, ya mencionada.

incumplimiento de las condiciones que establecen los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores, también durante la ejecución del contrato. Esta causa, sin embargo, no ha sido acompañada de un régimen que garantice su efectiva aplicación.

El artículo 212 de la LCSP establece que, con carácter general, esta causa de resolución de los contratos sólo la pueden instar los representantes de los trabajadores, pero no regula aspectos necesarios para su aplicación, lo cual puede originar dificultades en la práctica y crear oportunidades para el riesgo de no exigir responsabilidades por incumplimiento. Así, **en la LCSP no se especifica si esta causa de resolución de los contratos requiere que el incumplimiento por parte de la empresa contratista se tenga que calificar de grave o doloso**, requisito que, por el contrario, sí se exige en el artículo 201 de la LCSP para imponer penalidades a la empresa contratista en el caso que incumpla obligaciones en materia laboral. **Tampoco se concreta si**, una vez los representantes de los trabajadores acreditan el incumplimiento a que se refiere esta causa de resolución y este incumplimiento se ha constatado por el órgano de contratación, **la resolución del contrato operará automáticamente o si, por el contrario, es el órgano de contratación quien tiene que hacer la correspondiente ponderación de los intereses implicados para decidir** si procede la resolución del contrato.

5. Breve consideración final

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ha supuesto un cierto cambio de paradigma en la contratación pública que se plasma ya en su artículo primero, en el cual se alude, como novedad respecto de la Ley anterior, al principio de integridad y a la incorporación transversal y preceptiva de criterios sociales y ambientales, ambos vinculados a una mejor y eficiente utilización de los fondos públicos. Específicamente, en relación a aquel «nuevo» principio —que, por cierto, la Ley no define— se constata que si bien, ciertamente, son pocas las menciones que se contienen en el resto del articulado de la LCSP, sí se establecen diferentes medidas que contribuyen a su garantía. Hay que entender que son ejemplos de ello, entre otros, las obligaciones de publicidad y de transparencia en los perfiles de contratante, principalmente, en relación con la documentación de los expedientes de contratación, y la limitación de la cuantía de los contratos menores y la asimilación parcial de la fase preparatoria y de la publicidad de estos contratos a la de los no menores; así como, también, claramente, los mecanismos para prevenir las conductas colusorias en el procedimiento de contratación y la regulación, al menos parcial, de los conflictos de interés.

En todo caso, a pesar del avance respecto de la legislación de contratación anterior en este ámbito —que se puede calificar tanto de evidente, como de tímido—, la complejidad de la regulación —que no, necesariamente, de la materia— sigue siendo una nota característica de la LCSP, tanto, como se ha dicho, por su extensión, como por la redacción de algunos de sus preceptos, en ocasiones imprecisa, en ocasiones insuficiente y en ocasiones oscura.

Este hecho, tal como se ha querido reflejar en el presente documento, crea oportunidades o incrementa la probabilidad de riesgos para la integridad en las diversas fases de los procedimientos de contratación pública o, cuando menos, condiciona la efectividad de determinadas medidas preventivas adoptadas por la propia Ley, algunas de las cuales, justamente, dirigidas a garantizarla.



En este escenario, **es clave el papel de los diferentes órganos consultivos en materia de contratación pública** para dar luz a la oscuridad que presentan determinados preceptos de la LCSP. En el caso de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, hay que destacar los informes en que se analizan los límites a los contratos menores y los requisitos de los medios propios personificados establecidos por la LCSP, a los cuales ya se ha aludido. En este sentido, **resulta fundamental que exista cierta coordinación de estos órganos consultivos y hay que entender que el Comité de Cooperación en materia de contratación pública, constituido en el nuevo modelo de gobernanza en la contratación pública establecido por la LCSP, debe tener un papel relevante a este efecto.**

Asimismo, también es un factor clave la profesionalización del personal que realiza o participa en tareas relacionadas con la contratación pública, ya que personal con más competencias profesionales, conocimiento y experiencia será más capaz de gestionar los riesgos para la integridad derivados de la propia regulación de LCSP y, por consiguiente, de evitar que acaben materializándose en prácticas irregulares.



Anexo. Factores normativos específicos por áreas de riesgo

| 1. Preparación | | 2. Licitación | | 3. Ejecución | |
|---|--|--|--|--|---|
| Áreas de riesgo | Factores normativos | Áreas de riesgo | Factores normativos | Áreas de riesgo | Factores normativos |
| 1. Impulsar y preparar contratos innecesarios o perjudiciales | <ul style="list-style-type: none"> Regulación del ámbito de aplicación subjetivo basado en una concepción formalista y referenciada al esquema organizativo del sector público estatal Regulación imprecisa del plan de contratación que deben elaborar los entes del sector público Falta de previsión respecto de la solvencia a exigir en los contratos mixtas | 5. No evitar prácticas anticompetitivas | <ul style="list-style-type: none"> Regulación con incertidumbres del proceder de la mesa ante indicios de conductas colusorias en el procedimiento de contratación Publicidad condicionada de las respuestas a las aclaraciones solicitadas por las empresas interesadas | 9. Obtener una prestación diferente a la contratada | <ul style="list-style-type: none"> Regulación del responsable del contrato insuficiente para garantizar la efectividad de esta figura Ausencia de preceptos precisos, claros y estructurales para el ejercicio de la función de control |
| 2. Preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia o la libre competencia | <ul style="list-style-type: none"> Regulación imprecisa del régimen de los contratos menores Regulación de los registros de empresas licitadoras y clasificadas que puede comprometer la finalidad de agilización y simplificación a la que responde la regulación del procedimiento abierto simplificado y la obligación de inscripción Regulación del régimen jurídico de contratación de los poderes adjudicadores que no tienen la condición de administración Regulación del doble régimen jurídico de los contratos privados de las admons. públicas Falta de limitación de la duración de las eventuales prórrogas de los contratos Margen de discrecionalidad en la determinación de la ponderación de los criterios de adjudicación Regulación de la prueba de no concurrencia de una prohibición de contratar limitativa Utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la regulación del procedimiento negociado sin publicidad | 6. Admitir o excluir empresas licitadoras de forma sesgada | <ul style="list-style-type: none"> Regulación de la causa de prohibición de contratar por incompatibilidad y del conflicto de interés que permite no detectar estas situaciones o no abordarlas adecuadamente. Falta de regulación de la solicitud de aclaración de las ofertas presentadas Regulación laxa de la composición de las mesas de contratación en el ámbito local | 10. Modificar injustificadamente el contrato | <ul style="list-style-type: none"> Regulación del régimen de las modificaciones previstas en los pliegos que crea oportunidades para recurrir a las no previstas |
| 3. Filtrar información privilegiada | | 7. Valorar de forma sesgada las ofertas | <ul style="list-style-type: none"> Falta de previsión relativa a la comunicación previa de los sub-criterios de adjudicación y del método de valoración de las ofertas Falta de precisión en la regulación de la clasificación de las ofertas en los casos en que se presenten ofertas anormalmente bajas | 11. Autorizar pagos injustificados o irregulares | |
| 4. Adjudicar directamente a 1 operador al margen del procedimiento | <ul style="list-style-type: none"> Regulación imprecisa e insuficiente de los convenios entre entidades del sector público excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP Regulación imprecisa de los encargos a medios propios personificados | 8. Resolver la adjudicación o formalizar contratos irregularmente | | 12. No exigir responsabilidades por incumplimientos | <ul style="list-style-type: none"> Falta de obligación de incluir en los pliegos responsabilidades por incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución Regulación insuficiente de la nueva causa de resolución de los contratos relativa al impago de los salarios de los trabajadores o de las condiciones establecidas en convenio colectivo durante la ejecución |