



JORNADA
**LA NUEVA LEY DE CONTRATOS
DEL SECTOR PÚBLICO**

**PROCEDIMIENTOS Y MODOS DE
ADJUDICACIÓN.
LA UTILIZACIÓN ESTRATÉGICA DE
LA CONTRATACIÓN:
CONTRATACIÓN RESPONSABLE E INNOVACIÓN
LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**

**DANIEL TERRÓN SANTOS
DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA
MARCOS M. FERNANDO PABLO
MIGUEL A. GONZÁLEZ IGLESIAS
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**

TERCERA SESIÓN:

- I. **Procedimientos y modos de adjudicación.**
- II. **La utilización estratégica de la contratación: Contratación responsable e innovación**
- III. **La contratación electrónica**

Daniel Terrón Santos
Dionisio Fernández de Gatta
Marcos M. Fernando Pablo
Miguel A. González Iglesias
Universidad de Salamanca.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>

I. **Procedimientos y modos de adjudicación**

Se entiende, tradicionalmente, en nuestro derecho, por procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, el conjunto de trámites dentro del procedimiento contractual, dirigidos a la selección del empresario contratista. Ello comporta dos tipos de cuestiones: (i) La *determinación de quienes pueden participar* como candidatos y el (ii) establecimiento *del criterio de selección* de entre todos ellos.

La primera cuestión era solucionada en nuestro derecho histórico apelando a los principios de concurrencia igualitaria y publicidad: La Administración estaba obligada a admitir la participación de los empresarios que reunían ciertos requisitos. Salvo en algún supuesto en que, por razón de la cuantía, u otras situaciones, se admitía la contratación directa (sin autentica competencia entre ofertas, por tanto), la segunda cuestión (ii) era en general, resuelta acudiendo a la subasta como regla (oferta más barata en términos de precio) y, excepcionalmente, el concurso.

La incorporación del derecho de los contratos públicos del derecho comunitario al derecho interno, motivó históricamente el abandono de este esquema, y aquella evolución aparece hoy recogida hoy en los art. 131 y ss de la Ley 9/2017.

Los principios de publicidad, igualdad y concurrencia (que ahora se enuncian como tratamiento igualitario y transparente, art. 131 LCSP) se imponen a los órganos de contratación, como **prohibiciones de discriminación por razón de forma jurídica**, de cómo **prohibición de restringir artificialmente la competencia**, como **prohibición de favorecer o perjudicar a determinados empresarios**.

Junto a esas prohibiciones, aquellos principios se formulan positivamente como *obligación de favorecer la competencia*, (objetiva) con obligación de 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.

Al servicio de esos principios, además, se establece como regla general que la adjudicación se realizara **utilizando el procedimiento abierto** (una de cuyas modalidades es denominada simplificado,) **o el procedimiento restringido**, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

Además de esta regla general, se prefigura legalmente el tipo de procedimiento que pueden utilizarse en ciertos casos, de manera que debe añadirse a la enumeración, la *licitación con negociación*, el *procedimiento negociado sin publicidad*, el *diálogo competitivo*, y la *asociación para la innovación* como elementos de la tipología de procedimientos de adjudicación contemplada en la LCSP, a la que puede añadirse, en su singularidad, el *curso de proyectos*.

La Exposición de Motivos, indica "además de los procedimientos existentes hasta la actualidad, como el abierto, el negociado, el dialogo competitivo y el restringido, se introduce un nuevo procedimiento denominado asociación para la innovación, mientras que en el ámbito del procedimiento abierto **se crea la figura del procedimiento abierto simplificado**" que parece ser la novedad más importante junto con la asociación para la innovación.

La otra novedad radica en que **se suprime la posibilidad del uso del procedimiento negociado con y sin publicidad por razón de la cuantía** y se suprime la aplicación de este procedimiento respecto a las obras y servicios complementarios. Su sustituto, en la práctica, parece ser el procedimiento abierto simplificado.

En el procedimiento abierto, todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores (art. 156). Dos notas, por tanto, caracterizan este procedimiento: Apertura a todo licitador y exclusión de toda negociación sobre los términos del contrato. **El abierto simplificado** es similar, con modificaciones procedimentales (art. 159: Publicación únicamente en el Perfil del Contratante, plazos, **no exigencia de garantía provisional**, cumplimiento de requisitos subjetivos y objetivos del contratista mediante **declaración responsable...**).

En realidad, el llamado procedimiento abierto comprende TRES diferentes procedimientos: El procedimiento abierto "ordinario", el simplificado y el simplificado sumario.

De conformidad con el art. 159 procede el procedimiento abierto de carácter *simplificado* en los contratos de obras, suministro y servicios (obsérvese, que **se omiten los contratos de concesión de obras y servicios**) cuando se cumplan acumulativamente las dos condiciones siguientes:

- a) Que su valor estimado sea igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y en el caso de contratos de suministro y de servicios, que su valor estimado sea igual o inferior a 100.000 euros.
- b) Que entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego *no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor* o, de haberlos, su ponderación no supere el veinticinco por ciento del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en *que su ponderación no podrá superar el cuarenta y cinco por ciento del total*.

El procedimiento abierto *abreviado* de adjudicación, en su régimen general, se ordena así:

-Todos los licitadores deberán estar *inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público*, (o en su caso, en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma) en la fecha final de presentación de ofertas.

-La presentación de ofertas se realizara, en **sobre único**, exclusivamente en el **registro que se indique en el anuncio**, requiriendo una **declaración responsable respecto de la representación y de las condiciones de solvencia económica financiera y técnica o la clasificación requerida y no concurrencia de prohibiciones de contratar**, conforme al modelo que indique el anexo al pliego.

-No procede la constitución de garantías provisionales.

En los supuestos en que en el procedimiento se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, las reglas son levemente diferentes en cuanto proposiciones (ahora si es necesaria la presencia de **dos sobres**) y valoración, pero la intención legal es que el procedimiento abreviado pueda estar concluido, tras la intervención de la Mesa de Contratación, (que procederá a excluir las ofertas que no cumplan los requerimientos del pliego), la cual formulará propuesta de adjudicación a favor de la oferta que (tras la aplicación de la previa

valoración, ya realizada de los criterios que dependan de un juicio de valor) haya obtenido al mejor puntuación,

El procedimiento abierto simplificado, conoce una variante cuando se trate de **obras de valor estimado inferior a 80.000 euros o de suministros y servicios de valor inferior a 35000 euros** (los servicios de prestación de carácter intelectual no son objeto de esta modalidad de procedimiento simplificado).

El plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a diez días **hábiles**, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. No obstante lo anterior, cuando se trate de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de 5 días **hábiles**. Se exime a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional. La oferta se entregará en un único sobre o archivo electrónico y se evaluará, en todo caso, con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos.

La valoración de las ofertas (y esta parece ser la característica más definitoria) **se podrá efectuar automáticamente mediante dispositivos informáticos**, o con la colaboración de una unidad técnica que auxilie al órgano de contratación. Las ofertas presentadas y la documentación relativa a la valoración de las mismas serán accesibles de forma abierta por medios informáticos sin restricción alguna desde el momento en que se notifique la adjudicación del contrato.

El procedimiento abierto simplificado en esta variante no se requerirá la constitución de garantía definitiva y la formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de la aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.

En el **procedimiento restringido** cualquier empresa interesada podrá presentar una *solicitud* de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, pero solo podrán presentar *proposiciones* aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean *seleccionados* por el órgano de contratación (art. 160). En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos. Permanece, por tanto esta segunda nota, pero desaparece la

primera, puesto que la presentación de proposiciones (*no de solicitudes*) queda ahora *restringida*.

La Ley se ocupa de precisar que con carácter previo al anuncio de licitación deberán haberse fijado los criterios de solvencia que determinaran la selección para presentar ofertas, y el número mínimo (cinco o más,) y, en su caso, máximo de candidatos que serán invitados. Si el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnan las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones. En cualquier caso, el número de candidatos invitados debe ser suficiente para garantizar una competencia efectiva. Los *criterios o normas objetivas y no discriminatorias con arreglo a los cuales se seleccionará a los candidatos*, así como el número mínimo y, en su caso, el número máximo de aquellos a los que se invitará a presentar proposiciones *se indicarán en el anuncio de licitación*.

El órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que proceda

Por el contrario en **los procedimientos con negociación**, la adjudicación recaerá en el licitador *justificadamente elegido* por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos (art. 166), determinándose en el pliego de cláusulas administrativas particulares, los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas. En el procedimiento de licitación con negociación existe anuncio, pero *se admite la modalidad de procedimiento negociado sin publicidad* en los casos taxativamente identificados en el art. 168.

En el *diálogo competitivo*, que procede en los mismos casos que el procedimiento negociado con publicidad (art. 131) cualquier empresa interesada podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a un anuncio de licitación, proporcionando la información y documentación de sus cualificaciones y **la mesa especial de diálogo competitivo** dirigirá un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta.

Como especialidad de este procedimiento, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas son sustituidos por un **documento descriptivo**, los plazos de presentación de solicitudes no son susceptibles de reducción y el objeto del dialogo con los candidatos seleccionados es desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades, soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. Los participantes pueden recibir primas o compensaciones por su participación, en función de lo descrito en el documento técnico.

El procedimiento requiere una mesa especial de dialogo competitivo, que por lo demás se desarrolla en fases. Tras aceptarse un o más soluciones y cerrarse formalmente el dialogo, la mesa invitará a los participantes cuyas soluciones hayan sido aceptadas, a presentar **oferta definitiva** basada en las soluciones viables especificadas en la fase de dialogo, y en función de los criterios de adjudicación fijados en el documento descriptivo, se elevara propuesta y adjudicará el contrato.

De conformidad con el derecho comunitario (CDO 43 Directiva 2014/24/UE) **ni el procedimiento de licitación con negociación, ni el dialogo competitivo deberían utilizarse con relación a servicio o suministros disponibles en el mercado que puedan ser proporcionados por distintos operadores económicos, ni en obras o edificios convencionales.**

El *concurso de proyectos*, implica una selección que, tras la correspondiente licitación, conforme al art. 135, se encomienda a un jurado, sobre unas normas previas (bases del concurso de proyectos) que pueden diseñar dos fases (una abierta a todos lo que hubieren presentado solicitud de participación, y una segunda en la que el órgano de contratación invitará simultáneamente y por escrito a los candidatos *seleccionados* para que presenten sus propuestas de proyectos) (art. 185).

La Asociación para la Innovación es un procedimiento complejo de dos fases. En la primera cualquier empresario podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información sobre los criterios objetivos de solvencia que haya solicitado el órgano de contratación. Solo los empresarios a los que invite el órgano de contratación (en su caso, con limitación de numero) tras evaluar la información solicitada, podrán presentar proyectos. Los órganos de contratación negociarán con los candidatos seleccionados las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido. Los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio, según lo dispuesto en el artículo 145.2.

Pueden resultar adjudicatarios en esta fase dos o más empresarios (art. 177-2). El procedimiento continua, desarrollando el proyecto de innovación y, posteriormente, con la contratación de la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes, adjudicación que puede recaer en uno o más de los contratistas con quienes se hubiere formalizado la Asociación. Tal adquisición solo se podrá llevar a cabo durante un periodo máximo de cuatro años.

Respecto de la **elección del procedimiento de adjudicación**, ha de tenerse en cuenta que debe justificarse, en todo caso, en el expediente previo, el procedimiento por el que se opta, que queda determinado en dicho expediente, cuya aprobación motivada dispondrá también la apertura del procedimiento de adjudicación respectivo (art. 116 y. 117-1).

La elección del procedimiento de adjudicación se sujeta al criterio legal de que, *como regla, debe recaer sobre el procedimiento abierto o el restringido. El procedimiento restringido, dice la Ley, es especialmente adecuado cuando se trata de servicios intelectuales de especial complejidad, como es el caso de algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería.*

En cualquier caso, se presentan así como excepcionales, con necesidad de justificación en causa legal, el resto de procedimientos. Respecto de los procedimientos negociados, (arts 167 y 168) salvo que se dieran las circunstancias excepcionales que recoge el artículo 168, los órganos de contratación **deberán publicar un anuncio de licitación**. Esto significa que el procedimiento negociado sin publicidad se restringe aún más, pues sólo puede acudir a la negociación con licitación en los casos tasados, y a la negociación sin licitación en un número más concreto de supuestos expresamente admitidos en el art. 167.

La importante restricción a la concurrencia que supone este mecanismo obliga a que la ordenación de la **prioridad legalmente exigible** sea: Procedimiento abierto, procedimiento restringido, negociación con licitación, negociado sin publicidad. Ni que decir tiene que la aceptación legal, en ciertos casos, de algún procedimiento menos prioritario en esta categorización legal, no implica su *obligatoriedad*, sino su posibilidad ("podrá" dice la Ley). No obstante, respecto de los poderes adjudicadores no Administración Pública se les permite utilizar de forma indistinta cualquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo podrán utilizar en los mismos supuestos que las Administraciones.

Pero, además, el procedimiento negociado requiere como característica esencial, la efectiva negociación, lo cual hace necesario que se permita **diferenciar las ofertas iniciales** de las *proposiciones inalterables* en la licitación pura. Así lo recordó, por ejemplo, la Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la utilización del procedimiento negociado:

"como ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante TACPA), en su Acuerdo 8/2015, el procedimiento resulta ilegal y está viciado de nulidad de pleno derecho. Y es que como indicó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), debe afirmarse que en el procedimiento negociado no hay una licitación en sentido estricto, como existe en el procedimiento abierto, ya que las ofertas no son equiparables a las proposiciones, dado que las ofertas no tienen el carácter inalterable de las proposiciones...

No pueden ser objeto de negociación los criterios de adjudicación. Por lo tanto, *no es posible variar, mediante la negociación, la enumeración de los criterios que van a ser valorados, ni su existencia o forma de valoración.* Pero si cabe que sean a la vez aspectos a negociar. Una cuestión, respecto de la que no existe unanimidad, es la posibilidad de utilizar como único elemento sobre el que verse la negociación el precio. No existe un precepto que expresamente lo prohíba, y viene siendo admitida — Resolución del TACRC 50/2011—, pero no parece que responda a la verdadera naturaleza de este procedimiento. Un procedimiento negociado, en el que la negociación verse únicamente sobre el precio, es dudoso que cumpla con la finalidad de este procedimiento que es adaptar el contrato a las necesidades y objetivos del órgano contratante."

Respecto de la Asociación para la Innovación, **sólo procede** cuando en objeto del contrato sea la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que *no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado.* En ausencia de esta característica, esencial en este procedimiento destinado a la innovación, no cabe este mecanismo. Por ello la necesidad que no puede ser cubierta actualmente por el mercado *debe ser oportunamente descrita en la preparación del contrato.*

La Asociación para la Innovación es, en realidad algo más que un procedimiento de adjudicación, pues se comporta tanto un procedimiento como un tipo de contrato, y, además, el aspecto procedimental solo puede utilizarse con relación al objeto propio del contrato de Asociación para la Innovación. Tal objeto peculiar reside en el *desarrollo* y **adquisición** posterior de productos, servicios y suministros innovadores que satisfacen necesidades de la Administración no cubiertas por las soluciones del mercado. Así resulta de la Directiva 2014/24/UE (art. 35), y por ello el art. 177 de la nueva LCSP exige, para que proceda este procedimiento, que en los Pliegos el Poder Adjudicador determine cuál es la necesidad de un producto, servicio o suministro que no puede ser cubierta mediante la adquisición de productos, servicios o suministros ya por disponibles en el mercado

Puesto que **el concurso de proyectos** requiere anuncio de licitación conforme al art. 135, **no cabe, el procedimiento negociado sin publicidad** (art. 183) en este supuesto, destinado a los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos.

La LCSP ha introducido significativas novedades en relación con la utilización de la negociación (arts. 167 y 168) sobre la idea de **restringir** el procedimiento a casos tasados, en los que la negociación esté justificada, excluyendo la posibilidad anterior de utilizar *la cuantía para abrir esta forma de adjudicación* y admitir excepcionalmente el procedimiento negociado sin publicidad en casos determinados.

Por eso, en términos generales, se admite el procedimiento negociado con licitación (publicidad) con relación a todos los contratos nominados (obras, servicios, suministros y concesiones de obras y servicios) en los siguientes supuestos (art. 167):

En primer lugar, cuando *seguido previamente un procedimiento abierto o restringido* solo se hubieran presentado ofertas irregulares o inaceptables (art. 167 e). El precepto añade ahora el supuesto de que deben considerarse irregulares a estos efectos las ofertas que muestren indicios de colusión o corrupción, y define supuestos

particulares en los que las ofertas se consideran irregulares, supuestos que remiten a razones objetivas (ofertas presentadas fuera de plazo, anormalmente bajas, o que no correspondan a los pliegos) o inaceptables, circunstancia que remite a condiciones principalmente subjetivas (licitadores que no posean la cualificación requerida) o fuera del presupuesto del órgano de contratación.

En segundo lugar, puede adjudicarse un contrato mediante procedimiento negociado con publicidad, cuando concurren un conjunto de *circunstancias vinculadas a la prestación* o a las dificultades de su determinación previa, motivadas por la necesidad de adaptar lo presente en el mercado a las necesidades del órgano de contratación (167 a), la consideración de la innovación (167 b), la imposibilidad de determinar las especificaciones técnicas (167 d) o la complejidad jurídica o financiera de la prestación (167 c).

En tercer lugar, se admite ahora un supuesto (167 f) específico relativo a **contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social**, siempre que el objeto del contrato consista en *dotar de continuidad en la atención a las personas* que ya eran beneficiarias de dicho servicio. El *interés del usuario* se antepone ahora a otras consideraciones, quizá porque se entiende que la continuidad en su atención es ya una condición positiva.

En esta enumeración general, desaparecen las razones de urgencia, determinadas razones vinculadas al contratista y las vinculadas al secreto o a los contratos del sector de la defensa, que se contenían en el anterior art. 174 del TRLCSP RDL 3/2011, que se llevan a hora a la regulación de los casos excepcionales en los que se admite el procedimiento **negociado sin publicidad**, por apreciar el Legislador que la concurrencia en tales casos puede ser excluida a favor de otros intereses relevantes.

De conformidad con el art. 170, solo cabe negociado sin anuncio previo de licitación, cuando se de alguna de las situaciones del art. 168, siempre sobre la base de que, para que el procedimiento sea admisible, es necesario que se haya definido legalmente lo que debe ser objeto de negociación. Para la totalidad de los contratos nominados, esas situaciones, son, en primer lugar, la previa existencia de un procedimiento abierto o restringido sobre el mismo objeto, en los que no se existieran ofertas o solicitudes de participación. A diferencia del supuesto contemplado en el art. 167 f, (que menciona *ofertas irregulares* en el anterior procedimiento) ahora se trata de supuestos equiparables a la inexistencia de ofertas o solicitudes de participación. En segundo lugar, la ausencia de competencia bien por razones objetivas (derechos exclusivos) o subjetivas que imponen un solo adjudicatario disponible. En tercer lugar, por razón de secreto o seguridad del Estado, supuesto este que requiere declaración expresa del secreto.

A estas supuestos se añaden, pero sólo con relación a los contratos de obras, suministros y servicios (excluyendo, por tanto, que puedan apreciarse en los contratos de concesiones de obras y de servicios) las razones de urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, en las que se requiera la pronta ejecución del contrato no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia (supuesto en el que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de Abril de 2015 -Núm. Cendoj: 4802033001201510018- incluyó la necesidad de atender la prestación de un servicio esencial, hasta la fecha 'incierto' de las nuevas adjudicaciones, a consecuencia del efecto suspensivo de un recurso frente a una adjudicación anterior en un procedimiento abierto).

Un supuesto adicional consiste en que se habilita la aparente transformación de un anterior procedimiento abierto o restringido, no ultimado, para los licitadores que hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos del procedimiento, siempre que no se incremente el precio de licitación, y siempre que en la negociación

se incluya a todos ellos (168- 2). A este propósito, la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 29 octubre 2015, T-126/13, apartado 67, tiene establecido que:

"aunque el procedimiento negociado sólo pueda ser entablado por el poder adjudicador en situaciones específicas, como en caso de ofertas irregulares o inaceptables presentadas en respuesta a un procedimiento abierto y concluido previamente, no es menos cierto que *dicho procedimiento es un procedimiento autónomo y distinto de cualquier otro procedimiento de adjudicación de contratos y, en particular, del procedimiento abierto previo*"

El precepto señala también, sin grandes cambios (salvo en lo relativo a las obras y servicios complementarios y a la patente exclusión de la posibilidad de acudir a este mecanismo por razones de *pura cuantía o precio*) en qué casos adicionales cabe la negociación sin publicidad, en particular con relación a los de contratos de obras, suministros y servicios.

La cuestión de los **criterios de adjudicación** resulta más compleja. Por una parte recuérdese el tratamiento restrictiva que ahora se realiza de los contratos menores (informe motivando la necesidad del contrato en su forma de contrato menor, necesidad de aprobación del gasto más la factura, pero también, la necesidad de comprobar que no se altera el objeto contractual mediante fraccionamiento, y que el contratista designado no “acumula” contratos por encima de las cuantías que los admiten, art. 118 LCSP).

Pero, por otra parte, si el artículo 150.1 del TRLCSP anterior establecía “*Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo*” (admitiendo así como criterio ordinario el del **precio más bajo**), el art. 145 LCSP establece la regla general de que la adjudicación *se realizará, ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio.*

Solo mediante la *justificación expresa* en el expediente pueden los contratos adjudicarse **en base a un criterio económico** que deberá ser un planteamiento que atienda a la mejor *relación coste-eficacia*, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148.

Por otra parte, la **aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso**, en la adjudicación de los siguientes contratos:

a) Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los candidatos o licitadores

b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas o por reducciones en su plazo de ejecución.

c) Aquellos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.

d) Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

e) Contratos de concesión de obras y de concesión de servicios

f) Contratos de suministros, *salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato*, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

g) Contratos de servicios, *salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato*, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

h) En los contratos de **prestación de servicios sociales** si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos

i) Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos

La Disposición adicional Cuadragésima Octava, añade que, en los **contratos intensivos en mano de obra**, *el precio no podrá ser el único factor determinante.*

La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Los primeros girarán en torno un criterio relacionado con los costes, el cual, podrá ser, **el precio** o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir *aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato* que podrán ser, entre otros, los siguientes: La calidad, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o las condiciones de comercialización.

Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción socio laboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; el fomento de la contratación femenina... etc.. etc... (art. 145-2 -1º).

Igualmente puede funcionar como criterio cualitativo *la organización, cualificación y experiencia* del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución, o el servicio postventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega y los compromisos relativos a recambios

Los criterios cualitativos establecidos en los pliegos y figurando en el anuncio, han de estar formulados de manera objetiva y vinculados al objeto del contrato.

En particular, **las mejoras** pueden funcionar como criterios de adjudicación si están debidamente especificadas estar suficientemente especificadas, y se fijen de manera ponderada, concretando los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato. Las mejoras propuestas, si son aceptadas pasaran a ser parte del objeto del contrato y no podrán ser objeto de modificación.

La valoración de la mejoras, sin embargo, tiene una regla particular, pues cuando se formulan como criterio de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, no podrán ser objeto de una valoración superior al 2,5% si la ponderación total que corresponda a los juicios de valor es superior a la que corresponda a los criterios evaluables de forma automática.

La ley regula no sólo lo relativo a la formulación de los criterios de adjudicación sino también su aplicación (art. 146) estableciendo algunas reglas de principio: Deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la *ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración*, que podrá expresarse fijando una banda de valores; cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se dará preponderancia a aquellos que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

El mismo precepto citado admite **que se utilice exclusivamente el precio como criterio de valoración**, respetando la reglas anteriores, y así resulta de otros preceptos de la LCSP (art. 143 3 a, 145 3 f y g, 146 1, 149-2 , 158 1, y 150: *Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la mejor oferta es la que incorpora el precio más bajo*).

II. La utilización estratégica de la contratación (contratación responsable y compra innovador)

En 2001 se afirmaba jurisprudencialmente que *"el gasto público que se realiza con ocasión de un contrato no debe ser el instrumento de otra cosa más que la realización de la mejor adquisición al menor coste"* (Conseil d'Etat 25 julio 20011 Commune de Gravelines)

Desde por lo menos la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales* COM(2001) 566, la Unión Europea fue incorporando en el proceso de contratación pública, otros aspectos medioambientales, la competitividad, el empleo, la inclusión social y finalmente la innovación. Es la llamada **contratación estratégica**, la utilización del gasto en contratación pública como un instrumento más de esas otras políticas, que da lugar a la contratación responsable (aspecto medioambiental y social) y la compra de innovación.

La Exposición de Motivos de la Ley señala por ello: “Se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán incluirse tanto al diseñarse los *criterios de adjudicación*, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, *la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativo al empleo* que se listan en el artículo 202”.

Los aspectos ambientales fueron fácilmente incorporados a la contratación estratégica pública dado el carácter transversal que asumió la política comunitaria medioambiental. La Directiva 2014/24/UE, acentúa el carácter estratégico de la contratación pública como instrumento de política ambiental, de acuerdo con el art. 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en este sentido, se entienden, las nuevas disposiciones, como el ***control de las obligaciones aplicables en materia medioambiental en la ejecución de los contratos***, y la ***incorporación del coste del ciclo de vida de un producto, servicio u obra como criterio de adjudicación del contrato***;

Pero en la nueva Ley de Contratos del Sector Público el aspecto ambiental también presente en otros aspectos: En primer lugar, el medio ambiente incide de manera importante en la capacidad del ofertante (el futuro contratista, en su caso), al incluirse en el contenido de los requisitos que ha de cumplir para poder ser contratista. En efecto, la LCSP (art. 71-1º, letras a y b) establece una serie de prohibiciones de contratar, entre las que se incluyen: haber sido *condenadas mediante sentencia firme por delitos* relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y *el medio ambiente* (prohibición que alcanza a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o

representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada), y haber sido *sancionadas con carácter firme por infracción muy grave* en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente.

En segundo lugar, la LCSP (art. 71-2º, c) también impide a los empresarios contratar por haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las *condiciones especiales de ejecución establecidas* de acuerdo con lo señalado en el artículo, *cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades contractuales o a la indemnización de daños y perjuicios.*

En tercer lugar, el art. 202 establece, además, que los Órganos de contratación *puedan establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato,* siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos; siendo obligatorio establecer en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que se indican, *y entre ellas,* en especial, las relativas a *consideraciones relacionadas con la innovación o de tipo medioambiental.*

Por otra parte, se exige (art. 65) a los empresarios, para poder contratar, acreditar solvencia técnica o profesional (o, en los casos, previstos estar clasificados) y en los contratos de obras y de servicios, en los casos adecuados, la indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato (arts. 88-1º-d y 90-1º-f); en el supuesto de contratos de suministro se admiten los certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida (art. 89-1º-f), y en otros contratos, se aplica la referencia a las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato (art. 91).

En los contratos de regulación armonizada (art. 19-LCSP), la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, los certificados que se exijan harán referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión Europea, o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos por esta o a otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados (art. 94-LCSP).

En cuarto lugar, la LCSP integra las consideraciones ambientales, en el objeto del contrato que se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única, y, en especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas o ambientales que mejoren *la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten*.

Esta preocupación tiene reflejo en los pliegos: Así, en relación con el contrato de concesión de obras, la LCSP (art. 250- 1º, d-7ª) se prevé que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, establezcan las mejoras que consideren convenientes, y que los licitadores pueden incluir, ya se refieran a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación, o a las medidas tendentes a *evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales*,

Los Pliegos de Prescripciones Técnicas, en el contrato de obras, además de las características requeridas de un material, producto o suministro, deben incluir, entre otros, los procedimientos de aseguramiento de la calidad, *el impacto social, laboral, ambiental* y climático de dichos materiales, productos o actividades que se desarrollen durante la elaboración o utilización de los mismos; y, en el contrato de suministros o de servicios, aquella especificación en la que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio, *los niveles de comportamiento ambiental y climático*.

Al vincular, por otra parte, las Prescripciones Técnicas al ciclo de vida del producto, se introducen consideraciones claras de sostenibilidad ambiental.

En quinto lugar, la preocupación medioambiental se extiende a la fase de adjudicación, (art. 145), al permitir tomar ese mismo criterio como elemento en la adjudicación. La mejor relación calidad precio, por otra parte, debe incluir criterios cualitativos y entre ellos aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato, que podrán ser, entre otros, las características medioambientales e innovadoras referidas, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero, al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato, o al mantenimiento o mejora de los recursos naturales. El ciclo de vida de un producto, obra o servicio, que parece ser el criterio económico más importante, está legalmente integrado por consideraciones medioambientales

En sexto lugar, las cuestiones medioambientales también cobran relevancia en lo referido a ofertas anormales o desproporcionadas. La LCSP (art. 149) no permite la exclusión automática de estas proposiciones, sino que permite a los Órganos de contratación *excluir las del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento administrativo previsto*, en el que la Mesa o el Órgano de contratación puedan **requerir al licitador la información pertinente sobre el bajo nivel de los precios**, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anomalía de la oferta; y, concretamente, *podrán pedirles justificación sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción*.

La Ley es tajante, al prever que, en todo caso, los Órganos de contratación *rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque, entre otras cuestiones, no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, nacional o internacional (en aplicación del art. 201, sobre ejecución de los contratos) , y en particular las establecidas en el Anexo V de la Ley (en materia de protección de la capa de ozono, el control de residuos peligrosos, contaminantes orgánicos persistentes o plaguicidas y productos químicos peligrosos)*.

En sexto lugar, ya en lo referente a la ejecución de los contratos, la LCSP (art. 202) establece que los Órganos de contratación *puedan establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato* (y que se exigen asimismo a los subcontratistas que participen en la misma), siempre que estén vinculadas al objeto del contrato. En particular, la Ley permite establecer, entre otras, *medidas que persigan la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales* que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, *una gestión más sostenible del agua*, el fomento del *uso de las energías renovables, la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables, o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica*.

Con relación a los **aspectos sociales**, las ideas que dominan ahora la contratación estratégica es la de reforzar la aplicación de la legislación laboral, por un lado, y por otro la discriminación positiva a fin de lograr mayores niveles de empleo, inclusión social, e igualdad de género.

Entre las primeras, por ejemplo, la legitimación, en ciertos casos, para interponer este recurso especial en materia de contratación (art. 48), contra los actos susceptibles de ser recurridos, de las organizaciones sindicales; la previsión (art. 79) de que la utilización de medios ajenos en la calificación del contratista debe respetar el derecho laboral y contar con el consentimiento de los trabajadores; la previsión (art. 102) de la obligatoria consideración de los convenios colectivos aplicables al calcular los costes laborales cuando estos sean el coste económico principal del contrato (a cuyo efecto, art. 129, el Órgano de Contratación puede intervenir solicitando información); o las previsiones en materia de subrogación (art. 130), imponiendo los Pliegos al contratista la obligación de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas; y finalmente, (art. 201) la obligación de los órganos de contratación de garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia laboral.

En cuanto a las segundas, se recoge como causa de **prohibición de contratar con las entidades del sector público el no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de los empleados de las empresas de 50 o más trabajadores** sean trabajadores con discapacidad, se regulan las cláusulas sociales como criterios cualitativos de adjudicación (art. 145: “Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la *integración social* de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción socio laboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los *planes de igualdad de género* que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el *fomento de la contratación femenina*; la *conciliación de la vida laboral, personal y familiar*; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la *estabilidad en el empleo*; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo).

Las consideraciones sociales funcionan también como (art. 147) **criterio de desempate** entre proposiciones cuando así este establecido en los Pliegos, y operen en favor de empresas ofertantes que ocupen un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa o incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Igualmente, en materia de calificación de ofertar (art. 149), los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque no cumplan las obligaciones aplicables en materia social o laboral”.

Más importancia, quizá tienen las previsiones de que será obligatoria la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución vinculadas al tema social, ya se referirán al empleo, la discapacidad, las dificultades de inserción laboral, las desigualdades de

género, el desempleo juvenil o de larga duración, la conciliación de la vida laboral...etc
(art. 202)

Finalmente, la Ley permite al poder adjudicador reservar algunos contratos de servicios sociales, culturales y de salud para adjudicarlos a determinadas organizaciones del tercer sector (Disposición Adicional Cuarta *Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva....*) que el Estado ha fijado en un 7% a partir de 2019.

Y finalmente, la contratación estratégica incorpora hoy la innovación: Además de otras menciones a lo largo del texto (la innovación debe tenerse en cuenta al definir el *objeto del contrato* arts. 35 y 99; debe contemplarse también en la consideración de las *etiquetas* o acreditaciones de productos y procedimientos a fin de que su uso no restrinjan la innovación (art. 127), debe considerarse para enjuiciar si una *oferta es anormalmente* baja- art. 140: la innovación puede descartar la presunción de baja temeraria- , o en materia de condiciones especiales de ejecución de un contrato, art. 202, que pueden referirse también a *consideraciones económicas relacionadas con la innovación*) la novedad más importante es la introducción de un nuevo contrato y procedimiento de adjudicación (art. 175 y ss) llamado asociación para la innovación caracterizado por diferentes fases contractuales en las que se adjudica a uno más candidatos un proyectos de investigación y desarrollo y conjuntamente la adquisición de los resultados (obras, productos o servicios). Recae, por tanto sobre algo no disponible en el mercado.

A diferencia de la Contratación Pre comercial (investigación y desarrollo de prototipos) que está formalmente excluida de la LCSP (art. 8, siempre que no concurren las dos características que indica el precepto: a) Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad y b) Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador) la asociación para la innovación está regulada, en los términos ya

descritos, aunque parte de su régimen jurídico ha quedado remitido a desarrollo reglamentario (art. 177 3 a)

Se trata de un procedimiento complejo caracterizado por tratarse de un mecanismo específico *a largo plazo*, que conlleva la concepción, investigación y desarrollo completo de un producto o servicio innovador y comprende dos fases principales: La investigación y desarrollo del producto, por una parte, y su aplicación, por otra, *resultando esta última ya contratada ab initio* (diferencia importante con la compra pre comercial). El objeto, por tanto, es la *obtención de nuevos bienes y servicios para el órgano de contratación*. Los beneficios y riesgos pueden asignarse al modo tradicional en la contratación pública (a riego y ventura del contratista) o bien ser distribuidos entre la entidad contratante y el adjudicatario

III. La contratación electrónica

La Directiva 2014/24 UE (arts. 35,36 y 53) se centra en el impulso del empleo de los medios de información y comunicación electrónicos en la contratación, con el fin de simplificar la publicación de los contratos, así como la eficiencia y transparencia en los procedimientos de contratación del sector público.

Así, la Directiva introduce la obligatoriedad de la transmisión de los anuncios de licitación en formato electrónico, de la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los expedientes de contratación y, en especial, de los pliegos de contratación. Se trata de que el ciclo contractual “externo” este informatizado.

Por su parte, la LCSP (Disp. Adic. 16ª y 17ª) contiene una serie de normas y principios que han de inspirar la gestión electrónica de los expedientes de contratación administrativa. En este sentido, el empleo de estos medios debe ser no discriminatorio, estar a disposición del público y ser compatibles con las tecnologías de la información y de la comunicación de uso general.

Igualmente, se exige que los formatos de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación se ajusten a especificaciones públicamente disponibles y de uso no sujeto a restricciones que garanticen la libre y plena accesibilidad a los mismos por:

- El órgano de contratación;
- Los órganos de fiscalización y control;
- Los órganos jurisdiccionales; y
- Los interesados.

Además, en cumplimiento del principio de transparencia en la contratación y de eficacia y eficiencia de la actuación administrativa, se establece el mandato de fomentar el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación por parte de los licitadores o candidatos. Es más se intensifica tal fomento, tratándose de expedientes de contratación de la AGE y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, exigiendo que dichos medios telemáticos estén disponibles en la totalidad de los procedimientos de contratación que sean de su competencia.

Las normas para el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación administrativa se contienen en las Disposiciones adicionales. De conformidad con ellas

En primer lugar, toda la información (anuncios, pliegos, formularios) y las especificaciones técnicas para la presentación electrónica de las ofertas, solicitudes de participación, así como los planos y proyectos en los concursos de proyectos, han de estar a disposición de todos los interesados, no resultar discriminatorios y ser conformes con estándares abiertos, de uso general y amplia implantación.

En segundo lugar, los programas y aplicaciones informáticas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación han de ser de uso

amplio, fácil acceso y no discriminatorios, o deben ponerse a disposición de los interesados por parte del órgano de contratación o poderes adjudicadores.

En tercer lugar, los sistemas de comunicaciones para el intercambio y almacenamiento de la información deben garantizar de forma razonable, según el estado de la técnica, la integridad de los datos transmitidos y que sólo los órganos competentes, en la fecha señalada para ello –carácter secreto de las proposiciones– puedan tener acceso a los mismos, o que en caso de quebranto de esta prohibición de acceso, la violación pueda detectarse con claridad.

En cuarto lugar los sistemas de comunicaciones deben ofrecer la suficiente seguridad, de acuerdo con el estado de la técnica, frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos. Reglamentariamente pueden establecerse otras medidas que, respetando los principios de confidencialidad e integridad de las ofertas e igualdad entre los licitadores, se dirijan a minimizar su incidencia en los procedimientos.

Las aplicaciones informáticas que se hayan de utilizar para efectuar las comunicaciones y notificaciones entre los poderes adjudicadores y el licitador o contratista han de poder la fecha y hora de su envío o puesta a disposición y la de la recepción o acceso por el interesado, la integridad de su contenido y la identidad del remitente de la misma.

Por otra parte, las referencias que la LCSP contiene a la presentación de *documentos escritos* no obstan para su presentación por los medios electrónicos ni tampoco a su generación de soportes físicos electrónicos y su posterior presentación, de acuerdo con las normas sobre presentación electrónica de documentos en el procedimiento de contratación administrativa y las normas que reglamentariamente se dicten.

Decisiva resulta ser la norma conforme a la cual (Disp. Adc. 16ª) *en los procedimientos de adjudicación el envío por medios electrónicos de las ofertas por parte de los operadores económicos puede hacerse en dos fases: transmitiendo*

primero la huella electrónica de la oferta y, después, la oferta propiamente dicha en el plazo máximo de 24 horas. En caso de no realizarse esta segunda remisión en dicho plazo, se entenderá que la oferta ha sido retirada.

Los licitadores o candidatos que presenten sus documentos de forma electrónica podrán presentar al órgano de contratación, en soporte físico electrónico, una copia de seguridad de dichos documentos, de acuerdo con los requisitos que se fijen al efecto mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública, y siempre con lo establecido a tal efecto por el órgano de contratación.

Los formatos electrónicos admisibles han de ser indicados por el órgano de contratación en los anuncios o en los pliegos, de tal forma que sean públicamente disponibles y que su uso no quede condicionado a restricciones, debiendo garantizarse la libre y plena accesibilidad a los mismos.

Igualmente importante es la regla de que *los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la previa inscripción en el Registro de Licitadores* que corresponda en los casos de los datos necesarios, para acceder a la tramitación electrónica

Por otra parte se establecen (DISP. ADIC. 17ª) normas comunes exigibles a las herramientas y dispositivos de recepción electrónica de los documentos que se presenten en los procedimientos de contratación del sector público.

Al servicio de la idea central de que todo el ciclo contractual externo pueda gestionarse electrónicamente, se prevé la creación de la Plataforma de Contratación del Sector Público –PCSP- (art. 347 LCSP), que tiene como finalidad principal la difusión, a través de internet, de los perfiles del contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal. Las comunidades y ciudades autónomas pueden establecer plataformas similares en las que deben alojar sus perfiles de contratante, o bien alojar directamente sus perfiles del contratante directamente en la PCSP.

La PCSP desempeña un importante papel en la fase de preparación de los contratos. Es la “ventanilla única” sobre la información de toda licitación pública en España, que garantiza una efectiva transparencia en la contratación pública, en tanto permite una visión integral por cualquier licitador de los distintos procedimientos de licitación en curso, pues en esta plataforma se ha de publicar, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes Administraciones y entidades públicas, la *convocatoria de licitación* y sus resultados de todas las entidades del sector público sujetas a la LCSP.

Con carácter general, la tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos. Sin perjuicio de otras normas sobre documentos electrónicos o firma electrónica, conviene destacar ciertas normas ahora incluidas sobre notificaciones electrónicas, que en los términos de la Ley se realizarán mediante comparecencia en sede electrónica o mediante una "cuenta de correo habilitada", que parece ser diferente de la cuenta de correo “ordinaria” a la que se refiere la Ley 39/2015 (art. 66 1 b) para recibir avisos de notificaciones. Esta Ley menciona también la dirección habilitada única (art. 43), obtenida mediante solicitud y certificado digital, y denominada DEH, que parece ser la mencionada expresamente en la LCSP.

Sin embargo, podrá utilizarse la comunicación oral para comunicaciones distintas de las relativas a los elementos esenciales de un procedimiento de contratación (pliegos de contratación, las solicitudes de participación y las ofertas) siempre que el contenido de la comunicación oral está suficientemente documentado. En particular, las comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir sustancialmente en el contenido y la evaluación de las ofertas *estarán documentadas de modo suficiente* y a través de los medios adecuados, tales como los archivos o resúmenes escritos o sonoros de los principales elementos de la comunicación.

La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos previstos en la Disp. Adic. 15ª LCSP si bien los órganos de contratación **no estarán obligados** a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos:

- a) Cuando, debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles.
- b) Cuando las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia.
- c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación.
- d) **Cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no puedan ser transmitidos** utilizando medios electrónicos.

En lo que respecta a los intercambios de información para los que no se utilicen medios electrónicos, el envío de información se realizará por correo o por cualquier otro medio apropiado o mediante una combinación de correo o de cualquier otro medio apropiado y de medios electrónicos. En este caso, los órganos de contratación indicarán en un informe específico *las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos.*

Por otra parte, los órganos de contratación tampoco estarán obligados a exigir medios electrónicos en el proceso de presentación de ofertas cuando el uso de medios no electrónicos sea necesario bien por una violación de la seguridad de los antedichos medios electrónicos o para proteger información especialmente delicada que requiera un nivel tan alto de protección que no se pueda garantizar adecuadamente utilizando dispositivos y herramientas electrónicos de los que disponen en general los operadores económicos o de los que se pueda disponer a través de otros medios de acceso alternativos. En este caso, los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos.

Específicamente, para contratos públicos de obras, de concesión de obras, de servicios, y concursos de proyectos, y en contratos mixtos que combinen elementos de los mismos, los órganos de contratación podrán exigir el uso de herramientas electrónicas específicas, tales como herramientas de modelado digital de la información de la construcción (BIM) o herramientas similares. En esos casos, ofrecerán medios de acceso alternativos hasta el momento en que dichas herramientas estén generalmente disponibles para los operadores económicos.

En el caso en que sea necesario, los órganos de contratación podrán exigir la utilización de herramientas y dispositivos que no estén disponibles de forma general, a condición de que ofrezcan medios de acceso alternativos. Pues bien, se considerará que los órganos de contratación ofrecen medios de acceso alternativos apropiados cuando:

a) Ofrezcan gratuitamente un acceso completo y directo por medios electrónicos a dichas herramientas y dispositivos a partir de la fecha de publicación del anuncio correspondiente o a partir de la fecha de envío de la invitación, en su caso. El texto del anuncio o de la invitación especificará la dirección de internet en la que puede accederse a dichas herramientas y dispositivos, o bien,

b) Garanticen que los licitadores que no tienen acceso a las herramientas y dispositivos de que se trate, o que no tienen la posibilidad de obtenerlos en el plazo fijado, siempre que la falta de acceso no pueda atribuirse al licitador en cuestión, pueden tener acceso al procedimiento de contratación utilizando mecanismos de acceso provisionales disponibles gratuitamente en línea, o bien,

Aunque no resulta exigido por el derecho comunitario, que se limita a exigir la contratación electrónica en el aspecto "externo", el expediente de contratación debe ser electrónico, estableciéndose el archivo electrónico del expediente.

Por último, la contratación electrónica cubre también otros aspectos, como la posibilidad de que las ofertas sean valoradas y clasificadas utilizando dispositivos informáticos cuando así está previsto (procedimiento abierto simplificado sumario) y la posibilidad de subasta electrónica (art. 143 LCSP), que es un proceso electrónico repetitivo que tiene lugar tras haberse realizado una primera evaluación completa de las ofertas y cuyo objeto es permitir a los licitadores la presentación de mejoras en el precio o nuevos valores relativos a determinados elementos de sus ofertas para mejorarlas en su conjunto.

El proceso está basado en un dispositivo electrónico que permite la clasificación de las ofertas a través de métodos de evaluación automatizados. La LCSP permite a los órganos de contratación la utilización del sistema de subasta electrónica en determinados supuestos y con determinados requisitos y límites. Puede emplearse en los procedimientos abiertos, en los restringidos y en las licitaciones con negociación (art. 143.2 LCSP). También puede utilizarse la subasta electrónica en un acuerdo marco, cuando se convoque a *una nueva licitación* a las partes para la adjudicación de los contratos basados en el mismo.

Para que resulte procedente la utilización de este sistema es preciso que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual, como los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura.

En todo caso, la subasta electrónica debe basarse en uno de los siguientes criterios:

- Únicamente en los procedimientos de adjudicación, cuando el contrato se adjudique atendiendo exclusivamente al precio;
- O bien cuando el precio y los valores de los elementos objetivos de la oferta sean cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o porcentajes, siempre que el contrato se adjudique basándose en *varios criterios* de adjudicación.

Por el contrario, no podrá recurrirse a la subasta electrónica:

- Cuando se haga de manera abusiva o de modo que obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato;
- **En caso de contratos cuyo objeto tenga relación con la calidad alimentaria.**