

Nº 28
Cuarto trimestre 2021

Gabilex

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



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Gabilex
Nº 28
Diciembre 2021
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

Número 28. Diciembre 2021

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

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

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

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

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

COMITÉ CIENTÍFICO



D. Salvador Jiménez Ibáñez

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

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

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

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local

D. Jordi Gimeno Bevia

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED.



D. Jorge Fondevila Antolín

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

D. David Larios Risco

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

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de la Universidad de La Laguna.

SUMARIO



EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NOCIVA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO STRAWBERRY

D^a Ana María Valero Heredia..... 23

LAS CONDUCTAS COLUSORIAS DE LOS LICITADORES Y SU CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

D^a Irene Montagud Grau..... 69

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SUS PECULIARIDADES EN EL ÁMBITO LOCAL

D. José Manuel Bejarano Lucas.....149

CONSULTAS PRELIMINARES PARA UNA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA, EFICIENTE Y RESPONSABLE

D^a. Victoria Barbi Martínez 205

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO



CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO ABOGADO
PÚBLICO DEL SIGLO XXI
D^a Mónica Antinarelli
D. Elcio Nacur Rezende.....327

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

FINALIZACIÓN DE LA EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN DE
CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO EN LOS
SUPUESTOS DE REVISIÓN
D. Jaime Pintos Santiago
D. Roberto Carrodegua Méndez.....365

NULIDAD DE CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DEL
CONTRATO RELATIVA A CRITERIOS LINGÜÍSTICOS
D. Jaime Pintos Santiago
D. Roberto Carrodegua Méndez.....375

BASES DE PUBLICACIÓN 386

EDITORIAL



IV Jornadas de la Revista Gabilex, Toledo 4 y 5 de noviembre de 2021.

Las jornadas han hecho honor a la vocación de una buena revista jurídica, repasando las principales cuestiones de actualidad en distintos ámbitos del derecho. Son un fiel reflejo del trabajo de los Servicios Jurídicos autonómicos que, muchas veces, tienen que “tocar todos los palos” en su quehacer.

El presente resumen no da cuenta de las aportaciones y explicaciones de los ponentes que pudimos seguir los asistentes a las jornadas, pero sí recoge unos apuntes de lo que se abordó en las respectivas ponencias con enlaces a algunas sentencias citadas, con objeto de poder profundizar en su estudio.

En algún caso se añaden novedades producidas con posterioridad a las ponencias.

4 de noviembre de 2021

**Primera ponencia: JURISPRUDENCIA
ACTUALIZADA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN
MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.**

Vicente Magro Servet, Magistrado Sala II del T. Supremo.

Hizo un repaso exhaustivo de las últimas sentencias dictadas por el TS en la materia, con la correspondiente explicación del magistrado.

Exigencia de denuncia en delitos contra la intimidad se puede convalidar con la presencia y declaraciones de la víctima en el proceso. Asunto de La Manada STS 693/2020.

Impago de pensiones como violencia económica. STS 239/2021.



Acoso ilegítimo o Stalking, el TS fija 13 reglas para apreciar su concurrencia. STS 599/2021 (FJ 1 in fine).
Abecedario del maltrato habitual, el TS fija 27 reglas para apreciar la concurrencia del delito. STS 684/2021.
Victim impact statements, o declaración de impacto de la víctima, que puede tener importancia para el cálculo de la responsabilidad civil. STS 695/2020 (FJ 2).
Declaración progresiva de la víctima. La persistencia en la declaración de la víctima permite salvar contradicciones en sus declaraciones. STS 695/2020.

Segunda ponencia: EL CONTRATO DE INTERINIDAD EN EL ÁMBITO PÚBLICO.

Francisco Ramos Moragues, Profesor Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia.

El ponente hizo un repaso a la figura de la interinidad laboral (art. 15.1-c) TRLET y RD.2720/1998). Desde muy pronto se admitió la interinidad no sólo para sustituir a un trabajador con derecho de reserva, sino también para ocupar una vacante mientras dure el proceso de selección o provisión SSTS Contencioso administrativo rec. 140/1995 y rec. 76/1999.

También explicó la diferencia entre las sustituciones directas e indirectas, y que están, igualmente, admitidas por la jurisprudencia.

Dejando aparte el momento de nacimiento de la relación, el ponente explicó que la problemática mayor se produce respecto de la duración del contrato y los efectos de la terminación. Comenzó con un repaso de los vaivenes en materia de derecho a la indemnización, derivados de las sentencias De Diego Porrás I, STJUE de 14.09.2016 (asunto C-596/14) y De Diego Porrás II, STJUE de 21.11.2018 (asunto C-619/17).

Trató la pregunta de cuánto duran los procesos de selección o provisión en la Administración. Situación



actual derivada de la STJUE IMIDRA de 3.06.21 (asunto C-726/19). Y recepción de esta por el Supremo en la STS 649/2021.

Finalmente, planteó la difícil situación de los trabajadores afectados por un rescate o por una cesión ilegal. En ambos casos hay un personal que tiene que integrarse en la Administración sin que esté claro el régimen en que deba hacerlo. Para el ponente parece claro que debe respetarse la regla de prohibición de modificar in peius la situación del personal, y dijo que está tratado en la STJUE Correira Moreira de 13.06.2019 (asunto C-317/18).

También dio cuenta de que estas cuestiones siguen planteando dudas con la cita de una cuestión prejudicial elevada desde un Juzgado de lo Social de Barcelona de la que da cuenta el prof. Ignasi Beltrán en su blog, en la que se plantea la interesante cuestión de si el indefinido no fijo sigue siendo trabajador de duración determinada según el derecho comunitario (asunto C-464/21).

ÚLTIMA HORA: Al ritmo frenético que va el derecho hoy en día, es necesario dejar constancia de dos sentencias del Tribunal Supremo que afectan al problema de los interinos en el sector público. Una de la Sala de lo contencioso-administrativo relativa al derecho a la indemnización por cese STS de 15 de noviembre de 2021 RCA 6103/2018. Otra de la Sala de lo social en relación a la pretensión de fijeza de aprobados sin plaza STS de 16 de noviembre de 2021, número 1112/2021, CUD 3245/2019.

Tercera ponencia: LOS CANALES DE DENUNCIA A RAIZ DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA

A LA PROTECCIÓN DELAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN.

José Luis Piñar Mañas, Catedrático de Derecho Administrativo de las Universidades de Castilla-La Mancha y S. Pablo CEU (excedente).

La Directiva se concibe como un instrumento de lucha contra la corrupción (whistleblowers).

Plazo de trasposición, art. 26: 17.12.2021

Hay un borrador entregado al Ministerio que elaboró la Comisión General de codificación. El ponente no pudo dar cuenta del borrador por el deber de confidencialidad. Tres canales de alerta: interna, externa; pública. Tienen que ser efectivos, confidenciales y seguros (Cdo 3).

Interno: obligación de las AAPP de establecer el canal con los requisitos que marca la Directiva.

Externo: necesidad de una autoridad independiente.

Revelación pública: vía subsidiaria.

Algunas CCAA están adaptando su normativa a la Directiva, en la medida de sus posibilidades. Así se hizo referencia a Baleares, por ejemplo, que tiene una Ley 16/2016 de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, en la que dispone que se aprobará por parte de la Oficina un protocolo de actuación que garantice la protección y la salvaguarda de los derechos de los denunciantes; y ya lo ha hecho a través de una Resolución de 12 de febrero de 2021 por la que aprueba el protocolo de actuación para la protección y la salvaguarda de los derechos de las personas denunciantes o alertadoras. Se dio cuenta de la tramitación castellano manchega de una adaptación normativa, y recientemente se ha aprobado el Decreto 114/2021, de 16 de noviembre por el que se modifica el Decreto 77/2019, de 16-7-2019, de estructura orgánica



y competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, para atribuir competencias en el llamado canal interno.

Necesidad de proteger al delator. Posibles medidas de apoyo o recompensa. Binomio: deber de confidencialidad y exención de responsabilidad.

Problemas limítrofes con derecho penal y con protección de datos (art. 24 LO 3/2018). Necesidad de respetar los derechos del denunciado.

Conceptos muy amplios de infracción y de denunciante. En el turno de preguntas el ponente entendió que la Directiva tendría efecto directo, a pesar de la amplitud de los conceptos que utiliza.

Entrega de premios. El secretario del jurado, D. Leopoldo Gómez Zamora dio lectura al acta en la que se premiaron en categoría, general, a D^a Ana M^a Valero Heredia por su trabajo: "La libertad de expresión nociva en el caso Strawberry". Y, en categoría, Masteres, TFG y similares, a D^a Irene Montagud Grau, por su trabajo: "Las conductas colusorias de los licitadores y su control en la contratación pública".

5 de noviembre de 2021

Primera ponencia: EL URBANISMO JUDICIAL: DE LOS ENSANCHES A LA CIUDAD COMPACTA.

Rafael Fernández Valverde, Magistrado de la Sala III del Supremo.

Partió de la evolución del sistema de ensanches, al de la renovación, la regeneración y la rehabilitación de la ciudad. El TS se va pronunciando sobre este nuevo



modelo en el que el urbanismo se juega en la ciudad compacta y en las actuaciones de dotación, y las reformas para mejorar ciudad.

Así, citó la STS 1550/20 en un recurso del CNMC Vs Ayto Bilbao en el que se ponía en tela de juicio la potestad municipal de incidir indirectamente en el mercado (LGUM 20/2013 y LLAAC 17/2009, junto con la Directiva 2006/123/CE). Al no considerar las viviendas de uso turístico (VUT) como un uso urbanístico residencial, limita el libre mercado. El Supremo confirma la sentencia de instancia, y legitima la potestad de ordenación urbanística de los Ayuntamientos en garantía del derecho a la vivienda de los residentes (vecinos) y del derecho al entorno urbano. Se previenen fenómenos como la gentrificación.

En parecidos términos citó el caso de Barcelona STS 75/2021.

También explicó la STJUE Cali contra Ayto de Paris C-727/18, y la incidencia de esta regulación sobre la escasez de vivienda y el encarecimiento de la misma.

Explicó el caso de la STS 1375/2020 de la que es ponente el propio Fernández Valverde. Se trata del asunto del Wanda Metropolitano, la sentencia trata del ius variandi en la ordenación urbanística, de la adaptación del modelo en ensanche al de renovación de la ciudad, de las actuaciones de dotación y la diferencia entre "hacer ciudad y mejorar ciudad" y del suelo urbano consolidado. También se refirió a la exigencia de reserva de viviendas de protección oficial en la ordenación de las ciudades, con cita de las SSTS 205 y 206/2021. En estas sentencias se impone la reserva prevista en la LRSU como un mínimo de obligado respeto en la ordenación urbanística, con independencia del tipo de suelo o del tipo de planeamiento que son materias propias de la legislación autonómica, pero que deben respetar las previsiones de la Ley estatal.



Finalmente, hizo una referencia a la denostada sanción de nulidad de los PGOU por vicios en el procedimiento de aprobación. Se refirió a la cuestión de su naturaleza reglamentaria, al movimiento doctrinal que propugna un cambio en el régimen de nulidad, a las matizaciones y ponderaciones que va introduciendo el Supremo, dentro de los corsés legales de obligado cumplimiento.

Así, citó las recientes STS 569/20 y la 1084/21 PGOU Chiclana, para terminar reconociendo la dificultad práctica que generan estas sentencias, y los intentos de la curia por limitar los efectos anulatorios, cuando es posible, por la vía de su estimación parcial, o por medio de sentencias abiertas (aquellas que posponen los efectos anulatorios del fallo, condicionándolo a un plazo o al dictado de una nueva regulación, se pueden traer como ejemplos las STS de 22.04.14, y la STJUE asunto Borealis C-191/14 y acumulados).

Segunda ponencia: LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.

Carmen González Carrasco, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

La ponente hizo referencia al origen de la reforma en la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España en abril de 2008. Con especial atención a lo dispuesto en el artículo 12 que atribuye a las personas con discapacidad la misma capacidad jurídica que a las personas "capaces" (en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida).



Ese reconocimiento afecta a la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La Ley suprime las tutelas, salvo para los menores no sometidos a patria potestad, y diseña un sistema de apoyos en el que prestar especial atención a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

La Ley 8/2021 objeto de estudio modifica el código civil, pero también la Ley del notariado, la Ley hipotecaria, la Ley de enjuiciamiento civil, la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley del Registro civil, la Ley de Jurisdicción voluntaria, y el código de comercio.

Insistió mucho en la paradoja de Lampedusa, de que todo cambie para que todo siga igual, sobre la base de la STS 589/2021 de 8 de septiembre de 2021, en un supuesto de una persona con el síndrome de Diógenes al que se imponen unas medidas de apoyo en su beneficio, y en contra de su voluntad.

ÚLTIMA HORA: Aunque de fecha anterior, no se conocía el día de la jornada la STS 706/2021 (19.10.21) en un procedimiento de fijación judicial de apoyos a personas con discapacidad. En esta sentencia se da total preferencia a la voluntad expresada por la persona con discapacidad sin que existan motivos para desvincularse de esta elección (vgr. FJ 4).

Tercera ponencia: LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.

D.Javier Sánchez Caro, Abogado, profesor honorario de la Escuela Nacional de Sanidad y Académico correspondiente de la Academia Nacional de Medicina.

Hizo un repaso a consideraciones ético-filosóficas, expuso los modelos horizontal y vertical, en uno el paciente decide, en otro obedece lo que "manda" el



médico. Explicó que la LORE trata de evitar el turismo de eutanasia con los requisitos que impone.

Dijo que ya hay un documento de consenso del CISNS sobre el ejercicio del nuevo derecho, en el que se trata de resolver todos los problemas prácticos.

Planteó que los derechos fundamentales no son absolutos; ni siquiera el derecho a la vida, si se convierte en un deber de estar vivo.

Ejemplificó la situación de encarnizamiento terapéutico, de furor técnico, relacionados con supuestos de alargamiento de la vida con soportes vitales.

Expuso las posiciones de derecho comparado, con particular atención a la situación creada en Alemania con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVG) de 26.02.2020 2BvR 2347/15 que declara inconstitucional penalizar la asistencia al suicidio, por contradecir el derecho de autodeterminación autónoma.

Y en Italia con la Sentencia de la Corte Constitucional número 242/2019 del caso Fabiano Antoniani (DJ Fabo). De la que criticó la "paradoja de la máquina", ejemplificando con el caso de Ramón Sampederro, ya que la solución italiana hace depender el derecho de la interposición de máquinas que alarguen la vida, pero descarta casos similares si no media una máquina.

Trató brevemente del problema de la objeción de conciencia, y las diferencias con el caso del aborto, y de la negación de asistencia médica. Dijo que la configuración de este derecho sigue pendiente en España, que el Tribunal Constitucional ha tenido una doctrina errática y poco clara, pero que la aplicación de la LORE no está planteando problemas de objeción.

Ignacio Serrano Blanco
Letrado de la Comunidad de La Rioja



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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



CONSULTAS PRELIMINARES PARA UNA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA, EFICIENTE Y RESPONSABLE

D^a Victoria Barbi Martínez

Secretaria General Interventora del Consorcio de
Aguas y Residuos de La Rioja

Resumen: El concepto consultas preliminares del mercado o al mercado "Meet the market", al objeto de entablar unas relaciones regulares y transparentes con proveedores y agentes involucrados para obtener los mejores resultados pretendidos por la contratación pública y alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020, se introduce expresamente en la Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014. Pero la experiencia en estas prácticas ha sido, aunque velada, una constante en el funcionamiento operativo de las organizaciones públicas en España, al igual que en otros países europeos y americanos. La práctica era una realidad y la normalización a través de la regulación una necesidad. Los riesgos que entrañan de captura del órgano contratante y la contravención de los principios fundamentales del derecho originario de la UE son elevados. No obstante, eficiencia en el gasto público, facilitar la participación de los operadores económicos, especialmente las pequeñas y medianas empresas, dotar



al sistema de mayor seguridad jurídica, y permitir a los poderes adjudicadores elegir la opción más innovadora, social o ecológica, son en último término las posibilidades que el uso de este método posibilita.

Abstract: The concept of preliminary consultations of the market or the "Meet the market" market, in order to establish regular and transparent relations with suppliers and agents involved to obtain the best results sought by public procurement and achieve the objectives of the Europe 2020 Strategy, expressly introduced in Directives 2014/23 / EU and 2014/24 / EU of February 26, 2014. But the experience in these practices has been, although veiled, a constant in the operational functioning of public organizations in Spain, as well than in other European and American countries. The practice was a reality and the normalization through regulation a necessity. The risks involved in capturing the contracting authority and the violation of the fundamental principles of the law originating in the EU are high. However, efficiency in public spending, facilitating the participation of economic operators, especially small and medium-sized enterprises, providing the system with greater legal certainty, and allowing contracting authorities to choose the most innovative, social or ecological option, are in Finally, the possibilities that the use of this method makes possible.

Palabras clave: contratación pública, consultas preliminares, mercado, asesoramiento, colusión, integridad, transparencia, concurrencia, competencia, innovación, responsable, coste eficacia.

Key words: public procurement, preliminary consultations, market, advice, collusion, integrity, transparency, concurrency, competition, innovation, responsibility, cost effectiveness.



SUMARIO:

1.INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES PREVIAS.

2. RÉGIMEN JURÍDICO.

2.1. Marco normativo europeo origen de las denominadas Consultas Preliminares al mercado.

2.1.1. Directivas europeas anteriores a las actualmente vigentes.

2.1.2 Criterios interpretativos que emanan de las Directivas anteriores a las vigentes, y continúan activos y plenamente aplicables.

2.1.3. Consultas preliminares en las actuales Directivas y sus efectos en el ámbito de la contratación pública. Principios inspiradores. Documentos europeos de interés.

2.2. Regulación de las consultas preliminares en la legislación española. Doctrina administrativa emitida en la materia.

2.2.1. La nueva Ley de Contratos del Sector Público.

2.2.2. Doctrina administrativista emitida en la materia.

2.3 Consultas preliminares y otras formas de participación en fases preparatorias del contrato en la legislación autonómica.

2.4. Experiencias del exterior.

2.5. Guías metodológicas. Análisis de sus aspectos claves a implementar en los diferentes contratos administrativos. Normalización metodológica. Publicidad de las mismas.



3. ANÁLISIS DE PROCEDIMIENTOS QUE LAS DETERMINAN. ASPECTOS A TENER EN CUENTA.

3.1 Principios en juego. Aceptación expresa de los mismos por los participantes en las Consultas Preliminares. Publicidad en el Perfil del Contratante.

3.2 Ámbito objetivo. Delimitación del objeto del contrato para adecuarlo a la oferta existente o potencialmente posible.

3.3 Ámbito subjetivo. Agentes involucrados. Terceros potencialmente participantes.

3.4 Medios a utilizar: encuestas, análisis de mercado, consultas, foros y asesoramiento.

3.5 Definición de las especificaciones técnicas versus colusión.

3.6 Cláusulas de confidencialidad.

3.7 Procedimiento de las Consultas.

3.9 Análisis de riesgos y medidas a adoptar en las consultas preliminares del mercado

4. ANÁLISIS SISTEMÁTICO SOBRE LA CASUÍSTICA DE LAS CONSULTAS REALIZADAS. CATÁLOGO PRÁCTICO.

4.1. Innovación

4.2. Ámbito sanitario y tecnológico.

4.3. Otros contratos complejos. Ciclo integral del agua, gestión de residuos sólidos, transporte público de viajeros, mercados, instalaciones deportivas...

4.4. Coste de los servicios, coste del ciclo de vida, presupuesto Base de licitación

4.5. Contratos de exclusividad técnica

4.6. Otros contratos con falta de licitadores



4.7. Mercadillo de consultas preliminares en diversos contratos

5. CONSIDERACIONES FINALES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

BIBLIOGRAFÍA

1 INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Conceptuamos las consultas preliminares del mercado, como herramientas, técnicas o instrumentos que conforman un "*conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben*"¹ para testar el mercado buscando la solución más eficiente. Estas consultas del mercado o al mercado se han producido tradicionalmente dentro de las relaciones informales que se mantenían con determinados agentes económicos, muchas veces cercanos al órgano de contratación, por lo que su plasmación en el articulado de nuestra vigente ley de contratos, derivado directamente de la aplicación de las Directivas comunitarias, supone un paso adelante en cuanto a la necesaria normalización de su uso para el beneficio y con la necesaria cooperación de todos los agentes participantes.

La casuística o tipos contractuales que han llevado a plantear las consultas son variados, si bien se puede agrupar en bloques homogéneos cuya problemática es similar. Pero no se puede perder de vista el problema que quiere resolverse con las mismas, evitar los desperdicios típicos de la preparación de contratos que quedan desiertos, con pocos licitadores, propensos a los modificados, conflictos en la ejecución, obtención de obras, suministros y servicios inservibles, etc., y por

¹ Vid. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES. Recursos nº 989/2017 C.A. Principado de Asturias nº55 Resolución nº 1093/2017.



supuesto, los conflictos de interés o la posición privilegiada de un contratista que impone su aparente exclusividad ante la pasividad o falta de conocimiento de las unidades proponentes.

Las oportunidades y fortalezas de estas herramientas son claras por las ventajas que se deducen frente a los métodos tradicionales, ya que posibilitan confeccionar la contratación pública para que los poderes adjudicadores elijan la opción más innovadora, social o ecológica, dentro de una estrategia más amplia, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), garantizando un uso más eficiente de los fondos públicos.

En definitiva, y sin perjuicio de los aspectos positivos que conlleva un mayor conocimiento del mercado, que en algunos sectores resulta obligado, las consultas acarrear ciertos riesgos, derivados, entre otros, de la posible captura del órgano contratante y de la vulneración de los principios clásicos y fundamentales de la contratación pública europea, igualdad de acceso a licitaciones, no discriminación y falseamiento de la competencia, entre otros. Por último, no podemos olvidar la diversidad de entes que conforman el sector público en España, y la realidad de los mismos, siendo común la falta de personal y escasa cualificación en áreas técnicas del personal al servicio de los órganos de contratación, que hace que su aplicación se prevea desigual, aunque la problemática que subyace sea la misma para todos ellos. Para clarificar las posibilidades de uso de estas herramientas, es necesario en primer lugar abordar el régimen jurídico de las consultas preliminares y su aplicación práctica durante este año de vigencia de la ley, e incidir en el estudio de los considerandos y artículos de las directivas comunitarias, tanto de la actual como de la anterior ya derogada de la que trae



causa, sin olvidar sus precedentes, que permiten conocer el itinerario y voluntad del legislador europeo hasta su plasmación por el legislador nacional en nuestra Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en adelante LCSP.

El análisis de la Ley vigente y la normativa autonómica que se ha dictado sobre la materia, así como experiencias del exterior, son necesarios también para conocer los objetivos, y esencia de esta realidad que pretende mejorar la eficacia y transparencia en la contratación pública. No hay que dejar de nombrar a las instrucciones internas, guías, recomendaciones y otros documentos que se han elaborado para intentar sistematizar su uso, en garantía y defensa de los principios básicos de la contratación pública, entre otros, integridad, transparencia e igualdad de trato.

Tras el análisis del régimen jurídico abordaré aquellos aspectos que se deben tener en cuenta a la hora de diseñar y elaborar una en particular, ámbito objetivo, subjetivo, aceptación de los principios en juego, medios a utilizar, cláusulas de confidencialidad, entre otras cuestiones. En definitiva, aspectos claves que determinarán el éxito de su diseño e implementación con el fin último de evitar los riesgos que entrañan su uso. El estudio sistemático sobre la casuística de las que se están llevando a cabo, a modo de catálogo práctico, nos permitirá conocer las experiencias que se han venido realizando por diferentes administraciones, unidas en un principio a compra pública innovadora, y aquellos sectores donde se está produciendo la normalización de su uso. La dificultad de definición en la mayoría de contratos de conceptos que la LCSP acuña, y que deben ser incorporados a los pliegos que las rigen, así como la



propia voluntad del órgano de contratación de tender hacia una administración social y medioambientalmente responsable potencian su uso.

2 RÉGIMEN JURÍDICO.

2.1 Marco normativo europeo origen de las denominadas Consultas Preliminares al mercado

2.1.1 Directivas europeas anteriores a las actualmente vigentes

El 26 de febrero de 2014 se aprobaron las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, (en adelante Directiva 2014/24/UE), y 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (en adelante 2014/25/UE), configurando un nuevo marco normativo que pretende incrementar la eficiencia del gasto público, y que introduce una serie de medidas para facilitar la participación de los operadores económicos, especialmente las pequeñas y medianas empresas (PYME), en todas las fases de la contratación pública, a la vez que dotan al sistema de mayor seguridad jurídica fruto de una consolidada jurisprudencia europea previa. La normativa anterior recogía la necesidad de garantizar un proceso de licitación competitivo que se celebre de forma objetiva, transparente y abierta con el fin de lograr una relación contractual con un grado óptimo de coste- calidad. Este objetivo derivaba de los propios principios del Tratado de la UE, principios fundamentales que se deben observar para licitar un contrato público: no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, libre



prestación de servicios y establecimiento libre de licitadores.

Así ya las **Directivas 97/52/CE²**, y **98/4/CE³**, después de las modificaciones producidas tras la celebración, por la Comunidad Europea, del Acuerdo sobre contratación pública en el marco de la Organización Mundial del Comercio⁴ recogen la obligación de no recabar ni aceptar de una empresa con interés comercial en el contrato, asesoramiento susceptible de ser utilizado en la preparación de especificaciones del mismo, si así se excluye la competencia⁵.

Estas Directivas abrieron a la competencia la adjudicación de los contratos públicos en la Comunidad, coordinando a la vez sus procedimientos de adjudicación. Los objetivos principales de estas Directivas son, entre otros, asegurar que la adjudicación de los contratos públicos, tanto en general como en sectores específicos, se desarrolle, por una parte, de

² Directiva 97/52/CE, por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente.

³ Directiva 98/4/CE, por la que se modifica la Directiva 93/38/CEE del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

⁴ Anejo a la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1);

⁵ Artículo VI, apartado 4 Directiva 98/4/CE.



forma transparente y, por otra, respetando la libre competencia.

En iguales términos, el artículo VI, apartado 4, del Acuerdo sobre contratación pública⁶, relativo a las especificidades técnicas dispone que las entidades no recabarán ni aceptarán de una empresa que pueda tener un interés comercial en el contrato, asesoramiento susceptible de ser utilizado en la preparación de especificaciones respecto de un contrato determinado, de forma tal que su efecto sea excluir la competencia.

Tanto la **Directiva 92/50⁷, como la 93/36⁸ y 93/37⁹** introducen artículos específicos en los que se insta a las entidades y poderes adjudicadores a velar por que no se cometa ninguna discriminación entre los diferentes prestadores de servicios, proveedores o contratistas – en la diferente denominación aportada por cada una de ellas-, límites que deben respetar las consultas y asesoramiento realizado en fases previas a la celebración del contrato.

⁶ Acuerdo sobre contratación pública BOE núm. 20 de 24 de enero de 1995. El texto de este Acuerdo ha sido publicado en el "Instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública". Marrakech 15 de abril de 1994.

⁷ Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en particular su artículo 3, apartado 2

⁸ Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, en su versión modificada por la Directiva 97/52, en particular su artículo 5, apartado 7,

⁹ Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 97/52, en particular su artículo 6, apartado 6



Más significativo y clarificador si cabe, en cuanto a la materia que nos toca, asesoramiento y consulta a los operadores económicos en fases de preparación del contrato, es lo señalado en el décimo Considerando de la Directiva 97/52, cuya redacción reproduce en términos sustancialmente idénticos el decimotercer Considerando de la Directiva 98/4, y que precisa:

«[...] los poderes adjudicadores podrán solicitar o aceptar asesoramiento que pueda ser utilizado para el establecimiento de las especificaciones correspondientes a un contrato determinado, siempre que dicho asesoramiento no impida la competencia».

Acercándonos a la normativa vigente, también el considerando 8 de la derogada **Directiva 2004/18/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, hacía referencia a esta posibilidad destacando que se podía acudir a la figura del “diálogo técnico” antes de iniciar un procedimiento de adjudicación de un contrato, solicitando o aceptando asesoramiento sobre el mismo, el cual se podrá utilizar para la elaboración del pliego de condiciones que han de regir la licitación siempre que se garantice que el principio de competencia no se viese perjudicado¹⁰.

Por su parte también se regula la posibilidad de consulta con los operadores económicos, aunque en referencia a un procedimiento diferente, en el artículo. 1. 11.c) al referirse a la figura del “diálogo competitivo”¹¹ y en su

¹⁰ Considerando 8 de la derogada Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004

¹¹ Artículo 1.11. c) Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 “El “diálogo competitivo” es un procedimiento en el que todo operador económico puede solicitar su participación y en el que el poder adjudicador dirige un diálogo con los candidatos admitidos a



apartado d) al definir los procedimientos negociados como aquellos en los que se posibilitaba la consulta de los poderes adjudicadores con los operadores económicos de su elección, uno o varios de ellos, para negociar las condiciones del contrato.

La transposición de la directiva reseñada de 2004 no incorporó el denominado "diálogo técnico", sí en cambio transpuso el "diálogo competitivo"¹², el cual ha tenido escaso éxito en su aplicación práctica. Figuras sustancialmente diferentes, aunque ambas tienen su origen en el mismo considerando número 8 de la Directiva transcrita.

Todos estos procedimientos amparan en cierta forma y diferente medida, la participación, asesoramiento y consulta de los diferentes operadores económicos en la preparación adecuada en los contratos pretendidos por los diferentes órganos de contratación, reconociendo la necesidad, en ciertos supuestos de dicha participación para lograr lo que por otros medios no sería posible.

La pretensión de incorporación de estos mecanismos ya apuntados en el 2004, ha sido un deseo de numerosos profesionales en la materia, eso sí para determinados contratos de prestaciones complejas y de difícil definición, que podrían delimitarse y planificarse adecuadamente consultando previamente a los posibles operadores interesados bajo unas normas establecidas. El respeto a los principios comunitarios que culminase en la garantía de la posterior concurrencia pública de

fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades, soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta."

12 MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO Y PLEITE GUADAMILLAS, FRANCISCO (2011): "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático", Editorial La Ley. Madrid, página 41. "Desarrollado en el art. 29, e incorporados de forma mimética por los arts. 163 a 167, respectivamente, de la LCSP."



cualquier interesado, y el desiderátum de optimizar los recursos públicos, tienen que ser las máximas que deben presidir estas actuaciones de relación entre los operadores privados y públicos. Precisamente ese deseo es el que se ha plasmado en el considerando número 40 y 41 de la Directiva 2014, y así se ha recogido en el articulado de la vigente ley de contratos artículo 115 con otras particularidades.

Aún diferente, todas estas fórmulas de participación en la planificación del contrato deben ir acompañados de procedimientos de transparencia, normalización y fiscalización posterior. La participación de las empresas que aporten asesoramiento previo, o hayan participado en cualquiera de las modalidades del procedimiento de la consulta, no debe comportar ningún privilegio respecto de cualquier otra empresa interesada, ni partir con ventaja, en aras a un respeto de los principios de eficacia, efectividad, igualdad, concurrencia y competitividad, contribuyendo a resolver el problema que se quiere acometer con la incorporación en las Directivas y en la Ley de contratos actual, de dichas cláusulas.

2.1.2 Criterios interpretativos que emanan de las Directivas anteriores a las vigentes, continúan activos y plenamente aplicables

No se planten dudas en torno a la posibilidad de participación en la planificación de la contratación pública de operadores externos y que estos accedan en igualdad de términos a los procedimientos de licitación convocados. Es conveniente recordar las conclusiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 3 de marzo de 2005 en los procedimientos entre FABRICOM SA Y ÉTAT BELGE, «Contratos públicos – Obras, suministros y servicios – Sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones – Prohibición de participar en un procedimiento o de presentar una oferta para cualquier persona que haya



contribuido al desarrollo de las obras, del suministro o de los servicios de que se trata» en los asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03. Reconoce el Tribunal europeo, que las Directivas, 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, y la Directiva 93/38/CEE¹³ se oponen a una norma conforme a la cual se prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de cualquier modalidad a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a la misma la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia. Asimismo, también la Directiva 89/665/CEE¹⁴, y la Directiva 92/13/CEE¹⁵ se oponen a que la entidad adjudicadora pueda, hasta el final del procedimiento de examen de las ofertas, denegar a la empresa vinculada a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de obras, suministros o servicios la participación en el procedimiento o la presentación de una oferta cuando, al ser preguntada al respecto por la

¹³Directiva 93/38/CEE sobre coordinación de los procedimientos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 98/4/CE

¹⁴ Directiva 89/665/CEE relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras.

¹⁵ Directiva 92/13/CEE relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones



entidad adjudicadora, dicha empresa afirma que no dispone por ello de una ventaja injustificada que pueda falsear las condiciones normales de la competencia.

De las conclusiones expuestas se puede observar que, sin duda, es una cuestión que, aunque lejos en el tiempo ha preocupado y sigue preocupando al legislador y jurisprudencia comunitaria. El fundamento 26 de la citada Sentencia afirma que, la esencia de las Directivas sobre contratos públicos es fundamentalmente el respeto al principio de igualdad de trato, y que, por tanto, su objeto es favorecer el desarrollo de una competencia efectiva y real en los sectores que están dentro de su ámbito de acción. Los criterios de adjudicación del contrato tienen que garantizar dicha competencia (sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p.I-7213, apartado 81 y la jurisprudencia que allí se cita).

Sus fundamentos siguientes recogen jurisprudencia constante sobre el citado principio que exige *“que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente (sentencias de 14 de diciembre de 2004, Arnold André, C-434/02, Rec. p. I-0000, apartado 68 y la jurisprudencia que allí se cita, y Swedish Match, C-210/03, Rec. p. I-0000, apartado 70 y la jurisprudencia que allí se cita).”*

Centrándome en el análisis de la participación de personas en trabajos preparatorios (aquellos que se han encargado de la investigación, de la experimentación, del estudio o desarrollo de obras, suministros o servicios relativos a un contrato público (en lo sucesivo, una «persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios»)- tal y como recoge explícitamente el fundamento 29- la sentencia argumenta que evidentemente no se encuentran en la misma posición



que una persona que no haya participado, por lo que puede verse favorecida a la hora de formular su oferta por la información que ha podido obtener en la realización de dichos trabajos preparatorios. Corresponde garantizar a los poderes adjudicadores que todos los licitadores gocen de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (en este sentido, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p I-2043, apartado 54).

Ambas situaciones pueden generar un conflicto de intereses, en el sentido de que, tal y como señala acertadamente la Comisión de las Comunidades Europeas, si aquel que ha intervenido en fases previas licita en el mismo contrato público, puede influir involuntariamente en las condiciones de éste, orientándolo en un sentido que le sea favorable. Esta situación podría falsear la competencia entre los licitadores, por lo que el principio de igualdad debe modularse. Pero esta circunstancia no debe significar la prohibición absoluta de participación en la licitación de aquellos participantes en las fases preparatorias, ya que una prohibición absoluta en tal sentido carece de justificación objetiva y es desproporcionada.

De los fundamentos de la misma se puede extraer que la clave para garantizar el principio de igualdad de trato, en consonancia con el resto de principios comunitarios, y en particular en nuestro momento, con los que cada Directiva ha potenciado, es arbitrar un procedimiento que permita evaluar en cada caso concreto si el hecho de realizar determinados trabajos preparatorios proporciona a la persona que los haya llevado a cabo una ventaja competitiva sobre los demás licitadores, pero dando por supuesto que dichas tareas preparatorias de colaboración con sectores privados que pueden optar a la licitación están legitimadas en la contratación europea. Y es precisamente la definición de este



procedimiento lo que se ha retomado en el articulado de la actual Directiva y en la LCSP.

En cuanto al ámbito subjetivo para delimitar las personas que pueden participar en las taras preparatorias, y su control, la sentencia indica que en las mencionadas Directivas no hay ningún elemento que permita interpretar que éstas se refieren únicamente, en lo que atañe a su aplicabilidad, a las empresas que participen o tengan intención de participar en la licitación de un contrato público, a las empresas privadas o que hayan realizado prestaciones a título oneroso, sin que suceda lo mismo con las empresas que no respondan a estas características y que también hayan llevado a cabo tales trabajos preparatorios en el mercado (independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional otros operadores).

Teniendo en cuenta el precedente análisis de la Sentencia referenciada, parece que la problemática y soluciones propuestas -interpretando los principios esenciales de los tratados fundacionales del a UE- son viejos conocidos para la jurisprudencia y el legislador comunitario ya que la participación de empresas y operadores públicos y privados en las tareas preparatorias de los contratos europeos ha sido constatada como práctica de funcionamiento. Una realidad que se ha querido obviar en la contratación pública española tanto por la falta de mecanismos establecidos para realizarlas, como cuando estos han existido (diálogo competitivo, asociación para la innovación...) por la propia reticencia del aplicador del derecho, ante la sospecha continua de prácticas ilícitas. Concluyo este apartado con las clarificadoras Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger presentadas el 11 de noviembre de 2004 en los Asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03 Fabricom SA contra État Belge, citados, que indica tajantemente que no existe en las Directivas disposiciones expresas sobre la



incapacidad de participar en los procedimientos de licitación de contratos públicos cuando se ha participado anteriormente en la planificación del correspondiente contrato público. Asimismo, afirma que no puede tener lugar discriminación alguna entre los licitadores, cualquiera que sea la etapa del procedimiento de adjudicación de un contrato público, en virtud de la aplicación de los principios generales en el ámbito de la adjudicación de los contratos públicos, como la libre competencia, la igualdad de trato y la no discriminación.

2.1.3 Consultas preliminares en las actuales Directivas y sus efectos en el ámbito de la contratación pública. Principios inspiradores. Documentos europeos de interés

Es la Directiva 2014/24/UE, la que incorpora junto a otras importantes medidas, la posibilidad de realizar consultas preliminares. No hay que dejar de recordar de nuevo los principios de la contratación en relación a la garantía y seguridad jurídica que se debe proporcionar a los posibles licitadores y que obligan a tratar a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, actuando de forma transparente y proporcionada. El respeto en todas las fases de la contratación a la presente Directiva debe garantizarse sin dar cabida a una posible exclusión de su aplicación ni a restringir artificialmente la competencia. Esta restricción se producirá cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos¹⁶.

La adjudicación de contratos públicos ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se

¹⁶ Artículo 18.1 Directiva 2014/24/UE



derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia ¹⁷.

Y todo ello para desempeñar un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador»¹⁸.

Las obligaciones de información del poder adjudicador a los licitadores derivan del propio principio de transparencia que debe guiar toda su actividad contractual y que comprende dos manifestaciones: información activa y acceso a la información¹⁹.

Tanto la transparencia como la competencia se colocan así en una posición destacada respecto al resto de principios, sólo una contratación pública transparente garantiza un mercado interior en funcionamiento real. Igualmente, la garantía del principio de competencia, es la que aporta seguridad jurídica para que los licitadores se coloquen en posición de igualdad y las licitaciones no queden falseadas. Son varios los artículos de las Directivas que recogen Medidas de transparencia, destacando especialmente los artículos 48-55, agrupados bajo la Sección 2, sobre «Publicación y transparencia», de la que puede resaltarse aquí el artículo 55, referido a la información a los candidatos y licitadores.

Precisamente estos dos principios son los que tienen que estar presentes en el diseño, puesta en práctica y posteriores actuaciones de los poderes adjudicadores

17 Considerando 1 Directiva 2014/24/UE.

18 Considerando 2 Directiva 2014/24/UE

19 VÁZQUEZ LACUNZA, ESTELA (2018): "Obligaciones de información del poder adjudicador a los licitadores" Contratación administrativa práctica: Revista De La Contratación Administrativa y de Los Contratistas, Nº. 158.



respecto a las consultas preliminares que pretendan realizar en fase de preparación de los contratos, y tal y como han sido diseñadas por el legislador en el artículo 115 de la LCSP, y en último término en busca de una contratación eficaz.

Pero ¿Qué son las consultas preliminares en el mercado, en nuestra actual normativa?

El concepto "consultas del mercado" se recoge por primera vez ²⁰ en el artículo 40 de la vigente Directiva europea, dentro del apartado que regula las normas aplicables a los contratos públicos, y más concretamente en los artículos referentes a las actuaciones preparatorias que desarrollan el procedimiento. Son de vital importancia las actuaciones preparatorias para que el proceso contractual culmine con éxito, tanto desde el punto de vista del coste eficacia de la necesidad que se persigue contratar, como del momento posterior de ejecución del contrato y la problemática que puede ocasionar.

Así se configuran en el actual marco normativo como una herramienta a utilizar potestativamente por los poderes

²⁰ La Directiva 2014/24/UE recoge en el TÍTULO II "Normas Aplicables a los Contratos Públicos", capítulo III "Desarrollo del procedimiento" Sección 1 "Preparación" en su artículo 40 por primera vez este concepto con el tenor literal siguiente: "Antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación. Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia."



adjudicadores para preparar un concreto procedimiento contractual, o para exponer públicamente las futuras licitaciones y requisitos de sus programas de contratación. Consisten tanto en la solicitud como en la aceptación de asesoramiento de expertos, autoridades independientes o de participantes en el mercado, siempre que se respeten los principios de no discriminación y transparencia. La defensa de la competencia es la espada de Damocles que servirá para graduar la sujeción a la legalidad vigente de esta herramienta jurídica.

El término consulta, según el Diccionario de la Real Academia Española, se refiere a la acción y efecto de consultar, al parecer o dictamen que por escrito o de palabra se pide o se da acerca de algo o a la conferencia entre profesionales para resolver algo.

Otros significados asociados al término son la petición de información, opinión o consejo sobre una materia determinada, y la búsqueda de información en una fuente de documentación para aprender una cosa o para aclarar una duda.

Dichos significados pueden aplicarse al referido artículo 40, es consulta tanto la petición de información, opinión o consejo sobre una determinada contratación que se pretenda realizar y sobre la que existe duda o desconocimiento, al mercado, como la búsqueda de información por la entidad adjudicadora, en una fuente de documentación, para definir determinados aspectos sobre los que no se tenía suficientes conocimientos previos. Ambos son útiles en sectores donde la especialidad es muy importante, nuevas tecnologías, sanidad, que junto con la falta de experiencia y especialización (la mayoría del mundo del derecho, y pocos economistas, ingenieros, etc) de los gestores administrativos hacen necesarios que se compartan conocimientos con otros agentes que están habituados a ello.



El proceso de consultas no sólo está dirigido a preparar la licitación, asimismo se pretende informar a los operadores económicos de los planes y requisitos de contratación, en esta última fase no existe "feed back" o retroalimentación, sólo la administración en una dirección comunica sus planes de contratación. Es una medida más de publicidad y transparencia, que como principios transversales se han alojado en todas las fases del proceso contractual en nuestra reciente normativa. Analizando los sujetos a quien se puede consultar, el artículo plasma un abanico de entidades, tanto expertos como autoridades independientes, pero también las empresas participantes en el mercado. Ya he señalado como las viejas Directivas europeas y la jurisprudencia comunitaria están más acostumbradas a la participación de todas estas entidades en las fases previas de la licitación. No solo las empresas privadas, si no las públicas y otros entes que en apariencia pueden no estar afectados por intereses particulares, pueden participar si dicho interés puede ser utilizado por la administración, garante del interés general, para defender este último. El límite de todas ellas la vulneración de los derechos fundamentales clásicos europeos, igualdad, competencia, no discriminación y transparencia. Por su parte el Artículo 41 "Participación previa de candidatos o licitadores" complementa al anteriormente significado, y obliga a implementar medidas adecuadas para que no se produzca el falseamiento de la competencia²¹.

²¹ Artículo 41 Directiva 2014/24/UE, en los siguientes términos: "Cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al poder adjudicador, sea o no en el contexto del artículo 40, o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, el poder adjudicador tomará



El término “adecuadas” para definir las medidas a adoptar para no falsear la competencia, si bien es impreciso, deja un amplio margen al legislador estatal para definir cuáles son las que se consideran más convenientes por cada poder adjudicador y en cada territorio, y así adaptarse a las particularidades, capacidades y defectos más habituales que en los Tribunales contractuales han aflorado y que se pretenden corregir.

No obstante, el artículo obliga a incluir la comunicación a los demás candidatos de la información intercambiada en la participación del mismo, tanto en la preparación del procedimiento o como resultado de ella, de nuevo publicidad y transparencia como garantía de prácticas colusorias y/o corruptas. Incluye también la obligatoriedad de que los plazos establecidos sean adecuados para la preparación de las ofertas y su presentación por los potenciales licitadores, haya o no hayan participado en el proceso previo. El haber participado en un proceso de consulta no puede generar ventaja competitiva alguna, y un estudio previo de la

las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia.

Estas medidas incluirán la comunicación a los demás candidatos y licitadores de la información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas. El candidato o el licitador en cuestión solo será excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

Antes de proceder a dicha exclusión, se dará a los candidatos o licitadores la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no puede falsear la competencia. Las medidas adoptadas se consignarán en el informe específico previsto en el artículo 84.”



pretensión del órgano contratante puede dar lugar muy posiblemente a una disminución de los plazos necesarios para preparar una oferta de calidad y enfocada a cumplir los objetivos del poder adjudicador, ya que el estudio de las necesidades y su viabilidad es el punto de partida de una oferta de calidad.

Aspecto importante y con el que cierra el artículo es la remisión a la necesidad de que las medidas adoptadas se consignen en un Informe específico previsto en el artículo 84 y documentado, que obliga a incluir por escrito, sobre cada contrato al menos determinada información que se reseña y que permite conocer la voluntad y decisiones del órgano de contratación en cada fase del procedimiento de contratación, en este ámbito la documentación relativa a las comunicaciones con los operadores económicos y las deliberaciones internas, junto del resto de documentación que conforma la preparación de los pliegos de la contratación

El legislador europeo ha dejado amplio margen para diseñar las medidas que pretendan asegurar el respeto de los principios de publicidad, y por tanto transparencia y del propio principio de competencia junto con el de igualdad, y que pueden llegar incluso hasta la posibilidad de exclusión de algún participante si se demuestra que su participación vulnera los citados principios, en particular el de igualdad de trato, pero siempre interpretado de forma restrictiva (si no existiese otro medio de garantizar dicho principio) y arbitrando trámites (audiencia) que posibiliten garantía de defensa del candidato sospechoso de falsear la competencia.

En este sentido la misma Directiva²² lleva a considerar causa de exclusión aquellos comportamientos fraudulentos en los que los operadores económicos intenten influir en el proceso de toma de decisiones, obtener información confidencial que le confiera ventajas

²² Artículo 57.4.i) Directiva 24/2014 UE.



o activamente proporcionar información engañosa para influir de manera significativa en las decisiones relativas tanto a la exclusión, selección o adjudicación.

Fundamental parece también conocer qué tipo de información ha sido proporcionada por cada agente para garantizar si dicha información ha sido utilizada en el proceso de adjudicación de una forma ilícita, garantizando igualmente en consonancia con las conclusiones expuestas de la Sentencia Fabricom, que pueda ser impugnadas aquellas prácticas ilegales. Solamente desde el conocimiento pueden llegarse a defenderse a través del recurso los intereses particulares que se sienten conculcados. Asimismo, y en relación con la garantía de defensa, la propia Sentencia referenciada incide significativamente en la necesidad de habilitar fórmulas de recurso en fases previas a la adjudicación, cuando las empresas vinculada a prácticas ilícitas si son excluidas puedan ejercer su derecho a la defensa a través del oportuno recurso que le permita la anulación de la decisión de exclusión cuando se cumplan los requisitos correspondientes.

Los artículos referenciados, deben tenerse presentes a la luz de sus efectos en nuestro ordenamiento jurídico. A este respecto se constata que el artículo 40 reseñado tiene efecto directo al ser claro, preciso e incondicionado (el carácter potestativo de la consulta no se refiere a los Estados miembros, sino a cada uno de los poderes adjudicadores)²³. Los poderes adjudicadores podrán, y así lo han hecho, en consecuencia, acudir a esta técnica y en dichos términos, para planificar adecuadamente la

²³Tribunales administrativos de contratación pública en el documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016: "Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público".



licitación, ya desde la entrada en vigor de la Directiva referenciada.

No hay que olvidar que el efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Van Gend en Loos del 5 de febrero de 1963. En esta sentencia, el Tribunal declara que el Derecho europeo no solo genera obligaciones para los países de la UE, sino también derechos para los particulares. En consecuencia, los particulares pueden alegar estos derechos e invocar directamente normas europeas ante las jurisdicciones nacionales y europeas. Por lo tanto, no es necesario que el país de la UE recoja la norma europea en cuestión en su ordenamiento jurídico interno, o si lo recoge, en todo caso, supondrá que deberá limitarse y definirse bajo una lectura adecuada de lo dispuesto por la normativa europea. Este efecto directo únicamente afecta a determinados actos europeos con determinadas características que los artículos referenciados relativos a las consultas preliminares poseen²⁴.

También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, analizó, los "efectos" de las directivas de contratación pública una vez finalizado el plazo de transposición, en el Informe 17/2015, de 3 de diciembre- como también, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente), en su Informe 1/2016, de 6 de abril, remitiéndose a otro Informe 19/2014, de 17 de diciembre, si bien

²⁴ Ver el interesante y educativo trabajo de GIMENO FELIÚ, D. JOSÉ MARÍA (2016) "El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado y Navarra" Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) WP nº 30. Universidad Complutense Facultad de Derecho, Madrid.



específicamente en relación con la aplicabilidad de sus previsiones con incidencia en materia de pymes.

No solo las consultas preliminares se recogen en la Directiva 2014/24/UE estudiada, también la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, las regula en su artículo 58, como un mecanismo a utilizar en fase de preparación de los expedientes de contratación. Tales consultas se configuran igualmente como un instrumento apropiado para que las entidades contratantes, (a fin de garantizar la apertura a la competencia en estos sectores cuya característica principal es el carácter cerrado de los mercados en que operan), puedan obtener la información necesaria para configurar una futura licitación en estos sectores, así como informar a los operadores económicos acerca de sus planes y requisitos de contratación. En similares términos al artículo 40 de la Directiva 24/2014/UE, el mencionado artículo 58 establece²⁵ el reconocimiento y procedencia de las consultas preliminares para su aplicación a estos sectores.

Se encontraba en fase de tramitación parlamentaria la legislación nacional a través de la que se incorporaría al

²⁵ Artículo 58 Directiva 2014/25/UE “Antes de iniciar un procedimiento de contratación, las entidades adjudicadoras podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y requisitos de contratación”. Para ello, las entidades adjudicadoras podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a infracciones de los principios de no discriminación y transparencia”.



ordenamiento jurídico español la citada Directiva 2014/25/UE, si bien ha quedado caducada el 5 de marzo de 2019, tras la publicación del Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones. El Proyecto de Ley que lo regulaba había sido presentado el 25 de noviembre de 2016, al mismo tiempo que se presentó el Proyecto de LCSP, por lo que ha supuesto un grave incumplimiento español del derecho de la UE por la falta de trasposición de la directiva de contratos públicos en los sectores especiales ²⁶No obstante, dado que la LCSP, que regula en idénticos términos a los indicados en el párrafo anterior este tipo de consultas, estableciendo las líneas definidoras del procedimiento a desarrollar para su realización con sometimiento a los principios que inspiran la regulación de la Unión Europea sobre la materia, numerosas administraciones están utilizando para la realización de consultas en estos sectores, procedimientos análogos al que recoge el artículo 115 de Ley 9/2017.

Como corolario, y en síntesis realizaré unas breves conclusiones al propio contenido de los artículos citados (en similares términos la mayor parte de la doctrina que ha analizado la materia²⁷):

²⁶ MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2019): "Grave incumplimiento español del derecho de la UE por la falta de trasposición de la directiva de contratos públicos en los sectores especiales". Observatorio español de Contratación Pública

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.495/reلمenu.3/chk.c3df68dccccd123259287579f11b14f71>. Consultado 29/04/2019

²⁷ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): "Consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las «compras públicas inteligentes»". Revista española de Derecho Administrativo nº 191 Abril - Junio 2018, páginas 77-106.



- Nos encontramos ante una herramienta potestativa para el órgano de contratación, que se articula en fase preparatoria de la licitación.
- Su uso no está vinculada al desarrollo de ningún procedimiento de adjudicación en particular, si bien es incuestionable su utilización para compras públicas innovadoras; la pretensión de utilización abarca a todo tipo de contratos, será los operadores jurídicos los que determinarán las ventajas e inconvenientes de su utilización en el supuesto concreto.
- Tiene dos objetivos, la preparación del concreto procedimiento contractual para el que se usa; y publicitar los programas de contratación diseñados o a diseñar por los poderes adjudicadores, así como sus requisitos.
- El ámbito subjetivo de las consultas abarcan tanto el asesoramiento a los poderes adjudicadores que puede provenir de distintas instancias: expertos, autoridades independientes, operadores del mercado, con intereses particulares o generales en juego; como la consulta en el procedimiento establecido.
- El legislador europeo ha dejado amplio margen para diseñar las medidas que en todo caso deben respetar los principios de publicidad, y por tanto transparencia y los principios de competencia junto con el de igualdad
- Son revisables por los Tribunales.

No quiero terminar sin aludir a las referencias que se hacen a las consultas preliminares al mercado en determinados documentos europeos que ayudan a comprender su filosofía, y su posible utilización.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones los líderes de la Europa del mañana: la Iniciativa sobre las empresas emergentes y en expansión {SWD(2016) 373 final} Estrasburgo, 22.11.2016 COM(2016) 733 final, las consideran junto con las asociaciones para la innovación como dos



potentes medios para que las empresas emergentes y en expansión presenten sus productos innovadores responsables de la contratación pública, lo que facilitaría que estas empresas ganaran contratos públicos. Recuerdan que los contratos públicos pueden ayudar a las actividades de expansión, ya que la contratación pública con un mercado con un valor de 2 billones EUR en el momento del estudio, representa un gran potencial de crecimiento para dichas empresas que no obtienen una cuota representativa de los contratos públicos proporcional a su peso en la economía. Consideran que para mejorar la captación de empresas emergentes y en expansión es necesario un mayor apoyo a las autoridades contratantes para que utilicen las oportunidades de mercado y las herramientas modernas de contratación.

La "Guía para autoridades públicas sobre la contratación pública de innovación" (cuyo título original en inglés es "Guidance for public authorities on Public Procurement of Innovation" y cuyo autor es Abby Semple, Public Procurement Analysis) que se asienta sobre la colaboración estrecha entre el empresario y la entidad pública contratante, puesto que comparten la mayor parte de la definición de la solución innovadora para atender la necesidad pública que necesita cubrirse, y comparten también los costes, riesgos y beneficios del resultado de la innovación²⁸, destaca la posibilidad de realizar consultas preliminares del mercado y la contratación precomercial (CPC) para posibilitar la compra pública de innovación y recoge en tres pasos que

²⁸ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL (2015): "Guía europea para autoridades públicas sobre la contratación pública de innovación" Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.209/reلمenu.3/chk.da1a01f3d21f2fc5096ec82725c7df49->. Consultado 30/05/2019



luego detalla, y a los que me remito, los hitos de realización de una consulta preliminar, que a continuación resumo:

1. Decisión el ámbito de la consulta, mediante una investigación inicial y evaluación de necesidades de áreas y de usuarios, así como las innovaciones potenciales necesarias para satisfacerlas. Búsqueda de información complementaria y análisis de mercado para determinar a qué niveles debe dirigirse.

2. Elección del formato y el plan, con intención de implicar a los proveedores/interesados identificados, para lo que se valorará la utilización de diferentes medios de realización de tales consultas (cuestionario o encuesta, formularios escritos, entrevistas presenciales, reuniones telefónicas u online, jornadas y presentaciones de proveedores, etc). Se indicarán con claridad los plazos y los recursos necesarios para que la consulta funcione, a la que se unirá los documentos informativos que se pretendan realizar.

3. Consulta y obtención de la información. Este paso se corresponde con la parte externa de la consulta, en la que se debe publicitar un anuncio de información previa, igualmente difundir la información en webs de interés de la industria, pudiéndose incluso notificar directamente a los proveedores siempre que sea posible. Se archivarán los posibles contactos, y se preparará un resumen de los resultados y de sus implicaciones para el procedimiento de contratación. Se garantizará la confidencialidad de cualquier información facilitada por los participantes, tomándose medidas para evitar distorsiones de la competencia.

Es la fase preparatoria de los contratos de tal importancia que es posible afirmar que los errores frecuentes, de mayor gravedad y posiblemente más costosos son aquellos que surgen de una planificación inadecuada. El respeto de los principios generales de la contratación debe ser garantizado en todas las fases de



la vida de los contratos, pero es en esta fase dónde pueden verse más fácilmente conculcados si ponemos el punto de atención en el principio de igualdad y competencia²⁹.

2.2 Regulación de las consultas preliminares en la legislación española. Doctrina administrativa emitida en la materia

2.2.1 La nueva Ley de Contratos del Sector Público

Hay que llegar a nuestra actual ley de contratos³⁰, LCSP, para encontrar una regulación expresa y un intento de normalización en la materia, con la pretensión de lograr unos objetivos más ambiciosos que los recogidos en las anteriores leyes de contratos, y que ya se determinan en su preámbulo, lograr una mayor transparencia y una mejor relación calidad-precio. Estas medidas contribuirán junto con otras, como el diseño de los criterios de adjudicación, a obtener obras, suministros y servicios de gran calidad. La inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato como criterios de

²⁹ Servicios de la Comisión en Colaboración con el Banco Europeo de Inversiones (2015): "Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeo" Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

³⁰ El precedente inmediato de la actual regulación puede encontrarse en el 56 del TRLCSP de manera escueta, pero en esencia con la misma filosofía impuesta en las Directivas comunitarias de aplicación. Eso sí, no se establecía una metodología ni un procedimiento que normalizase la participación de empresas en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, aunque sí reconocía la existencia de dichas prácticas. El respeto al principio de libertad de concurrencia, evitando el trato privilegiado era el límite a dicha participación.



adjudicación son uno de los caminos utilizados para su consecución.

Transparencia que como hemos visto unida al principio de publicidad y la consecución de una mejor relación calidad precio, son unas premisas que deben guiar la operativa de preparación de los contratos que se pretendan³¹.

Es en el artículo 115 donde el legislador estatal ha traspuesto el considerando 40 de la Directiva 2014/24/UE, artículo aplicable a las Administraciones Públicas. Igualmente, si se trata de un poder adjudicador no Administración pública, atendiendo al artículo 317, para los contratos sometidos a regulación armonizada (SARA) acudiremos al procedimiento del artículo 115, cual Administración. En cambio, si estamos ante un contrato no SARA no será necesario³², sin perjuicio de que los considerandos de las Directivas deban inspirar su uso.

El legislador prevé expresamente la posibilidad de realizar tanto estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos para preparar correctamente la licitación, como informar a los operadores económicos acerca de sus planes y requisitos para concurrir al procedimiento pretendido (doble vía al igual que el artículo 40 de la Directiva estudiada). Alude expresamente a la posibilidad de asesoramiento de terceros entre los que cita a expertos o autoridades

³¹ Servicios de la Comisión en Colaboración con el Banco Europeo de Inversiones (2015): "Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeo" Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

³² VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER FCO. (2019): "Consultas preliminares desde la óptica de los poderes adjudicadores y las empresas" Contratación Administrativa Práctica Nº 162, julio-agosto 2019.



independientes, colegios profesionales, dejando en último término y con carácter excepcional a operadores económicos activos en el mercado.

De la redacción de la Ley se desprende que las consultas pueden realizarse con carácter potestativo, eligiendo el órgano de contratación la utilización de una o varias herramientas o medios, siendo los estudios de mercados uno de ellos.

En los párrafos precedentes hemos transcrito varias definiciones del término consultas, procede ahora hacer lo mismo con los estudios de mercado, dado que el legislador ha querido situar dicho concepto en un lugar preponderante que indica la voluntad de incentivar su aplicación, y que nos permite profundizar un poco más en estas técnicas usuales en el ámbito privado.

Se puede conceptualizar los estudios de mercado como el conjunto de acciones que se llevan a cabo para saber la respuesta del mercado, oferta (proveedores y competencia) y demanda, ante un producto o servicio. Su objetivo es conocer las características del producto o servicio que existe o puede existir, y su introducción en el mercado, así como quienes son los interlocutores de cada sector, y el precio y su evolución tendencial. Si se realiza un buen estudio de mercado conoceremos la distribución temporal y geográfica del mercado de demanda. Cuál ha sido el comportamiento de la misma históricamente y la proyección que se espera, especialmente en productos o servicios que tienen determinadas ventajas competitivas o valores añadidos, lo que puede determinar en el ámbito del sector público que se revolucione el sector y aumente la oferta, potenciando y beneficiando no solo a la administración sino a los competidores privados que ven salida a su negocio. Estos estudios también se han utilizado en numerosos países latinoamericanos, como señalaré al analizar las experiencias del exterior, tomando como punto de partida el documento " Mejorando la



Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados” publicado por la OCDE³³, concretamente su capítulo 3 denominado “Lograr una buena relación de calidad-precio: Inteligencia de mercados en el ISSSTE” que analiza detalladamente el funcionamiento de esta técnica, su problemática y sus propuestas de implementación, relatando asimismo su uso otros países como Italia, Noruega o Okinawa.

Por otro lado, y en cuanto al ámbito subjetivo de las consultas nuestra legislación asume a todas las entidades establecidas en el artículo 40 de la Directiva concretando además algunas otras como terceros asesores de los órganos de contratación, a tal ejemplo los colegios profesionales, sin olvidar incluir dentro de este ámbito, las universidades, ONGS y otras entidades que defienden intereses particulares, grupales o generales. En definitiva, cualquier operador que participe en el mercado o tenga conocimiento del mismo, debiéndose interpretar en sentido amplio la posible participación de los entes a los que alude la norma.

Tanto el detalle en la definición del ámbito subjetivo y objetivo de las consultas, como los medios a utilizar hacen patente el exceso de reglamentismo que informaba todo el anteproyecto de la Ley, y que luego ha recogido la misma, siendo la regulación excesivamente prolija también en esta materia. No obstante, es indudable el valor de las consultas preliminares como método adecuado para favorecer la eficiencia económica, configurándose como un instrumento óptimo

³³ Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados. In series: Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública Published on January 22, 2016



para satisfacer las necesidades perseguidas con los contratos y la idoneidad de sus objetos y contenidos.³⁴ Aun así el texto de la norma nos permite focalizar las premisas básicas que deben regir cualquier consulta: deben garantizar la igualdad de trato a la hora de realizar la consulta- a una pluralidad de sujetos- y recibir la información que puede ser formal o informal; no puede reconocerse como criterio preferente de adjudicación o como valor ponderable favorable a la misma el hecho de haber participado (recogido ya por la jurisprudencia); la Administración no puede revelar a los participantes en el proceso las soluciones propuestas por los otros intervinientes (se incluye a su instancia en la Ley); el resultado debe concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos, no objetos concretos que puedan ser prestados por un solo licitador.

No hay que dejar de señalar que el texto definitivo acuñado en la LCSP ha sido fruto también de las diferentes aportaciones de los grupos parlamentarios presentes en el Congreso³⁵, sin perjuicio que el texto

³⁴ Así se recoge en el Dictamen del Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 10 de marzo de 2016, al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

³⁵ Enmiendas al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, NÚM. 2-2, DE 16/03/2017. Han presentado enmiendas la práctica totalidad de los grupos políticos con representación parlamentaria, Grupo Parlamentario Mixto, Esquerra Republicana, Ciudadanos -que reseñan expresamente el riesgo de captura del órgano de contratación, señalando la posibilidad de vulnerar el principio de igualdad de acceso y no discriminación, por lo que proponían la supresión de la posibilidad de consultas con



final no haya ensamblado las colaboraciones correctamente, si eso era posible.

Sin embargo, todos los grupos coincidían en la necesidad de que la publicidad de la que van a ser objeto estos estudios y consultas se realicen siempre en el perfil del contratante, evitando una fórmula vaga como "difusión en internet" de manera que se facilite la búsqueda y la participación a los actores interesados en general y a la ciudadanía en particular (recordemos que la legislación Navarra permite excepcionar tal posibilidad, con el área de discrecionalidad que puede generar). Como ya he señalado la publicidad así realizada es fundamental para poder llevar un control, seguimiento adecuado y publicidad al más alto nivel, la transparencia goza en este punto de un canal adecuado que salvaguarda en definitiva los principios contractuales europeos. El límite a la difusión de la información suministrada no está justificada, salvo en supuestos de secretos comerciales o confidencialidad ya protegidos por la Ley.

Profundizando en el análisis del propio artículo 115 de la LCSP se observa que determinados términos,

operadores concretos y lo limitaba a expertos o autoridades independientes-, Socialista -proponiendo la eliminación del texto del proyecto a la participación de los representantes sectoriales (asociaciones profesionales) de la posibilidad de asesoramiento acogiendo una recomendación de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia-, Confederal de Unidos Podemos- En Comú Podem- En Marea que incide en que existe mayor justificación en la utilización de las consultas por la administración para aquellos contratos de importes más altos, en los que el gasto que supondrá la contratación debe ser lo más certero posible y esté basado en estudios de apoyo (obligatorios) que ratifiquen el enfoque de la licitación, pudiendo utilizarse además para ayudar a determinar el precio y las condiciones sociales y medioambientales del concurso en cuestión evitando de esta manera que los importes se distorsionen.



precisamente por el excesivo detalle de la norma, llevan a confusión, entre ellos la utilización del adjetivo “activos” respecto a los operadores económicos, ya que puede resultar más adecuado y ajustado a la configuración de esta herramienta no circunscribirlo a este ámbito (recordar que en el punto primero del artículo 115.1 mantiene el término al referirse al asesoramiento de los operadores económicos activos en el mercado, para luego indicar que sólo se recabará “con carácter excepcional” y con determinado orden de prelación..., redacción muy poco afortunada).

Asimismo, al no diferenciar en el texto lo que es la participación en las consultas preliminares mediante la formulación de cuestiones y presentación de soluciones, y el asesoramiento de terceros, retribuido, la práctica podrá llevar a diferentes interpretaciones que generarán conflictos que podrían haberse evitado.

Como aspecto clave también hay que señalar que el término asesoramiento incluido al inicio del 115.2 no clarifica la posibilidad de utilizar otros formatos, así podría haber sido conveniente sustituirlo por otro/s más amplios ya que el mismo sólo es una modalidad de poder realizar las consultas preliminares al mercado *“las preguntas, respuestas y propuestas obtenidas durante la consulta preliminar del mercado, el asesoramiento realizado por terceros -que excepcionalmente pueden ser no operadores económicos-, o cualquier otra vía de información o de estudio”* para no conducir a un error de interpretación 36.

³⁶ En estos términos se manifiesta la Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016). Elaborado



Ante la confusión que el propio precepto genera, será la práctica contractual la que nos lleve seguramente a aclarar su uso, o a diferentes interpretaciones, y por tanto a un muy posible recurso para conocer la adecuación a la ley de las consultas realizadas.

En cuanto a la aplicación a los diferentes procedimientos y ámbitos existe unanimidad en la conveniencia de incluir como obligatorio el trámite de las consultas preliminares del mercado en el procedimiento de asociación para la innovación, o en aquellos que de una manera significativa la innovación tenga un peso fundamental, en contratos complejos o en aquellos que se configuren estratégicos en los ámbitos social o medioambiental, , sin perjuicio de que se pueda utilizar el resto de procedimientos que la Ley habilita. Desde Europa se preconiza su aplicación y establecimiento con carácter general en el ámbito de las relaciones contractuales público privadas, prácticas europeas que la norma recoge.

En mi opinión en la práctica administrativa, teniendo en cuenta los medios humanos y materiales con los que cuenta la mayor parte de las organizaciones públicas es difícil utilizar esta herramienta en todos los contratos que se liciten sin considerar los contratos complejos en los que no hay duda de su utilidad. Habrá que poner el foco de atención en determinados aspectos sobre los que se generen dudas que los operadores jurídicos no sean capaces de resolver, y respecto de los que puedan aportar mejoras significativas el mercado para su correcta definición y ejecución.

por los siguientes miembros del Observatorio de Contratación Pública: José María Gimeno Feliú y José Antonio Moreno Molina (Directores); Carmen de Guerrero Manso; Rafael Fernández Acevedo; Isabel Gallego Córcoles; Ximena Lazo Vitoria; Teresa Moreo Marroig; Teresa Medina Arnáiz y Patricia Valcárcel Fernández, 30 de enero de 2017



En este sentido se podrá comprobar como en este año de utilización de las consultas preliminares por numerosos órganos de contratación han pasado de aplicarse casi en exclusiva para contratos relacionados con la innovación y la alta tecnología, especialmente en el ámbito sanitario y de defensa, a un uso común para definir determinados aspectos que las unidades redactoras de los pliegos no saben concretar para adecuarlos a lo dispuesto en la actual Ley de contratos, como veremos y a título ejemplificativo hay que señalar que muchos de ellos lo circunscriben a la determinación del coste de los servicios, coste del ciclo de vida, criterios de adjudicación, aspectos laborales, medioambientales, deficiencias en documentos previos en contratos complejos pero ya existentes, exclusivos, etc.

La plasmación en el articulado de la Ley de las consultas preliminares, permite reconocer el valor de las mismas como método adecuado para favorecer la eficiencia económica, configurándose además como un instrumento conveniente para satisfacer las necesidades perseguidas con los contratos y la idoneidad de sus objetos y contenidos.

2.2.2 Doctrina administrativista emitida en la materia

No son desdeñables los pronunciamientos de los Tribunales administrativos de Contratación Administrativa y las Juntas Consultivas que han abordado la problemática incipiente de la participación de los operadores económicos en las fases de definición del contrato. Abordan aspectos relativos a los vicios derivados de la participación de los operadores respecto a la garantía de aplicación de los principios comunitarios, al establecimiento de criterios de adjudicación en los que se valora la ventaja de la participación previa, hasta llegar en uno de sus últimos pronunciamientos a definir y analizar detalladamente las particularidades de las consultas preliminares tras la definición por la Directiva



18/2014, lo que permite un acercamiento a sus aspectos claves:

Ya analizando la aplicación de la Ley 13/95 se encuentran pronunciamientos al respecto. Son unánimes las consideraciones emitidas que concluyen solamente para quedar excluido de la licitación es necesario que la participación en la elaboración de las especificaciones técnicas de los contratos -sometidos a la Ley 13/95- pueda provocar restricciones a la libre competencia o la obtención de un trato de favor, y que dicha regulación ya se desprendía del texto del artículo 53.3 que era claro y explícito. En este sentido las apreciaciones del Tribunal al referirse a que el ámbito de aplicación de la redacción de un Plan Director puesto de manifiesto a todos los interesados, los técnicos competentes para redactar un proyecto, dentro de un plazo razonable, pueden concurrir en situación de igualdad a la adjudicación del proyecto, elaborando una Propuesta Técnica acomodada a dicho Plan”³⁷

No obstante, también la valoración positiva de la participación en fases previas ha sido una constante, al configurarlas como un mecanismo recomendable dirigido a la consecución de contrataciones públicas más eficaces y eficientes, y una pieza fundamental de una adecuada planificación y preparación de los procedimientos de contratación pública³⁸. Se puede concluir, por tanto, siguiendo dichos informes, que son un instrumento de facilitación del acceso de las PYME a la contratación al posibilitar que participen con carácter previo.

Para conjugar ambas posturas, la solución propuesta tanto por la doctrina como por la jurisprudencia emitida

³⁷ Vid. Informe de la Junta valenciana la STS de 24 de noviembre de 2004.

³⁸ Vid. Informe 19/2014, de 17 de diciembre (JUR 2015, 20573) emitido por la JCCA de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente).



al efecto, -e incluso por agrupaciones de entidades pertenecientes al Sector Privado, que también deben velar por la garantía de unas licitaciones transparentes- es la necesidad de regular las consultas preliminares al mercado con objeto de evitar la participación irregular de los operadores económicos en la definición de las características del contrato, entre otras medidas destinadas a promover la integridad y luchar contra la corrupción. La participación no puede dar lugar a una exclusión automática del operador económico en el procedimiento de licitación posterior, pero exige adoptar medidas para que su participación en el procedimiento no falsee la competencia, por ello se exige que se dé publicidad a esa participación y se actúe con la máxima transparencia. Bien utilizada, debe favorecer una adecuada planificación del contrato y de las necesidades a cubrir.³⁹

Por su parte y en el ámbito de la definición de los criterios de adjudicación, ya numerosos pronunciamientos jurisprudenciales son claros al considerar discriminatorio la inclusión de un criterio de valoración de ofertas que otorgue puntuación por haber participado en actuaciones preparatorias del contrato que tengan contenido económico respecto a licitadores que no habiendo participado en dichas actuaciones previas sean objetivamente idóneos para la ejecución del contrato. Todo ellos y a pesar de que la normativa vigente admite la participación de los operadores económicos con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, lo hace bajo determinadas condiciones que deben salvaguardar adecuadamente los principios

³⁹ Vid. Informe 20/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Anteproyecto de Ley de Integridad y Ética Pública. Aspectos relativos a la contratación pública.



rectores de la contratación pública, especialmente el de concurrencia y el de igualdad.⁴⁰ (en similares términos el expte. TACRC – 989/2017).

Aspecto clave es el diseño y configuración de la participación en la consulta ya que es la que determina el éxito o fracaso de un eventual recurso contra las mismas, “no puede oponerse una restricción a la competencia cuando la mercantil consultada no puso reparo a la definición previa”, así se ha reconocido en la Resolución 1093/2017 del TACRC que además realiza un análisis detallado y definición de las denominadas consultas preliminares. Las conceptúa como: *“el conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben para la realización de estudios y evaluaciones del mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios, principalmente en entornos en los que las prestaciones contratadas son particularmente complejas”*. Con ellas, sigue señalando el Tribunal, lo que se pretende es alcanzar una planificación máxima en materia de contratación del sector público, de forma general apartándose de la motivación de la necesidad del objeto contractual ad casum. Después de analizar los dos ámbitos en los que se proyecta el proceso de planificación en la contratación del sector público a nivel europeo, el material, dirigido a determinar las necesidades públicas que se hayan de satisfacer durante un período más o menos amplio, que podría coincidir con el ejercicio presupuestario y el formal, necesario para aprobar los instrumentos documentales en los que se especificarán las condiciones jurídicas, técnicas y económicas de las prestaciones actuales, detalla las herramientas puestas a disposición de los poderes

⁴⁰ Vid. Informe 32/15, de 13 de julio de 2017. Inclusión como criterio de valoración de la participación previa en las actuaciones preparatorias de un contrato



adjudicadores para la realización de aquellas, analizando los aspectos más significativos del artículo 115, en aquellos momentos en el anteproyecto de la LCSP, potestad, finalidad, medios para la alcanzar los fines que la norma otorga, así como generalidad de su aplicación. Fundamental también es la correcta tramitación de las consultas, ya que si la misma se ha realizado ajustándose a las previsiones de la Directiva 2014/24/UE, la incorporación en los pliegos de parte de los resultados obtenidos de la misma no puede ser obstáculo oponible en los tribunales, aludiendo a que contraría los principios generales de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, "porque da lugar a un cierre de la práctica totalidad del mercado ...". Se presume que los pliegos recogerán las necesidades de contratación de los entes destinatarios con las particularidades del sector extraídas de las aportaciones de todos los operadores que participaron en la consulta⁴¹

2.3 Consultas preliminares y otras formas de participación en fases preparatorias del contrato en la legislación autonómica

Como no podía ser de otra manera, la legislación autonómica se hace eco de la regulación de las consultas preliminares en similares términos a los expuestos en párrafos precedentes. Antes y después de la entrada en vigor de la LCSP, se han publicado varias normas autonómicas en materia de contratos públicos, que trasladan el espíritu de las Directivas europeas. Así en la modificación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón operada por Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas del Gobierno de Aragón se añade un capítulo VI, con la siguiente redacción:

⁴¹ Resolución 125/2018 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público



“Integridad en la contratación pública” que recoge la regulación de los conflictos de intereses, artículo 23, y en su artículo 24 determinadas cautelas para garantizar que la participación previa de candidatos o licitadores se desarrolle con las máximas garantías de transparencia e igualdad. Amplia, respecto al ámbito subjetivo de los participantes en las consultas, a las empresas vinculadas⁴² a candidatos o licitadores o una ellos, así la entidad contratante tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia, comunicando el asesoramiento y la información manifestada. Concreta la ampliación del plazo para presentación de ofertas, señalando que se aumentarán al menos un veinticinco por ciento respecto de los plazos mínimos ordinarios aplicables al procedimiento de que se trate, importante determinación ya que se puede afirmar que aquellos que

⁴² MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY (2018) “El Desarrollo Autonómico de la normativa Sobre Contratos Públicos” Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Nº Extra 18, 2018 (Ejemplar dedicado a: La Ley de Contratos del Sector Público), págs. 91-138. Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado para el estudio y propuesta de solución de discrepancias competenciales manifestadas en relación con la disposición final segunda de la Ley de Aragón 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, publicado por Resolución de 5 de abril de 2018, de la Secretaría General de Coordinación Territorial en el BOE de 10 de abril de 2018, ambas partes consideraron solventadas dichas discrepancias (1) En relación con el apartado 4 del artículo 24, se entiende que el apartado primero del citado artículo 24, al referirse expresamente a los candidatos o licitadores, o una empresa vinculada a ellos, que haya asesorado al poder adjudicador o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, comprende a las empresas vinculadas en los términos de los supuestos previstos en el art. 42 del Código de Comercio.



han participado en fases de preparación del contrato - como he señalado en otros puntos de este trabajo - están en condiciones más ventajosas para una preparación de una oferta de calidad y acorde a los intereses del órgano de contratación. Por otro lado, y respecto a los participantes en el asesoramiento y/o consulta, trata de envolverlos con las máximas garantías posibles para no ser excluidos de la licitación, para ello recoge expresamente, al igual que la LCSP, que la exclusión solo se producirá si no existe otro medio de garantizar la igualdad de los candidatos o licitadores, dándole trámite de audiencia para poder demostrar que su participación en el procedimiento de contratación no supone falsear la competencia. El círculo se cierra con la posibilidad de recurso especial por el resto de candidatos o licitadores contra la admisión del licitador que ha participado en la preparación del contrato.

Por su parte el Decreto Ley 1/2018, de 20 de marzo, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía no recoge apreciaciones al respecto debido al circunscribirse a los contratos sencillos y de menor cuantía.

Es la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra la que las incluye en el capítulo V dentro de las "Reglas de Publicidad y Procedimientos de adjudicación", capítulo dividido en 7 secciones, que contienen importantes novedades derivadas tanto de la Directiva como de la propia experiencia de los operadores jurídicos durante los últimos años⁴³. Incorpora como novedad en la materia la posibilidad de excepcionar la utilización del portal de Contratación debiendo quedar en todo caso suficientemente motivada en el expediente con el objetivo de no falsear la

⁴³ Exposición de Motivos Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra



competencia o vulnerar los principios de no discriminación y transparencia –esta medida si bien simplifica la tramitación, choca con la propia LCSP, ya que el artículo 115 constituye legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas⁴⁴. No obstante, esta materia goza de la especificidad que la propia LCSP le reconoce en su Disposición Final Segunda a dicha Comunidad autónoma: “En virtud de su régimen foral, la aplicación a la Comunidad Foral de Navarra de lo dispuesto en esta Ley se llevará a cabo sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra”, no hay que olvidar que en Navarra la contratación es una competencia exclusiva, a diferencia del resto de Comunidades Autónomas⁴⁵.

La Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura, se ocupa de ellas tanto en su Exposición de Motivos resaltando las ventajas de esta figura tanto para la participación de las pymes que disponen de mayor plazo para prepararse de cara a las mismas, (y a las que no se priva de la posibilidad de presentarse aunque participen

⁴⁴ No obstante, Vázquez Matilla, Francisco Javier en CONSULTAS PRELIMINARES CON MENOS BUROCRACIA “10 aciertos de la nueva Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra” (Ley Foral 2/2018, de 13 de abril. BON de 17 de abril de 2018)” La regulación de las consultas preliminares es muy adecuada. Más clara y exige menos trámites e incluso permite no hacerla pública en el Portal de Contratación.”

⁴⁵ Me remito de nuevo, al interesante trabajo de Miguel Ángel Bernal Blay “El Desarrollo Autonómico de la Normativa sobre Contratos Públicos” Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública.



en el procedimiento siempre que se garantice la transparencia), como en general un mecanismo eficiente cuya finalidad es buscar la solución más adecuada a las necesidades de contratación, Incorpora como novedad esta legislación la necesidad de valorar adecuadamente las calidades, funcionalidades, y la posibilidad de incorporar o desarrollar innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales, así como los costes totales, incluidos los derivados de la normativa social y laboral aplicable, para buscar la mejor alternativa que el mercado puede aportar (interés general en el que se incluye el interés económica, es decir, eficiencia contractual: la capacidad de lograr ese efecto en cuestión con el mínimo de recursos posibles o en el menos tiempo posible).

Previamente existían otras Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi o la Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública, de la misma Comunidad Autónoma, que no hacen ninguna referencia al régimen de las consultas preliminares y el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública en Cataluña, con muchas lagunas regulatorias que tampoco incluye ninguna referencia a la materia que ahora se estudia.

2.4 Experiencias del exterior

Experiencias en prácticas de asesoramiento, consulta, estudios de mercado y otras similares se han producido en la mayoría de países europeos y americanos.

Numerosos países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), del que forma parte España como miembro de pleno derecho desde 1959, fueron conscientes de la necesidad de conseguir ahorros de costes y mejorar la eficiencia de sus administraciones a través de sus sistemas de contratación pública, en un primer momento sobre todo



en un sector, el de la salud, que fue de los pioneros en implementar la realización de consultas preliminares para absorber la experiencia y conocimientos del mundo empresarial y privado.

En este sentido, ya en el año 2012 el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado en México (ISSSTE) pidió que la OCDE revisara su sistema de contratación pública para combatir la colusión entre proveedores y mejorar su efectividad e integridad, lo que condujo a emitir varias recomendaciones que llevaron a implementar reformas continuas. Posteriormente, la misma OCDE llevó a cabo un nuevo estudio, *"Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE (Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de México) para Obtener Mejores Resultados"*⁴⁶ enfocado entre otros aspectos a los procesos de coordinación y planificación de las contrataciones, estudios de mercado y diversas mejoras en el ámbito al que hacía referencia el estudio, los servicios médicos integrales.

Precisamente este estudio es el que ha servido de base a varios países en Latinoamérica y europeos para reproducir en sus ámbitos las medidas estudiadas, en particular lo referente a los estudios de mercado, cuyo capítulo 3 *"Lograr una buena relación de calidad-precio: Inteligencia de mercados en el ISSSTE"* analiza esta tarea innovadora en este aspecto de la contratación.

El estudio parte del análisis de procedimientos y de mercado en entidades públicas de países miembros de la

46 Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública (2016). *"Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados"*. Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264250055-es>.



OCDE, entre otros analiza medidas adoptadas por el organismo central de compras de Italia Consip SpA (entidad controlada por el Ministerio de Economía y Finanzas y adjudicataria usualmente de acuerdos marcos para bienes y servicios para el sector público italiano) la cual ha desarrollado un proceso interno estándar sobre cómo llevar a cabo análisis de mercado y cómo interactuar con proveedores (operadores económicos) durante el análisis de mercado, configurando este proceso como una etapa preliminar hacia el diseño de la licitación y publicación de la misma. La totalidad del proceso se sustenta por guías internas de análisis de mercado cuestionarios de consulta de mercado y plan de actividades anual de suministro.

Asimismo, muestra las medidas adoptadas por ChileCompra (Institución Central de compras Chilena) para estructurar la interacción entre los funcionarios públicos y los proveedores detallando medidas específicas de transparencia para respaldar el proceso de consulta⁴⁷, o las aprobadas e implantadas por Noruega a través de la Guía ética de compras para funcionarios encargados de contrataciones.

Se reconoce que unas buenas relaciones con los proveedores son indispensables para el éxito de las compras públicas. El Estudio de la OCDE sobre Gobernanza Pública reproduce parte de las Recomendaciones del Consejo en Contratación Pública, que indica que los países deben entablar un diálogo

⁴⁷ Iniciativas de consulta a proveedores por parte de la institución central de compras chilena ChileCOMpra: El Camino a la transparencia y la eficacia. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública "Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados". In series:. Published on January 22, 2016, página 97.



regular y transparente con proveedores y empresas del sector para presentar los objetivos de contratación pública...estas interacciones están sujetas a salvaguardas de equidad transparencia e integridad.

Siguiendo con el análisis de la participación de los proveedores en el procedimiento contractual, el citado documento profundiza en las medidas de innovación en la contratación pública en la Unión Europea a partir de la Directiva UE 2014/24/UE, recordando que la misma un nuevo procedimiento llamado "Alianza para la innovación" que permite formar una alianza entre autoridad pública y proveedor con el objetivo de desarrollar un producto no disponible en el mercado para posteriormente adquiere el mismo. Procedimiento que permite potenciar por tanto la innovación, y no solo la innovación, sino también el mercado permite identificar categorías para la acción, citando las experiencias en 2009 del Servicio Nacional de Contratación Pública de Irlanda.

Dicho documento ha sido sin duda el "gurú" para profesionales de otros países, entre ellos Colombia. Del análisis de estudios de mercado realizados reconocen que es común encontrar información imprecisa y con fallos de carácter técnico y económico, que se ven reflejados al final en las reglas atestadas de rigidez jurídica en los pliegos de condiciones... que muchas veces dan la oportunidad a la "confección de pliegos sastré" ⁴⁸.

⁴⁸ Andrés Castillo Cano "Los estudios de mercado, base fundamental en el proceso de contratación pública" El artículo analiza la importancia de los estudios de mercado en los procesos que adelantan las entidades públicas para seleccionar a los contratistas del Estado. Consultado en



Interesantes también las aportaciones del Reino Unido, trasponiendo inmediatamente tras su aprobación la Directiva, a través de No. 102 PUBLIC PROCUREMENT The Public Contracts Regulations 2015, Made - 4th February 2015 Laid before Parliament 5th February 2015 recurriendo mucho a esta figura y no utilizando un sistema formalista.⁴⁹ Los artículos 40 y 41 del citado Reglamento de Contratos regulan las consultas preliminares, dedicando otros muchos a las relaciones con los operadores económicos, sin duda, por su experiencia contractual, que ha sido tratada tradicionalmente desde el punto de vista del derecho privado.⁵⁰

2.5 Guías metodológicas. Análisis de sus aspectos claves a implementar en los diferentes contratos administrativos. Normalización metodológica. Publicidad de las mismas

Se han publicado, antes y después de la entrada en vigor de la actual LCSP, con carácter exclusivo o encuadradas en el fomento de una contratación transparente y en defensa de la competencia, Guías, Manuales e Instrucciones Internas -entre otras interesantes y de lectura recomendable las aprobadas por el Ayuntamiento de Madrid en 2016, el Ministerio de Defensa en 2018 o el Manual sobre buenas prácticas en materia de contratación en la relación con los operadores

Observatorio Colombiano de Contratación Pública, 25/04/2016. <http://www.occp.co/los-estudios-de-mercado-base-fundamental-en-el-proceso-de-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica>

⁴⁹ GARCÍA PÉREZ, FCO. JAVIER (2016) ¿Cómo vais a regular las consultas preliminares al mercado? <https://www.contratacionpublicacp.com>.

⁵⁰ CODINA GARCÍA-ANDRADE, XAVIER (2014): "Introducción al Régimen Inglés de los Contratos Públicos". Revista de Administración Pública, núm. 194, Madrid, mayo-agosto pág. 435.



económicos de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda en 2018-⁵¹ que tratan de determinar la metodología más eficiente para realizar consultas preliminares y canalizar la participación en fases previas a la licitación del contrato, informando de las cautelas que deben llevar su práctica para que no se produzca falseamiento de la competencia.

Dichos documentos pretenden elaborar, aplicar y mejorar las normas que definen la realización de Consultas preliminares o transparentes, tal y como las denomina el Ayuntamiento de Valladolid en la Instrucción 1/2018 para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible ⁵², con el fin de ordenarlas e implementarlas cuando se

⁵¹- Decreto de 3 de noviembre de 2016 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid BOAM núm. 7.837 1 de febrero de 2017 por el que se aprueba la Instrucción 4/2016 relativa a los criterios de tramitación para la realización de consultas preliminares del mercado en el ámbito de la contratación pública municipal.

- Instrucción 27/2018, de 18 de mayo, del secretario de estado de defensa, por la que se establecen directrices en materia de contratación en el ámbito del ministerio de defensa publicada en BOD Nº 102 de 25 de mayo de 2018, Punto 2.4.5.

- Manual sobre buenas prácticas en materia de contratación, en la relación con los operadores económicos. Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, Ministerio de Hacienda. Junio 2018. 2.1.- Análisis de riesgos y medidas en las consultas preliminares del mercado.

- Guía sobre Contratación Pública y Competencia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Autoridad Vasca de la Competencia, página 12-13.

⁵² Instrucción 1/2018, del ayuntamiento de Valladolid para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible en el ayuntamiento de Valladolid y las entidades de su sector público. aprobada por la junta gobierno local el día 9 de mayo de 2018, Artículo 7. Consultas



estime necesario para conocer las soluciones más eficientes disponibles en el mercado.

Y no sólo para conocer el mercado, si no para diseñar correctamente estas consultas, ya que en caso contrario se podría incrementar el riesgo de captura del órgano contratante, reduciendo e incluso llegando a conculcar los principios que se pretenden preservar (falseamiento de la competencia, igualdad de acceso y concurrencia, entre otros).

Si bien las publicadas antes de la entrada en vigor de la LCSP se redactaban a la luz de lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE, deben tenerse en cuenta, ahora, con la cautela de su interpretación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 de nuestra norma vigente. Todas ellas, las aprobadas antes y después de nuestra actual LCSP imponen la obligación de publicitar adecuadamente la voluntad de realizar las mismas, ahora a través del Perfil del Contratante del Sector Público, los ámbitos a los que se circunscriben, el informe final, Anexos con Modelos acotados sobre las cuestiones sobre las que se realiza las consultas, agentes y/o participantes a quienes se dirigen y, las posibles medidas correctoras a aplicar. Con carácter general, aquellas entidades que forman parte del Sector público y pretendan acudir a esta figura deberían ordenar su formulación y aplicación para evitar el riesgo de distorsión de la competencia e incluso de captura del órgano contratante.

Las primeras Guías publicadas en las que se estudia las consultas preliminares han estado unidas inexorablemente a la Compra Pública de Innovación, y es a partir de este ámbito cuando actualmente se están

transparentes al mercado para determinar el objeto de los contratos y 96 Consultas al mercado para adecuar la definición del objeto de los contratos a la oferta real o posible.



aplicando a nuevas necesidades y determinados contratos de diversa índole y no solo para el mencionado. La aprobación e implementación de estas consultas se considera como un método idóneo para fomentar la participación de las Pymes y el comercio transfronterizo. No hay que olvidar que la definición de las necesidades en este ámbito es de gran dificultad, ya que existe un desconocimiento técnico y de mercado superior al resto de los contratos, sobre todo a la hora de redactar especificaciones técnicas con concreción suficiente que permita transmitir una información adecuada a los licitadores, garantizar la concurrencia y elegir unos criterios idóneos, objetivos y subjetivos para la adjudicación del contrato. Las experiencias obtenidas por las consultas preliminares en este ámbito pueden extrapolarse ahora a su formulación en otros procedimientos.⁵³

Por la misma esencia de la Compra Pública Innovadora tanto en su modalidad de Compra Pública de Tecnología Innovadora (CPTI) como en la de Compra Pública Pre comercial (CPP), se aprecia la idoneidad del uso de técnicas como el diálogo técnico al configurarse como un instrumento que permite evaluar si las necesidades previamente definidas pueden ser satisfechas, y si existen suficientes proveedores para ello con competencia efectiva, y elegir procedimientos adecuados si los ofertantes son limitados. Se deben respetar los principios básicos de la UE, dando a conocer las

⁵³ En este sentido se recoge por el entonces Ministerio de Ciencia e Innovación (2015) en la "Guía 2.0 para la compra pública de innovación" elaborada por encargo de la Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad por miembros del Observatorio de Contratación Pública. <http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHERO S/Guia 2 0 CPI V5 Borrador web.pdf>.



soluciones propuestas pero garantizando que aquella información sensible aportada por los proveedores, pueda gozar de garantías de confidencialidad⁵⁴.

Podemos concluir que debe aplicarse una correcta metodología para garantizar que su uso respeta los principios de competencia, igualdad de acceso y no discriminación, debiéndose introducir una serie de medidas correctoras con el fin de dotar de seguridad jurídica y evitar posibles conflictos en vía administrativa o jurisdiccional.⁵⁵

Por tanto, no puede ser objeto de duda la ventaja de aprobación de Instrucciones internas, circulares, y otros documentos análogos, que en el ámbito de entidades de una cierta amplitud, pretendan evitar los riesgos a los que va unido el uso de esta herramienta. La mayoría de ellas, potencian su uso, y las encuadran dentro del diseño de ciertas medidas para implantar una contratación estratégica, íntegra y sostenible, en la línea de los objetivos de las Directivas comunitarias traspuestas.

3 ANÁLISIS DE PROCEDIMIENTOS QUE LAS DETERMINAN. ASPECTOS A TENER EN CUENTA

En el punto actual desgranaré cómo en la práctica las consultas planteadas por los diversos operadores jurídicos plasman lo dispuesto en la normativa europea y nacional. Incidiré, asimismo, en determinados

⁵⁴ CZAJKA, ALEKSANDRA (2013): "La figura del «diálogo técnico» en el derecho europeo de la contratación pública" Universidad de Adam Mickiewicz en Poznan (Polonia) https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12520/AD_17_2013_art_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y Consultado 30/07/2019.

⁵⁵ "Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público" (2015) de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia IPN/CNMC/010/15



aspectos significativos que están siendo utilizados en las consultas estudiadas en el largo año de vigencia de nuestra Ley actual, y en las anteriores, ya que antes esta técnica también era utilizada, y es interesante la consulta de otras formuladas tiempo atrás.

3.1 Principios en juego. Aceptación expresa de los mismos por los participantes en las Consultas

Preliminares. Publicidad en el Perfil del Contratante

Los principios de publicidad y transparencia, defensa de la competencia y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores o candidatos, como ya se ha indicado a lo largo del presente trabajo, se reconocen, no solo por la jurisprudencia de Tribunales Internacionales sino en normas comunitarias, supranacionales y, por su puesto, nacionales.

Estos principios a la hora de realizar una consulta preliminar no deben quedarse en un desiderátum abstracto a futuro, solo fiscalizable por los Tribunales a posteriori, por lo que resulta conveniente plasmarlos en la propia formulación de las consultas para que los futuros participantes acepten de manera expresa su cumplimiento.

La participación en la consulta, los contactos mantenidos con los participantes o los intercambios de información en ningún caso podrán dar lugar a infracciones de los principios contractuales comunitarios citados, no pudiendo otorgar ventajas o derechos exclusivos. La participación en la consulta preliminar del mercado no otorgará derecho ni preferencia alguna respecto de la adjudicación de los contratos que pudieran celebrarse con posterioridad y como consecuencia de ella. A estos efectos los órganos contratantes pueden tomar las medidas apropiadas para garantizar el mantenimiento de los citados principios, tanto en el desarrollo de las convocatorias como en cualquier procedimiento de contratación posterior, por lo que la aceptación expresa de los mismos puede establecerse como condición sine



qua non para participar en los procedimientos que se publiciten.

En particular, en aplicación de los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación, se deberá, y así se hace en la práctica totalidad de las consultas estudiadas, informar en las páginas Web donde se alojan las consultas, de los hitos, documentación, de las aclaraciones solicitadas y de las respuestas realizadas y, de los participantes en la misma, de modo que todos los interesados dispongan de la misma información por y para la participación en aquellas. Asimismo, se publicará cualquier información intercambiada en el marco de las correspondientes convocatorias, incluidas las propuestas presentadas por los participantes y excluyendo la documentación declarada como confidencial. El informe final de la consulta preliminar del mercado se publicará además en el perfil del contratante y en la web utilizada en la consulta. Los resultados finales se incorporarán al expediente de contratación y serán accesibles durante el procedimiento de licitación que, en su caso, se realice. A la finalización de la consulta sería conveniente celebrar una Jornada Final ⁵⁶ de presentación de los resultados de la consulta preliminar del mercado realizada.

Como ya he señalado en otros puntos de este trabajo, es aceptado prácticamente por unanimidad que la Plataforma de Contratación del Sector Público se configure también en este ámbito como el portal web nodo central de intercambio de información en el ámbito contractual y que sirve como punto de encuentro virtual entre participantes del Sector Público y licitadores. Es el

⁵⁶ Dirección General de Innovación y Promoción de La Ciudad del Ayuntamiento de Madrid por el que se aprueba la convocatoria de consulta preliminar del mercado denominada "tratamiento digital de imágenes para aplicaciones de gestión de la movilidad" Nº Expediente: 145/2019/01002



medio idóneo y canal único que permite proporcionar a los operadores económicos toda la información sobre las licitaciones futuras y celebradas por los órganos de contratación adheridos. A través de él se publicitará la realización de la misma, así como el informe final ya que debe de gozar de la misma publicidad que la que corresponde a los Pliegos aprobados. Para el resto de actuaciones se considera suficiente que la publicidad se realice a través de las páginas habilitadas por los determinados órganos contratantes.

No obstante, hay que señalar al respecto que si bien todavía no se dispone de un buscador, ni sección específica para la búsqueda de las Consultas publicadas en esta Plataforma, se puede tener acceso a las mismas a través de la página de inicio en el apartado "Noticias". Considero que sería conveniente crear un apartado individualizado expresamente destinado a esta Herramienta, al igual que existe para los contratos menores, que permitiese acceder a la información y a su búsqueda con unos resultados eficientes.

3.2 Ámbito objetivo. Delimitación del objeto del contrato para adecuarlo a la oferta existente o potencialmente posible

Es indubitado el uso de consultas en las compras públicas innovadoras y objetos contractuales complejos en los que se conoce la necesidad, pero no se puede determinar a priori los bienes y servicios que se requieren para satisfacerla, entre otros, los medios técnicos necesarios, o la cobertura jurídica o financiera de un proyecto⁵⁷. Y, algo más, si esos bienes y servicios que se requieren

⁵⁷ En este sentido se recoge por la entonces Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad (2015): "Guía 2.0 para la compra pública de innovación. http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf.



existen o pueden existir⁵⁸, cuestión que quedará clarificada al finalizar el proceso de consulta, y si existen suficientes proveedores para una concurrencia efectiva. Pero también para buscar la calidad y sostenibilidad económica del resto de contratos se puede utilizar esta herramienta. La elaboración y formulación de los pliegos de prescripciones técnicas debe realizarse previo conocimiento real de las alternativas que existen para satisfacer la necesidad del contrato. Así podemos pensar en acudir obligatoriamente a esta figura para todos aquellos contratos en los que se incluirán y valorarán calidades, vida útil y ciclo de vida de los productos o servicios a prestar, estudiando específicamente la posibilidad de incorporar o desarrollar innovaciones medioambientales, sociales o tecnológicas.

No hay que olvidar que el *"ámbito material del proceso de planificación de la contratación está encaminado a determinar con exactitud las características del objeto del contrato -de manera que puedan ser satisfechas de la manera más adecuada para el comprador por los oferentes-, y a establecer los criterios de evaluación de las ofertas"*⁵⁹. También se han observado consultas para conocer si es adecuada la propuesta de división en lotes, solicitando motivación para establecer un criterio al respecto, y contenido.⁶⁰ Conociendo de ante mano

⁵⁸ Consulta preliminar al mercado para la búsqueda de soluciones socio-sanitarias innovadoras para el envejecimiento activo y la vida independiente. Open market consultation for the search of innovative social-health solutions for active aging and independent living. Gerencia de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León

⁵⁹ Informe del Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 10 de marzo de 2016 al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, remitido para su informe el 23 de octubre de 2015,

⁶⁰ Consulta preliminar del mercado sobre la contratación de los servicios de diseño y dotación de contenidos y personal para



cuales son las concretas determinaciones y características de lo que se pretende licitar, el objeto del contrato quedará perfectamente delimitado y cumplirá los parámetros exigidos por la Ley.

El límite en todo caso, y tal como señala la ley, es que no podrá resultar un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados.

No hay que olvidar que, dentro de la fase de preparación y planificación, se incluye tanto la detección de las necesidades futuras, la participación de los interesados, el análisis de mercado y la definición del objeto. Este último punto es de tal importancia que sus límites determinarán los límites de futuras modificaciones contractuales, el establecimiento de condiciones especiales de ejecución vinculadas a aquél, y todos otros aspectos menores que en fase de ejecución saldrán a la luz.

No obstante, cabe plantearse si es necesario realizar consultas preliminares en contratos habituales para las entidades del Sector Público y cuyo objeto es claro y delimitado. La respuesta posiblemente sea negativa, no se puede dejar de estar alerta ya que la extensión del uso de esta técnica pueda provocar en ciertos contratos el efecto contrario al que se pretende de garantía de la competencia y concurrencia. ¿Pueden ser las consultas preliminares una excusa para dirigir una licitación? ¿es realmente necesario conocer si el objeto del contrato propuesto o uno similar existe ya en el mercado? si no existe, la opción puede ser la adquisición pública de innovación y no una licitación de contrato de servicios o suministros ordinaria.

una unidad móvil expositiva. Diputación Provincial de A Coruña
09.08.19

3.3 Ámbito subjetivo. Agentes involucrados. Terceros potencialmente participantes

Una de las contradicciones del propio artículo 115 se manifiesta en la configuración subjetiva del proceso de consulta. Como ya he señalado, si bien el legislador comienza con una apuesta determinante a la participación de los operadores económicos activos en el mercado posteriormente refleja sus reticencias a su intervención, indicando que sólo se recabará “con carácter excepcional”, estableciéndose un orden que podría considerarse de prelación de entes participantes⁶¹:

1º Expertos o autoridades independientes

2º Colegios profesionales

3º Con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado.

Ante esta redacción de la Ley, la práctica contractual ha demostrado que las consultas formuladas son abiertas o se dirigen habitualmente a “empresas del sector dedicadas al objeto del contrato”, que puedan abordar parcial o totalmente la prestación del servicio.

Algunas consultas recogen limitadamente los agentes a los que se invita a participar en la misma, siempre entendiendo que las organizaciones y operadores económicos tienen que ser suficientemente representativas y no suponen limitación al principio de libre competencia.

¿Pero a quienes se consulta? Colegios Oficiales de técnicos y profesionales relacionados con la realización

⁶¹ RUBIO RODRÍGUEZ-VIGIL, FRANCISCO JAVIER (2019): “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: dudas razonables en el proceso de consultas preliminares” consultado en web del Consejo General de la Abogacía Española <https://www.abogacia.es/2018/04/25/la-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico-dudas-razonables-en-el-proceso-de-consultas-preliminares/#>. Consultado 18.08.19



de los trabajos a desarrollar; profesionales y empresas del sector; usuarios, asociaciones de vecinos, Comité de Entidades Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), etc; proveedores de servicios; operadores, empresas y empresarios autónomos del sector; proveedores, diseñadores y constructores de diversos suministros que se vean afectados por la consulta, operadores económicos activos en el mercado relacionado con el objeto de la consulta, son los más habituales y potenciales agentes involucrados en la participación en la consulta.

La promoción de la integridad⁶² opera plenamente en los actores implicados en la tramitación de las consultas. Se configura como un deber del sector público pero también por su puesto, del sector privado en sus relaciones contractuales con el primero. Como medidas de prevención de la corrupción desde el punto de vista de los actores del sector privado, y para garantizar los citados principios, en el art. 70 LCSP se establece unas condiciones especiales de compatibilidad de carácter previo, que deben ser incorporadas al texto de la consulta.

Precisamente, estas condiciones especiales operan en el caso de que se haya planteado una consulta, cuando existen empresas que han participado previamente en la elaboración de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación. En este caso, la actual LCSP insta a los órganos de contratación a que se tomen medidas para que se respeten los principios expuestos, debiendo quedar documentadas en informes específicos que deben realizarse sobre cada contrato de obras, suministros o

⁶² En este sentido se recoge en "Guía de Integridad en la Contratación Pública Local", (2019). Depósito Legal: M-12611-2019 Federación Española de Municipios y Provincias.



servicios o acuerdo marco, sujetos a regulación armonizada, así como cada vez que establezcan un sistema dinámico de adquisición, junto con otras determinaciones establecidas en la LCSP⁶³, que se corresponden con los aspectos fundamentales de la vida del contrato, participantes, seleccionados, excluidos, precio y conflictos de intereses, entre otras.

3.4 Medios a utilizar: encuestas, análisis de mercado, consultas, foros y asesoramiento

Comienza la redacción de nuestro vigente artículo 115 LCSP indicando que los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos para preparar correctamente la licitación. También aquí la redacción es farragosa, parece que los estudios de mercado son una fórmula o posible variación de las consultas, o algo independiente a ellas, cuando puede ser simplemente una herramienta más del concepto más amplio de consultas preliminares.

Los medios a utilizar y utilizados son variados, pudiéndose seleccionar todos o algunos de ellos, dependiendo en gran parte de los destinatarios potenciales de las consultas y de la complejidad del objeto del contrato. Del estudio de las consultas y aportaciones doctrinales existentes hasta la fecha se puede relacionar las siguientes posibles configuraciones:

- Encargos de realización de encuestas, evaluaciones y/o informes a personal, entidades, asociaciones, universidades, nacionales o extranjeras, etc que aporten claridad a la delimitación del objeto del futuro posible contrato, o sobre el estado de la técnica. Trabajo que en su caso se debería realizar en primer término, ya que una consulta sin delimitar ni concretar la

⁶³ Artículo 336 LCSP.



necesidad a satisfacer podría llevar a despilfarros económicos, de tiempo y/o de personal.

- Obtención de información de contratos similares realizados por los mismos y otros poderes adjudicadores, a partir de la disponible y fácilmente accesible, fundamentalmente a través de la web. O como siempre se ha hecho, solicitando colaboración a través de solicitud informal (telefónica o email) de los resultados de sus experiencia y conocimientos previos al haber abordado dichas licitaciones con carácter previo.
- Revisión de catálogos de proveedores y/o resultados de investigaciones de mercado recientes en las que se hayan detectado requisitos o necesidades similares que están disponibles en las publicaciones hechas por los entes que las promueven.
- Solicitudes de información/participación en la consulta a través de plantillas diseñadas al efecto que deben ser completadas por los agentes interesados, participantes en las mismas. La formulación de las plantillas es también variado dependiendo del tipo de contrato pretendido, muchas veces son campos acotados o un solo campo en el que se deja libertad al participante para aportar sus conocimientos o técnicas adquiridas (esta es la fórmula más usual). Las plantillas que se suelen incorporar como Anexos en ocasiones sólo permiten señalar una opción entre varias posibles.⁶⁴

⁶⁴ Consulta preliminar de mercado para la contratación del suministro de sillas de ruedas, ortesis, prótesis y otras ayudas técnicas y el servicio de técnico ortopeda asociado al suministro para los pacientes de mutua universal, Mugenat, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 10 Publicación en Plataforma de Contratación Pública 02.



- Meet-The-Market» events, planificación de eventos, foros, jornadas, ferias, o conferencias temáticas relacionadas con el objeto del contrato que se pretende, tanto en su modalidad presencial como electrónica y otras técnicas que se han venido encuadrando en la citada expresión.
- Y por supuesto, con publicidad adecuada de toda ella que permite la máxima difusión y participación.

Para ampliar las consideraciones respecto a los estudios de mercado, me remito al interesante trabajo de la OCDE referenciado en el punto 2.4. de este trabajo "experiencias del exterior".

No quiero terminar el presente análisis sin recordar que no puede confundirse la formulación de cuestiones y presentación de soluciones que se produce en las consultas preliminares, con el asesoramiento de terceros retribuido (antiguo contrato de asistencia técnica o de servicios actualmente).

3.5 Definición de las especificaciones técnicas versus colusión

La Autoridad Catalana de la Competencia en el documento "Condiciones de mercado que facilitan la colusión entre empresas: el sector de la instalación y el mantenimiento de ascensores en Catalunya" de febrero de 2010, reproduce, la interesante cita del economista Adam Smith, en su obra La Riqueza de las Naciones (1776), sobre el comportamiento de las empresas, y de la que se me hago eco por su visión clarificadora del inevitable comportamiento humano: "*los miembros del mismo gremio pocas veces se reúnen, ni siquiera para divertirse, pero cuando lo hacen, la conversación siempre acaba en una conspiración en contra de la gente o en algún acuerdo para incrementar los precios*". Si bien las condiciones del mercado han cambiado, y el tiempo



inexorablemente lo modifica todo, puede tenerse plenamente presente el citado pensamiento a la hora de abordar este concreto aspecto de definición de las especificaciones técnicas al redactar los Pliegos contractuales, así como, y con carácter más amplio, cualquier aspecto que pueda dar lugar a un perjuicio para la correcta definición, y/o coste del contrato pretendido.

Para profundizar en este interesante apartado y conocer posibles medidas para la prevención de prácticas colusorias debe tenerse en cuenta lo indicado en la Guía sobre Contratación Pública y la Competencia, de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, de la que puede extrapolarse la necesidad de que la participación de las empresas en las consultas venga orientada a que las especificaciones técnicas se definan en términos "europeos" ⁶⁵ *de exigencias funcionales o de rendimiento y evitar cualquier referencia a una concreta fabricación, procedencia, marca, patente o producción*

⁶⁵ Considerando 74 Directiva 24/2014/UE establece que "Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas (_). Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación."



determinada con la finalidad de descartar o favorecer a determinadas empresas o productos.

Velando por la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato, la definición en las consultas de dichas especificaciones técnicas garantizará que la misma no pueda suponer el otorgamiento de derechos exclusivos y, en este sentido vuelve a incluir el artículo 115 en su punto tercero, que el resultado de las consultas debe concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos, sin que en ningún caso, puedan las consultas realizadas comportar ventajas respecto de la adjudicación del contrato para las empresas participantes en aquellas.

No hay que olvidar que en fase contractual cuando las especificaciones técnicas que figuran en los documentos del contrato hacen referencia a una marca, a un origen o a una producción determinada, el poder adjudicador debe exigir que el licitador aporte, ya en su oferta, la prueba de la equivalencia de los productos que propone en relación con los definidos en las citadas especificaciones técnicas.⁶⁶ y que la comprobación de la equivalencia de las ofertas con las exigencias de las especificaciones técnicas solo puede tener lugar después de la apertura de las ofertas, para que no se produzca vulneración del principio de igualdad de trato. Las prescripciones técnicas deben ser, por tanto, adecuadas y no vulneradoras del principio de igualdad dentro de los

66 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 12 de julio de 2018. VAR Srl y Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) contra Iveco Orecchia SpA. Asunto C-14/17.



parámetros de la discrecionalidad técnica⁶⁷, tanto en fase contractual como precontractual. Para ello nuestra actual LCSP⁶⁸ define determinados conceptos, a los efectos de la misma, prescripción o especificación técnica, norma, norma internacional, norma europea, norma nacional, evaluación técnica europea, especificación técnica común y referencia técnica, con el fin de clarificar los elementos que las conforman y su correcta aplicación práctica.

Si bien parece que la definición de las prescripciones técnicas debe desarrollarse "en términos de rendimiento o de exigencias funcionales" para abrir más la competencia, la propia legislación⁶⁹ no establece que sea el único método para hacerse, ya que no existe jerarquía en las diferentes maneras que determinan que las ordene ni preferencia por ninguno de dichos métodos⁷⁰. Determinadas prescripciones técnicas pueden ser injustificadas desde un punto de vista de la funcionalidad del objeto del contrato y vulnerar el principio de concurrencia, si se impide el acceso a la licitación en condiciones de igualdad a empresas del mismo sector, al favorecer a una de ellas.

Por todas estas circunstancias, es determinante que el informe motivado final, que se debe publicar, recoja estas cautelas. Las determinaciones a incluir deben ser genéricas en términos de exigencias funcionales o de rendimiento sin alusiones a concretas fabricaciones,

⁶⁷ Resolución nº 110/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 08 de Junio de 2016

⁶⁸ Artículo 125 LCSP

⁶⁹ Artículo 126.5 LCSP

⁷⁰ Resolución nº 175/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, de 12 de Diciembre de 2018 que cita la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2018, asunto C- 413/17, ECLI:EU:C:2018:865).



procedencia, marca o producción para evitar la colusión. Recuerdo que la colusión entre oferentes en una licitación pública se produce cuando éstos se ponen de acuerdo para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado, con el objetivo de obtener mayores beneficios del concurso o subasta pública⁷¹, y que se debe actuar en caso de sospecha en aplicación de lo previsto en el artículo 132 de la LCSP. Este peligro se produce especialmente en el ámbito tecnológico, cuando el desconocimiento del personal de apoyo o unidades técnicas que redactan los pliegos, hacen que incluso en la redacción de la Consulta se acuda a especificaciones técnicas de soluciones existentes, que muchas veces solo la empresa que presta el servicio puede cumplirlas. (En este sentido algunas administraciones han solicitado asesoramiento del propio sector privado para la asistencia en la elaboración de las consultas preliminares ...) ⁷²

3.6 Cláusulas de confidencialidad

La mayoría de poderes adjudicadores incorporan acuerdos o cláusulas generales de confidencialidad que se deben suscribir para formar parte del proceso de consultas⁷³.

71 Así se recoge en la Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Comisión Nacional de la Competencia (al analizar la Ley 2007 de Contratos del Sector Público) y en los mismos términos lo recoge la Autoridad Vasca de la Competencia. Guía sobre Contratación Pública y Competencia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Página 45.

⁷² Vid. Consulta preliminar del mercado sobre las posibles soluciones técnicas para el proyecto de dotar al futuro Museo de Colecciones Reales de una red de comunicaciones

⁷³ Vid. entre otras, la Consulta Preliminar del mercado sobre aspectos relacionados con la contratación del servicio del Ayuntamiento de Redondela. Nº de referencia expediente: 5986/2018



Su inclusión pretende garantizar que se cumplan las previsiones de transparencia -que debe informar todo el proceso de consulta-, y que se exceptúen solamente aquellas informaciones que expresa y taxativamente hayan señalado como confidenciales los propios participantes, siempre que tal indicación respete lo señalado por la normativa contractual. No será admisible que efectúen una declaración genérica o declaren que todos los documentos o toda la información tiene carácter confidencial.

Conviene recordar que debe mantenerse la confidencialidad de las informaciones relativas a secretos industriales, técnicos o comerciales⁷⁴ ⁷⁵y/o derechos de

74 La Sentencia del Tribunal Supremo nº 3243/2012, de 30 de abril de 2012, al concretar la exclusión relativa a los datos cubiertos por el secreto comercial o industrial, señala que incluye, por ejemplo, documentación relativa a las características técnicas específicas de un nuevo producto, las líneas generales de una campaña publicitaria estratégica, una fórmula, un compuesto químico, el modelo para una máquina o el nombre de una empresa que se pretende absorber, pero no la relación de trabajos, trabajadores, maquinaria, facturación o cuenta de resultados. Citada por BATET JIMÉNEZ, M^a Pilar (2017): "La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes". El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 23, Sección Especial / Artículos, Quincena del 15 al 29 Dic. 2017, pág. 2862-2876.

⁷⁵ El concepto de secretos técnicos o comerciales ha sido delimitado por la jurisprudencia como el conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para: la fabricación o comercialización de los productos, la prestación de servicios y/o la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial y que por ello procura a quién dispone de ellos una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación. (Acuerdo 38/2016, de 13 de abril, del Tribunal Administrativo de



propiedad intelectual, cuando pueda ser contraria a los intereses comerciales legítimos de los participantes y/o perjudicar la competencia leal entre las empresas del sector; o bien cuando su tratamiento pueda ser contrario a las previsiones de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, teniendo en cuenta lo establecido sobre la confidencialidad en la normativa contractual que sea de aplicación^{76.77}

También en lo que toca a este ámbito la redacción del artículo 115.3 de la LCSP parece que tiene una posición ambivalente, por una parte existe una obligación unilateral para el órgano de contratación de mantener la confidencialidad de las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo las mismas solo conocidas íntegramente por aquel, pero también un deber de elaborar un Informe final motivado de las actuaciones realizadas, que no puede ser genérico, y que relacione los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas.

El temor de los participantes en las consultas (entendiendo que se refiere a los operadores económicos activos en el mercado) de que sus soluciones aportadas puedan ser reveladas es lógica: El informe final adquiere también en este punto una importancia singular, ya que los operadores administrativos deben hilar fino al ahora de concretar los contenidos de este importante documento.

Contratos Públicos de Aragón que recoge la jurisprudencia y doctrina más relevante en esta materia).

⁷⁶ Artículo 133 LCSP.

⁷⁷ "Las consultas preliminares del mercado. Definición y metodología" (2017). Dirección General de Contratación Pública. Generalitat de Catalunya Barcelona, 30 de noviembre de 2017.



Para terminar, y no por ello dejar de ser importante, hacer una breve referencia a las condiciones especiales de compatibilidad que permiten al órgano de contratación hacer uso de las medidas que la Ley le faculta para garantizar que no se falsee la competencia. Entre las posibles a adoptar se encuentra la exclusión de la empresa o sus entidades vinculadas que hayan contravenido tal principio por su participación en fases previas y, lo que resulta más llamativo la facultad de comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ellas⁷⁸

La protección de los datos confidenciales es una constante en la legislación europea⁷⁹, pero no por ello hay que dejar de reconocer la dificultad de conjugar la imposibilidad de incumplir el deber de confidencialidad y la posibilidad de revelar la información cuando el órgano de contratación considere que la participación en fases preparatorias da lugar a dicho falseamiento de la competencia. Sin duda, si ya existían numerosos pronunciamientos jurisprudenciales sobre el límite y datos cubiertos por el deber de confidencialidad y sus interacciones con el principio de transparencia, este es un ámbito nuevo controvertido, aun cuando los poderes adjudicadores sean lo más diligentes posible.

3.7 Procedimiento de las Consultas

Nuestra actual ley de contratos determina que antes de iniciarse la consulta, se publicará en el perfil de contratante el objeto de la misma, el momento de inicio de esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, sin olvidar publicitar también la posibilidad de realizar aportaciones por todos los

⁷⁸ Artículo 70 LCSP, que traspone el artículo 41 de la Directiva 24/2014/UE.

⁷⁹ Artículo 57 Directiva 24/2014/UE



posibles interesados junto con las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados. El resultado de las consultas se recogerá en un informe que contenga las actuaciones realizadas, en los términos expuestos en otros apartados de este trabajo.

Más allá de la lectura del artículo de la norma, y de los pasos que muestra, no existe ninguna sujeción a un procedimiento predeterminado, el mismo se diseñará por el órgano de contratación previa evaluación de sus necesidades y los objetivos que pretende conseguir, siempre que se respeten los principios de no discriminación, transparencia y que no se falsee la competencia. Seguramente numerosos poderes adjudicadores no tienen ninguna metodología escrita sobre su realización, y solamente siguen las instrucciones de la norma para proceder a diseñar una consulta. No obstante, como ya sabemos, otros, seguramente de más tamaño y con mayores recursos económicos y materiales, han dictado Instrucciones y Guías internas que facilitan y sistematizan los procedimientos para implementarlas. Evidentemente sería conveniente que cualquier operador que fuese hacer uso de esta herramienta diseñase con carácter previo unas breves, o no, instrucciones que sistematizasen su uso.

Por su parte la "Guía europea para autoridades públicas sobre la contratación pública innovadora"⁸⁰, editada por

⁸⁰ "Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación", 2015; edited by: Procurement of Innovation Platform. ICLEI-Local Governments for Sustainability (Project coordinator). www.innovation-procurement.org y "Guía 2.0 para la compra pública de innovación", publicada en 2015 Guía 2.0 para la compra pública de innovación. http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHERO S/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf.



la Comisión Europea, a la que en todo caso me remito, destaca determinados ítems que se deben seguir a la hora de realizar una consulta para garantizar su éxito:

1. Decidir el ámbito de la consulta, previa evaluación de necesidades, analizando el mercado para determinar a qué niveles debe dirigirse (fabricantes, proveedores de servicios, subcontratistas, integradores de sistemas, investigadores, tercer sector, etc.); 2. Elegir el formato y el plan, fomentando la implicación de los potenciales participantes, valorando cuales de los medios a utilizar son los más convenientes, uso de un cuestionario o encuesta, formularios escritos, entrevistas presenciales, reuniones telefónicas u online, jornadas y presentaciones de proveedores con indicación de plazos y recursos. En esta fase se redactan los documentos que constituyen la consulta y 3. Consulta y obtención de la información, que abarca la publicación de un anuncio de información previa, como el resto de publicidad que se estime conveniente, debiendo conservar un archivo y seguimiento de todo contacto, así como un resumen de los resultados y de sus implicaciones para el procedimiento de contratación. El colofón son las necesarias cautelas sobre la confidencialidad y la prevención de evitar distorsiones de la competencia, la misma información debería ser compartida con otros operadores.

Unas reflexiones adicionales para resaltar la importancia del informe final. Si bien es fundamental que durante el proceso de consulta la información sea la misma para todos los participantes, es en el informe final donde se debe velar por que la totalidad de la información aportada, estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas, recogidas en el mismo respeten los principios contractuales de publicidad y transparencia sin dejar de lado la confidencialidad obligada.



No hay que olvidar que la trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude⁸¹. En cada informe relativo a la contratación deben quedar documentados todos los elementos y decisiones esenciales de cada procedimiento de contratación, así la difusión adecuada (ver apartado publicidad de las Consultas) del informe final o de resultados es la garantía de que futuros proveedores o clientes conozcan las actuaciones llevadas a cabo y tengan libre competencia en el proceso de contratación futuro.

Se deberá realizar un análisis general y muchas veces estadístico sobre respuestas a las cuestiones, pero sin identificar qué empresas concretas las han proporcionado, pudiéndose referirse a la información ya contenida en el correspondiente anuncio de adjudicación de contrato.

Sin duda, la redacción de este informe conlleva su dificultad, porque una redacción muy exhaustiva podrá dar lugar a determinados riesgos de captura del órgano contratante y una muy liviana no cumpliría la necesaria transparencia que debe presidir la realización de las consultas.

3.9 Análisis de riesgos y medidas a adoptar en las consultas preliminares del mercado

No, por último, debe dejarse de abordar, las necesarias y determinadas cautelas a la hora de realizar estas consultas preliminares. Y es que, sin perjuicio de los aspectos positivos que conlleva un mayor conocimiento del mercado, las consultas acarrearán ciertos riesgos, derivados, entre otros, de la posible captura del órgano contratante y de la vulneración de los principios citados

⁸¹ Considerando 126 de la Directiva 2014/24/UE-



de igualdad de acceso a licitaciones, no discriminación y falseamiento de la competencia⁸².

Por ello, recomienda la introducción de medidas correctoras⁸³ cuando se consulta a operadores activos en el mercado que son difíciles de conjugar muchas veces con las posibilidades y medios a utilizar para la realización de las mismas. Reuniones, jornadas, y otros eventos en los que coinciden todos los operadores interesados pueden ser caldo de cultivo para una posible distorsión de la competencia, no obstante las informaciones previas, consultas para recabar la opinión del sector por medios electrónicos, y por supuesto, la publicación en el perfil del contratante de los datos de la consulta (objeto, fecha, terceros a participar, informe motivado de las actuaciones/estudios realizados que deberá tener la misma publicidad que los pliegos) son actuaciones que deben realizarse y en donde el riesgo es menor.

⁸² INF/CNMC/008/16 "Informe sobre los Pliegos que rigen la celebración del Acuerdo Marco para la Contratación del Suministro de material de oficina no inventariable" 10 de marzo de 2016

⁸³ Ver. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público" (2015) de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia IPN/CNMC/010/15, apartado: III.2.7.1 Consultas preliminares del mercado : "i) no organizar reuniones físicas bilaterales ni multilaterales con todos los posibles operadores interesados dado el riesgo de favorecer la colusión entre los mismos; (ii) suprimir la posibilidad de consultas a operadores concretos y limitarlas únicamente a expertos o autoridades; (iii) prohibir expresamente la posibilidad de consulta a organizaciones y asociaciones empresariales; (iv) la introducción de un trámite de consulta pública en el que se instrumenten estas consultas preliminares, similar al que existe en los proyectos normativos; y (v) la máxima difusión de las actuaciones en la web para que tengan acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados."



Pero de qué riesgos hablamos⁸⁴. De información asimétrica, de modo que algunos de ellos se encuentren en una situación de privilegio al conocer anticipadamente información (especialmente los actuales adjudicatarios) o algún documento de la licitación al contar con mayor tiempo para preparar la oferta. Para evitar esta situación se debe ser sumamente cauteloso con la confidencialidad de los documentos y decisiones previas, y actuar unidireccionalmente evitando reuniones individuales de las que se dejará constancia por escrito, pudiendo tener acceso cualquier persona con las limitaciones establecidas en la legislación sectorial. De que la participación en la consulta determine que el pliego responda a los intereses de determinadas empresas o grupos, por formar parte de asociaciones, ser más activas en la participación en la consulta, o ser las adjudicatarias en procedimientos anteriores, para lo que la redacción del futuro pliego deberá no reflejar únicamente aquellas cuestiones que conducen a una sola solución (independientemente de que la aportación sea de varios operadores económicos activos y/u otras entidades, asociaciones, etc). De que durante el proceso se obtenga información de otros participantes a través de actuaciones de la administración en esta fase preparatoria, debiendo garantizar la confidencialidad en esta fase de tramitación tanto de la información suministrada o documentación que hagan llegar el resto de empresas a la administración. Y en último término que se produzcan prácticas colusorias, que deberán ser comunicadas para su evaluación y en todo caso, iniciar y

⁸⁴ Los riesgos a los que hago referencia se encuentran recogidos y desarrollados en profundidad en el "Manual sobre buenas prácticas en materia de contratación, en la relación con los operadores económicos". Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (DGRCC), del Ministerio de Hacienda. 11.06.2018



sustanciar, en una u otra fase del procedimiento, el camino que marca la norma, de acuerdo con lo dispuesto entre otros en los artículos 64, 132 y 150 de la LCSP. Hay que recordar aquí que tiene la consideración de práctica colusoria, y es lo que el propio artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) dispone, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, determinadas prácticas para fijar el precio, condiciones comerciales, control de la producción, reparto del mercado, aplicación de condiciones desiguales, o condicionar a prestaciones suplementarias. Toda cautela es poca, y más en esta fase de preparación de un posible futuro contrato que puede conducir desde el inicio a una contratación dirigida.

Teniendo en cuenta todo lo que antecede, podemos concluir que tanto la delimitación del ámbito objetivo, como el subjetivo y los medios a utilizar en la realización de las consultas parece que van aclarándose. Las cautelas que deben tener los órganos de contratación en las relaciones con los participantes y la problemática en la definición y redacción de las especificaciones técnicas y de los informes a realizar son evidentes. No obstante, el uso de esta herramienta se está extendiendo a medida que avanza el tiempo de vigencia de nuestra ley de contratos que ha intentado normalizar y extender el uso de la misma.

En el análisis de las Consultas publicadas se ha observado que, en aplicación de los aspectos estudiados en los puntos precedentes, muchas de ellas están correctamente estructuradas, formuladas expresando la generalidad de los principios aplicables, que deben ser aceptados expresamente, recordando la normativa



aplicable y sus límites, para concretar la necesidad que se pretende satisfacer, y las especificaciones técnicas que pretenden dilucidar. Anexan documentos con cuestiones –abiertas o cerradas- que dirigen al potencial participante a los aspectos que se valorarán y que permiten resguardar que sus respuestas se formulen en términos de homogeneidad. La información proporcionada en exceso puede dirigir la licitación futura. Pero no todas son así, algunas de ellas se formulan en términos genéricos⁸⁵ sin acotar la respuesta de los participantes, o acotando en exceso los agentes posibles involucrados, lo que determinará a futuro un riesgo de captura del órgano de contratación al utilizar los datos proporcionados en la redacción de los Pliegos. Otras, después de mostrar una necesidad muy definida y un análisis técnico que parece muy exhaustivo⁸⁶, dan un escueto plazo de 10 días para formular las respuestas a la Consulta. No hay que dejar de recordar aquí, que se estima que no menos de treinta días e incluso varios meses es el tiempo idóneo para la captura de la participación de los agentes interesados o incluso superior según cada caso.⁸⁷

4 ANÁLISIS SISTEMÁTICO SOBRE LA CASUÍSTICA DE LAS CONSULTAS REALIZADAS. CATÁLOGO PRÁCTICO

⁸⁵ Consulta preliminar de mercado sobre renting de equipos de detección de gases portátiles para la Empresa Municipal de Aguas de Málaga S.A.

⁸⁶ Diputación de Málaga. Publicación Plataforma 27.03.2019 cuyo objeto del contrato la contratación de herramientas y días para servicios para la emisión en video-streaming de diversos eventos de la Diputación Provincial de Málaga.

⁸⁷ En estos términos se manifiesta la "Guía de contratación pública de innovación" Ayuntamiento de Madrid y Kalamán Consulting (2018).



Son numerosas las cuestiones que nos hemos venido planteando y nos planteamos sobre si el uso de las consultas puede llegar a ser preceptivo si se quiere garantizar el respeto a los principios acuñados de transparencia y de obtención de la mejor calidad precio, o si en determinados ámbitos su uso puede conducir a dirigir una licitación. Sobre si realmente son conscientes los poderes adjudicadores de los riesgos que pueden darse si la misma no se realiza correctamente y si el personal al servicio del órgano de contratación tiene conocimientos suficientes y está preparado para realizarlas con garantías para salvaguardarlos. Son muchas las voces que abogan por una buena gobernanza en materia contractual, entendida como garantía del «derecho a una buena administración», y que exige la profesionalización del sector concebido en un sentido amplio, lo que abarca también a los agentes que gestionen las consultas preliminares del mercado que se promuevan⁸⁸.

¿Es posible llegar a conocer las soluciones existentes sin utilizar estas técnicas? ¿Se están utilizando correctamente? ¿En qué casos no se utilizan? Para intentar responder a parte de estos interrogantes, mostraré aquellos ámbitos en los que el uso de esta práctica se ha normalizado, donde se han iniciado, y donde se están utilizando habitualmente, dejando el último punto para el cajón de sastre en el que se incluyen lo más variopinto de sectores a los que se aplica. No hay que olvidar que Europa preconiza la universalización de estas herramientas para todo tipo de contratos.

88 En estos términos se manifiesta VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): "Consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las «compras públicas inteligentes»". Revista española de Derecho Administrativo nº 191 Abril - Junio 2018, páginas 77-106.



Así, imbuidos por la estela europea, su utilización se ha extendido entre administraciones y poderes adjudicadores de ámbito estatal, autonómico y local, pero respecto a estas últimas en aquellas de tamaño medio, cuyos órganos de contratación pueden tener apoyo técnico suficiente. En caso contrario el uso resulta inviable por la necesidad de tiempo y personal para realizar una planificación, realización y seguimiento adecuados. Se observa, asimismo, que cuantos más recursos dispone la entidad que aprueba la realización de la consulta, más medios utiliza para conocer el mercado, consultas, jornadas, encuestas, etc y más complejas es su configuración e implementación. Sin embargo, sin tanto despliegue de medios, muchos otros poderes adjudicadores se han lanzado en el uso de esta herramienta con un diseño sencillo, casi estandarizado, que permite dar a conocer los posibles contratos futuros, la búsqueda de financiación de los posibles participantes, y en definitiva mejorar la calidad precio de las prestaciones que se contratan.

4.1 Innovación

Antes de abordar los ámbitos específicos en dónde se observa una mayor necesidad de acudir al mercado para redactar las prescripciones técnicas, o incluso determinadas consideraciones de las cláusulas administrativas, para conocer las soluciones que el mercado ofrece, o para saber si existe o puede existir la solución óptima a dichas necesidades, y si realmente son o han sido útiles, hay que dejar sentado que esta herramienta de consulta al mercado está unida a la nueva política pública que surge en las Directivas de 2014 la innovación⁸⁹, que debe promoverse a través de

⁸⁹ Pero qué se entiende por innovación, para ello acudimos al artículo a 2.1.22 de la Directiva 2014/24/UE que establece: la «Introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se



los diferentes instrumentos contractuales que la norma posibilita.

Debemos conocer y ser conscientes de las posibilidades que nuestra actual ley de contratos ha plasmado para facilitar la Compra Pública de Innovación, entre otras la herramienta que ahora nos ocupa, que junto con otros procedimientos como el reservado para el procedimiento de licitación con negociación cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras⁹⁰ o el procedimiento de Asociación para la Innovación, se configuran en instrumentos que contribuyen a incentivar la inversión privada en I+D. Todos ellos canalizan diferentes formas de interrelación entre agentes privados y sector público, y dan respuesta no solo a los dictados de las Directivas comunitarias, sino a una realidad que ahora se reconoce que es la necesidad de que estos operadores participen en el establecimiento de las especificaciones técnicas, como ya lo venían haciendo en la práctica.

De esa manera se potencia que el sector público invierta en proyectos innovadores necesarios para mejorar su funcionamiento y, en dicho camino, la inversión privada se una a tal objetivo. En el caso español ya existe un importante historial de casos que han hecho uso de este enfoque, con el apoyo de fondos europeos (FEDER

limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» .

⁹⁰ Vid. artículo 167 LCSP donde se establece para todos los tipos de contratos un *numerus clausus* de los supuestos en los que exclusivamente se puede aplicar el "procedimiento de licitación con negociación".



fundamentalmente, con un porcentaje medio de ayuda del 73%). Ha91.

Son consultas preliminares complejas, necesarias, que se han ligado a financiación europea, y que cuentan con equipos de apoyo para llevarlas a término⁹².

4.2 **Ámbito sanitario y tecnológico**

Si bien “innovación” puede ligarse a la mayoría de ámbitos o sectores, no por ser los campos dónde las consultas preliminares han tenido su despertar en la contratación pública española, puede dejarse de mencionar su utilización especialmente en dos ámbitos cuyo uso se ha extendido entre diversos poderes adjudicadores: sanidad y tecnología. Son numerosos los ejemplos en estos dos ámbitos que han contribuido a su implantación en otros sectores que pretenden optimizar los recursos públicos buscando nuevas prestaciones y soluciones que hasta la fecha sólo se conocían en el ámbito del mercado.

Una vez detectadas las necesidades, el paso siguiente es analizar el mercado para saber si existen soluciones

⁹¹ Así se ha manifestado el OBSERVATORIO SECTOR PÚBLICO (OSPI) EICISA. “La contratación TIC en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.” <https://www.iecisa.com/es/actualidad/publicaciones/La-contratacion-TIC-en-la-nueva-Ley-de-Contratos-del-Sector-Publico-Documento-OSPI/>

⁹² Consulta Preliminar al Mercado del proyecto Cloud_IA (“E-infraestructura de Información Ambiental para el Desarrollo de Soluciones basadas en la Integración Espacial Normalizada de Variables”), proyecto seleccionado en la Estrategia para el Impulso y consolidación de la Compra Pública de Innovación en la Administración Pública de la Junta de Andalucía, para ser acometido vía CPI, y susceptible de financiación a través de la medida dotada con 50 millones de euros incluida en el Programa Operativo Regional del Marco Europeo 2014-2020 (PO FEDER Andalucía).



mejores a las conocidas para poder implantarlas en las entidades contratantes. Es posible que las soluciones innovadoras adecuadas ya existan o que pudieran lograrse mediante la adaptación o la combinación de las existentes. También es posible que el mercado pueda desarrollar una solución innovadora a tiempo si tiene la oportunidad de hacerlo. El propósito principal de la consulta preliminar del mercado es por tanto comprobar el estado de la técnica.⁹³ Aquí es donde la capacidad de implementar estas consultas es mayor, los avances superan la capacidad de reacción de los propios entes contratantes.

Las experiencias en estos sectores -unido en muchas ocasiones a Compra Pública Innovadora- se han realizado mucho tiempo antes de la plasmación en la actual LCSP.

Son significativos los ejemplos realizados en la Comunidad autónoma de Galicia. Un ejemplo de diálogo técnico o de consultas preliminares del mercado al que la doctrina cita y estudia repetidamente lo encontramos en el procedimiento establecido por la Consellería de Sanidad y el Servicio Gallego de Salud a través de la Orden de 27 de abril de 2012 por la que se aprueba la convocatoria abierta de propuestas de soluciones innovadoras para los proyectos de innovación sanitaria InnovaSaúde y Hospital 2050 cofinanciados con Fondos FEDER-Fondo Tecnológico (DOG, núm. 82, de 30 de abril de 2012. Corrección de errores publicada en el DOG núm. 112, de 13 de junio de 2012).⁹⁴ .

⁹³ Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación COMISIÓN EUROPEA Bruselas, 15.5.2018 C (2018) 3051 final. P. 38

⁹⁴ El desarrollo del procedimiento aparece recogido en el anexo I de la Guía de buenas prácticas para favorecer la Contratación Pública de Innovación en GALICIA Edición:



A la citada convocatoria se han presentado 305 propuestas de soluciones innovadoras, 109 empresas participaron en las consultas preliminares al mercado, habiéndose licitado 21 contratos de Innovación en los que participan 25 empresas. El 82% de las empresas licitadoras participó en las Consultas Preliminares al Mercado.⁹⁵, lo que demuestra que los beneficios son tanto para el poder adjudicador que se ve beneficiado del conocimiento y práctica de los agentes privados para el lanzamiento de nuevos o mejorados productos, como para las empresas que han participado en estos procesos previos activamente o incluso como espectadores de las actuaciones llevadas a cabo en el desarrollo de la consulta correctamente divulgada.

Avanzando en el tiempo, la utilización de esta técnica de conocimiento previo del mercado se ha expandido exponencialmente, siendo prácticamente la totalidad de las comunidades autónomas quienes la han llevado a la práctica, es justo citar entre otras la consulta preliminar del mercado del "servicio inteligente de gestión y producción de lavandería y lencería" (sigla) en la unidad de lavandería y lencería del Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa. 2017/S 126-256662 publicitadas además de a través de la página web propia⁹⁶, mediante anuncio

Septiembre 2016 Axencia Galega de Innovación Consellería de Economía e Industria.

95 Manuel Varela Ex Director General de la Agencia Gallega de Innovación (GAIN) Experto COTEC de Compra Pública de Innovación (CPI) Director de SILO 19 de diciembre de 2017 [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Presentacion-CPM-Baleares-Empresas%20\(9\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Presentacion-CPM-Baleares-Empresas%20(9).pdf).

⁹⁶ La información suministrada garantizaba la posibilidad de consulta a través de la web de las empresas contactadas, de las Jornada Informativas realizadas, de la dirección de correo específico para dudas y sugerencias. Asimismo se muestra relación de asistentes, preguntas-respuestas formuladas junto con el informe final emitido como documento conclusión a la



de información previa en el Diario General de la Unión Europa el 5 de julio de 2017, tal y cómo habían hecho las experiencias anteriores.

Ha tenido que ser en este 2019, el 26 de abril cuando se ha producido la adjudicación de este contrato que se licitó en la Plataforma de contratos del Sector Público el 27/07/2018, ya que posteriormente fue declarado desierto por falta de licitadores mediante acuerdo de fecha 19/11/2018.

La realización de una consulta no garantiza el éxito de la licitación, vemos que el desiderátum de que se eviten los desperdicios típicos de la preparación de contratos que quedan desiertos no siempre se produce. Aun siendo diligente en el diseño y ejecución de la consulta y dedicando los medios humanos y materiales correctos, no podemos evitar que quede desierta o que posteriormente su ejecución esté llena de dificultades, pero es un instrumento que puede dirigir a los poderes adjudicadores en la dirección correcta, y por tanto en definitiva coadyuva a conseguir una correcta gestión de los fondos públicos.

Como segundo gran bloque de consultas en este punto nos encontramos aquellas dirigidas a abordar un proyecto tecnológico, en la que su utilidad es también incuestionable ya que abarca a su vez varios sectores dentro de este proceso, en particular, cabe citar el referido a la tecnología de la información y comunicación (TIC) por ser aquel dónde todas las administraciones públicas se ven afectadas.

Merecen ser mencionados en el ámbito tecnológico el articulado de la Civil UAVs Initiative, que lanzó también el gobierno gallego, con gran acierto ya en 2015, para la

consulta preliminar realizada son otros de los aspectos destacados y que dotaban de transparencia todo el tránsito de la consulta desde su inicio hasta la redacción del documento final.



utilización de sistemas aéreos no tripulados (UAVs en sus siglas en inglés) en el ámbito civil y en la mejora de la prestación de los servicios públicos en el marco del desarrollo de un polo aeronáutico en la que se emplean dos tipologías diferentes de consultas preliminares del mercado. Una a través de una solicitud de información o "Request for information" para realizar un sondeo a los operadores económicos con expectativa en participar en la iniciativa, incentivando el fomento del uso de vehículos aéreos no tripulados para la mejora del propio servicio, y además, profundizar en el conocimiento de la capacidad del mercado y su interés en participar en contrataciones en dicho sector, con soluciones innovadoras. Y como segunda tipología una consulta preliminar "Market Consultation" para preparar las futuras contrataciones de soluciones innovadoras ayudando, como es su propósito, a los operadores jurídicos a redactar las especificaciones técnicas o funcionales y por consiguiente preparar los posibles contratos ⁹⁷. El diseño de la Civil UAVs Initiative fue reconocido con el Premio Nacional de Innovación 2016, por el Gobierno de España y se ha configurado como un ejemplo de Compra Pública Innovadora.

Pero dentro del ámbito tecnológico, nos centramos en el campo de la información y la comunicación (TIC) en las administraciones públicas donde las consultas

⁹⁷ Dichas tipologías y su desarrollo se encuentran en la "Guía de buenas prácticas para favorecer la Contratación Pública de Innovación en GALICIA" Edición: Septiembre 2016 Axencia Galega de Innovación Consellería de Economía e Industria, página 54 con enlaces a los términos de las dos tipologías de las consultas en la siguiente dirección:
http://www.civiluavsinitiative.com/wp-content/uploads/2015/07/RequestForInformation_RFI_CivilUAVsInitiative_GAL.pdf
:
http://www.civiluavsinitiative.com/wp-content/uploads/2015/07/RFP_gal.pdf



preliminares se están realizando por diversos poderes adjudicadores con mayor asiduidad⁹⁸. Si bien en proyectos tecnológicos complejos, que requieren grandes inversiones asociadas a la innovación, son las “grandes administraciones” las que acuden a dichas herramientas, y deben asistirse por equipos multidisciplinares (técnicos, económicos y jurídicos) para el diseño y ejecución de todas las fases en la ejecución del proyecto, en este campo no sólo ellas, sino otras de diverso tamaño y también distinto ámbito territorial lanzan consultas sobre programas de software necesarios para el funcionamiento de los servicios públicos en la era digital. No hay que olvidar que la e-administración (que cuenta con una implantación progresiva y que ha avanzado notablemente en los últimos tiempos) engloba una serie de materias cuyo

⁹⁸. Entre otras, vid. Consulta preliminar de mercado sobre el contrato de servicio para la implantación de herramientas de Administración Electrónica en la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de Les Illes Balears Publicado Plataforma de Contratación del Sector Público 8.07.2019; Consulta preliminar de mercado sobre el servicio Centro de Soporte a Usuarios y Sistemas (CSUS) para la Diputación Provincial de Málaga. 1.07.2019; Actualización de la consulta preliminar de mercado sobre la contratación del suministro, implantación, mantenimiento y soporte de un producto software de contabilidad e inventario de bienes para la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana 13.06.19; Consulta preliminar de mercado para la elaboración de prescripciones técnicas a incluir en el expediente de contratación del servicio de implantación, instalación, configuración, puesta en marcha y mantenimiento de soluciones software para el Área Económica y Financiera del Ayuntamiento de Elche 03.06.19 y Consulta preliminar del mercado para la contratación del software conversor SEPA de TXT a XML PLUS, para la Agencia Pública de Servicios Económicos Provinciales de Málaga, Patronato de Recaudación Provincial 01.06.19



punto en común es el peso determinante que se le da a la tecnología y, en particular, a la digitalización de servicios públicos y su prestación a través de sitios Web gubernamentales⁹⁹.

Nuestra actual Ley no va a resolver los problemas a los que se enfrentan los gestores públicos a la hora de abordar proyectos de desarrollo de software, para lo que se requiere un enfoque más holístico y, no sólo en el ámbito de la contratación, pero si promueve su uso incluso con las propias herramientas para la contratación electrónica que eviten los riesgos de la burocratización¹⁰⁰.

Los problemas detectados¹⁰¹ corresponden a dos áreas que señalan como susceptibles de ser problemáticas, por un lado, la detección interna de necesidades (y su plasmación ya que debe justificarse en el inicio del proceso contractual) y en segundo lugar la redacción de pliegos con el apoyo de proveedores. Coinciden también en sus conclusiones en señalar que los problemas por falta de personal especializado en determinados campos muy técnicos son habituales y lo señalan como uno de los escollos para conseguir tener el mejor sistema tecnológico en nuestras organizaciones, asimismo las dificultades y reticencias para facilitar la colaboración de

⁹⁹PARDO, LUIS (2011): "Aplicación de las nuevas tecnologías en la Administración pública". Revista de Contabilidad y Dirección Vol. 13, año 2011, pp. 105-126

¹⁰⁰ Así se manifiesta el OBSERVATORIO DEL SECTOR PÚBLICO (OSPI). "La contratación TIC en la nueva Ley de Contratos del Sector Público". Documento de conclusiones 2018. [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Presentacion-CPM-Baleares-Empresas%20\(9\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Presentacion-CPM-Baleares-Empresas%20(9).pdf).

¹⁰¹ Determinadas organizaciones sectoriales implicadas, entre ellas la Comisión de Sector Público de AMETIC (patronal representante del sector de la industria tecnológica digital en España) recogen la problemática de este sector, y que básicamente coincide con otros ámbitos de la contratación pública.



proveedores especializados en los campos que debemos mejorar, es el segundo escollo. En este punto se refieren a las consultas preliminares como un nuevo modelo de colaboración, que queda a discreción de los órganos de contratación, no hay que olvidar su carácter potestativo lo que les generan reticencias en cuanto a su aplicación práctica y generalizada.

No podemos olvidar que la tecnología preocupa no solamente a partir de la obligación de implantar la denominada "administración electrónica", si no como mejor gestión¹⁰². Las soluciones abarcan tanto el lanzamiento de un procedimiento de Compra Pública de Innovación mediante el que se pretende implementar soluciones o procedimientos innovadores¹⁰³, como diseñar una licitación para implantar un software de gestión administrativa existente en el mercado en cumplimiento de los derechos que tienen los ciudadanos de relacionarse con las administraciones públicas, y la propia obligación que entraña para la administración¹⁰⁴.

¹⁰² Vid. Consulta preliminar al mercado para la selección de software comercial de planificación y gestión de recursos empresariales. Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, marzo 2019.

¹⁰³ Vid. Centro Municipal de Empresas de Gijón 23 de febrero de 2018. Pliego de condiciones técnicas, que junto a las prescripciones administrativas, han de regir la Contratación por procedimiento abierto del suministro y puesta en servicio de una Herramienta de análisis inteligente de datos para el centro municipal de empresas de Gijón, S.A., cuyo punto primero aborda y detalla la realización de una Consulta preliminar.

¹⁰⁴ Vid. entre otras: Actualización de la consulta preliminar de mercado sobre la contratación del suministro, implantación, mantenimiento y soporte de un producto software de contabilidad e inventario de bienes para la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana 13.06.19; Consulta preliminar de



Aun considerando la problemática expuesta a la que se debe enfrentar la utilización de estas herramientas por los gestores públicos, podemos afirmar que se han configurado como una ayuda fundamental al personal que redacta los pliegos de cláusulas administrativas y/o prescripciones técnicas al ser el punto de partida en muchos casos para el estudio, elaboración y recopilación de la información disponible. Sin olvidar eso sí que se deben realizar con rigor, con una especialidad técnica de partida considerable por quienes las definan y las lleven a la práctica, ya que existe el riesgo de captura del órgano contratante si las cautelas se flexibilizan.

Los esfuerzos en este ámbito por parte de todas las administraciones, propiciado por las reformas legislativas, ha llevado a la Administración electrónica española a ocupar el puesto número 4 de los países de la UE, con mejor puntuación que en 2018, mejorando 4.7 puntos su puntuación, situándose por delante de los otros grandes países europeos como Alemania, Francia, Reino Unido e Italia¹⁰⁵.

La necesidad del conocimiento y ayuda del mercado en estos ámbitos tan definidos es una realidad, por lo que

mercado para la elaboración de prescripciones técnicas a incluir en el expediente de contratación del servicio de implantación, instalación, configuración, puesta en marcha y mantenimiento de soluciones software para el Área Económica y Financiera del Ayuntamiento de Elche 03.06.19 y Consulta preliminar del mercado para la contratación del software conversor SEPA de TXT a XML PLUS, para la Agencia Pública de Servicios Económicos Provinciales de Málaga, Patronato de Recaudación Provincial 01.06.19.

¹⁰⁵Así se indica en Gobierno de España. Noticias. Portal de administración electrónica.
https://administracionelectronica.gob.es/pae_home/pae_act_ualidad/pae_noticias/anio-2019/junio/noticia-2019-06-11-espana-mantiene-4-puesto-administracion-electronica.html#.xwflromzam9



podría considerarse que la realización de consultas preliminares del mercado debía abandonar aquí su carácter potestativo para convertirse en un paso más a la hora de conformar el expediente de contratación de una posible licitación. Las fortalezas y oportunidades que brinda su uso superan las amenazas y debilidades que poseen.

4.3 Otros contratos complejos. Ciclo integral del agua, gestión de residuos sólidos, transporte público de viajeros, mercados, instalaciones deportivas...

Una de las novedades que incorpora la actual Ley de contratos es la supresión del contrato de gestión de servicios públicos y sus diferentes modalidades, concesión, concierto, gestión interesada y sociedad de economía mixta, clásicas figuras utilizadas tradicionalmente por todas las administraciones públicas, especialmente la local¹⁰⁶. Recordamos que es el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 quien ya regulaba aquellas detalladamente, y las configuraba como fórmulas para la gestión contractual de los servicios públicos, normativa que ha venido evolucionando hasta la actualidad, donde prácticamente la concesión ha sido la única superviviente, siendo regulada a la luz de lo dispuesto en las Directivas comunitarias en cuanto a la definición del riesgo operacional¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Así se manifiesta, entre otros MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, JOSÉ LUIS (2011): "La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local" <http://laadministraciondia.inap.es/noticia.asp?id=1508227>

¹⁰⁷ Conceptuamos concesión de servicio o un contrato de servicios a la ciudadanía dependiendo si existe o no transferencia del riesgo operacional. Ximena Lazo Vitoria. El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?



Por tanto, la utilización de estas fórmulas contractuales queda unida inexorablemente a una serie de contratos necesarios para el funcionamiento del municipio, sin olvidar para la construcción y gestión de grandes infraestructuras estatales, y que se corresponden con actuaciones estratégicas que requieren una fuerte inversión económica en diversos sectores, y es precisamente en estos sectores y para estas materias donde las consultas preliminares están siendo utilizadas por los poderes adjudicadores con mayor énfasis, gestión de residuos sólidos, concesión del servicio de aguas (abastecimiento y evacuación de aguas residuales), transporte colectivo urbano de viajeros, biblioteca, instalaciones deportivas de uso público, mercados etc. Todos ellos de acuerdo con el artículo 25 de la LBRL se prestan como servicios públicos para satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, y son servicios de prestación obligatoria, que se incluyen en los listados del artículo 26 de la misma Ley, estableciéndose alguno de ellos como servicios obligatorios para todos los municipios, y otros ordenados acumulativamente, según que el número de

<http://laadministraciondiala.inap.es/noticia.asp?id=1508956>. 18/10/2018. Entendemos por concesión un contrato a través del que un poder adjudicador encomienda a una empresa la prestación de un servicio de su titularidad o competencia (art. 15.1 LCSP). La contraprestación está constituida por el derecho a explotar los servicios, en su caso, acompañado de un precio (art. 15.1 LCSP). La expresión «derecho a explotar los servicios» se vincula a la obligación que asume el contratista de organizar y prestar un servicio (art. 287.1 LCSP), acompañado de un precio. En la Directiva 2014/23 la asunción del riesgo operacional sigue siendo un elemento imprescindible del concepto de concesión y se incorpora expresamente a la definición legal, artículo 5, y en el artículo 14.4 de la LCSP en términos similares pero con alguna matización-



sus habitantes fuera superior a cinco, veinte o cincuenta mil habitantes. Por su parte el 86.3 establece la reserva obligatoria en favor de las entidades locales y su prestación en régimen de monopolio, respetando una tradición municipalista y su carácter público, competencias obligatorias que son susceptibles de explotación económica.

El legislador al aumentar las competencias según aumenta la población, y sin perjuicio de fórmulas asociativas que puedan llegarse a implantar, supone que a mayor número de habitantes mayores serán también las capacidades técnicas y financieras del municipio, lo que muchas veces no se corresponde con la realidad, sin perjuicio de que la obligación de prestar el servicio continúe.

También aquí son varios los municipios y otras administraciones los que están utilizando las consultas preliminares como herramienta para definir adecuadamente los pliegos administrativos¹⁰⁸ sobre la base de una documentación previa que muchas veces adolece de fallos, datos o escasa información justificativa como estudios de viabilidad, proyectos de explotación del servicio y/o planes económicos financieros, no contando con suficiente criterio para abordar determinados aspectos relevantes de dichos pliegos.

Otras veces, si bien se contrata la redacción de los documentos previos que en ocasiones no existían o son manifiestamente mejorables, y que deben formar parte del expediente contractual (proyecto de servicio público

¹⁰⁸ Consulta preliminar del mercado sobre documentación preparatoria del contrato de servicios de limpieza viaria y recogida de residuos del municipio de Elche, aprobada 13 de julio de 2018, en la que se consulta sobre la introducción de un quinto contenedor, zonas de compostaje comunitario, ubicación de contenedores soterrados y Tecnología disponible en sistemas de propulsión de los vehículos afectos al servicio.



municipal)¹⁰⁹ se realiza la consulta con el fin de conocer el interés y capacidad de las empresas, así como las propuestas a incorporar para una previsible mejora en la redacción de los citados documentos técnicos precisos para realizar la contratación. Abarcan tanto aspectos que afectan a cumplimiento de legislaciones sectoriales (agua, transporte colectivo de viajeros, gestión y tratamiento de residuos, la mayoría afectadas por normas comunitarias traspuestas o sin trasponer) como a aplicación de nuevas tecnologías que influyan o redunden en el ahorro de recursos económicos o de otra índole. Asimismo se puede observar cómo se consulta sobre su implementación, costes, propuestas de diseño del servicio, de infraestructuras existentes o a realizar, e incluso propuesta de criterios de adjudicación adecuados a los aspectos que se pretenden incentivar¹¹⁰.

Las ventajas de realización de consultas preliminares en estos ámbitos supera las dificultades de su realización, las materias son complejas, el reconocimiento de las carencias en la elaboración de los documentos previos y en los avances que pueden existir para mejorar la gestión, son puntos clave que determinan adentrarse en la realización de este costoso proceso en medios humanos y materiales. El tiempo en proyectar la contratación aumenta exponencialmente con la dificultad del propio contrato. No obstante, la planificación que se pretende impulsar y la transparencia en el proceso, junto con la competencia y concurrencia son principios

¹⁰⁹ Se proporciona el proyecto de servicio público municipal de transporte de viajeros para la conexión del núcleo urbano con las pedanías del término municipal de Elche, al Iniciar un trámite de consulta preliminar de mercado para la contratación de dicho servicio que se aprueba con fecha 30 de julio de 2018.

¹¹⁰ Consulta preliminar de mercado de fecha 13 de Julio de 2018. Procedimiento: Contrato de Concesión de Servicio Público de Abastecimiento de Agua Potable y alcantarillado del municipio de Güímar (Tenerife).



fundamentales en estos ámbitos que absorben gran parte del presupuesto público. Eficiencia, calidad en definitiva y ahorro de costes premisas que están presentes a la hora de decidir si realizar una consulta preliminar al mercado.

4.4 Coste de los servicios, coste del ciclo de vida, presupuesto Base de licitación

Esta materia, análisis y definición del coste de los servicios, obras o suministros, es otro de los grandes bloques dónde las consultas preliminares están utilizándose por los poderes adjudicadores para adaptar los pliegos de contratación a las directivas comunitarias¹¹¹. La nueva Ley de Contratos de 2017 establece una compleja y pormenorizada regulación sobre la selección y aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos, estableciendo que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, -este concepto sustituye al de "oferta económica más ventajosa"- pudiéndose previa justificación en el expediente, adjudicar con arreglo a criterios basados en 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 (artículo 145.1). Asimismo, se puede aplicar únicamente este cuando se aplique un solo criterio de adjudicación (artículo 146.1). Para cumplir este mandato legal, los operadores jurídicos cuentan

¹¹¹ Si bien el título de la consulta parece que podría estar dirigida a diversos ámbitos, incluso a garantizar la ausencia de exclusividad, la Consulta preliminar de fiestas suministro de 9 carrozas artísticas para su desfile en la cabalgata de reyes 2020 de Majadahonda, establece su objeto, al igual que otras muchas en: "Obtener una estimación del precio del suministro de 9 carrozas en régimen de alquiler para su desfile en la Cabalgata de Reyes 2020 de Majadahonda".



únicamente con los datos e información aportada al respecto en la LCSP 2017 cuyo art. 148.3 de la LCSP, conforme el artículo 68 de la Directiva 2014/24/UE, indica los datos que deben ser incluidos en los pliegos¹¹². Son artículos complejos, sin desarrollo o definición de los conceptos que abarca. La Ley profundiza en los datos agregados que pueden formar parte del coste de los contratos, pero no encontramos un método para calcular el coste del ciclo de vida, lo que sería deseable¹¹³.

¹¹² Artículo 148.3 LCSP. "Cuando los órganos de contratación evalúen los costes mediante un planteamiento basado en el cálculo del coste del ciclo de vida, indicarán en los pliegos los datos que deben facilitar los licitadores, así como el método que aquellos utilizarán para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos. El método utilizado para la evaluación de los costes imputados a externalidades medioambientales cumplirá todas las condiciones siguientes: a) estar basado en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios; en particular, si no se ha establecido para una aplicación repetida o continuada, no favorecerá o perjudicará indebidamente a empresas determinadas; b) ser accesible para todas las partes interesadas; c) la información necesaria debe poder ser facilitada con un esfuerzo razonable por parte de las empresas, incluidas aquellas procedentes de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio o de otros Estados signatarios de algún otro Acuerdo Internacional que vincule a España o a la Unión Europea."

¹¹³ En dichos términos se ha manifestado GÓMEZ GUZMAN, JUÁN CARLOS (2018): "La ecuación del «coste del ciclo de vida» (CCV). Metodología para aplicar el nuevo criterio de adjudicación." <https://red.novagob.org/la-ecuacion-del-coste-del-ciclo-de-vida-ccv/20-de-marzo-de-2018>, remitiéndose a su artículo "La ecuación del «coste del ciclo de vida» (CCV). Procedimientos y metodología de su cálculo, y del criterio de valoración y adjudicación". Revista de Contratación Administrativa Práctica **nº 154**, marzo-abril 2018, páginas 32-43.



No podemos dejar de recordar la necesaria corrección que debe presidir a la hora de definir dichos criterios, ya que los mismos van a poseer, como señalan numerosas sentencias dos funciones: servir de herramienta de valoración y configurar el objeto del contrato, ya que *“aquellos que aparezcan enumerados en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo serán, simultáneamente, elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinarán la adjudicación del mismo y, por ende, elementos orientadores de la elaboración de la oferta” y elementos determinantes de la adjudicación*¹¹⁴.

Pero no solo los criterios de adjudicación, también otros conceptos e informaciones¹¹⁵ que son necesarias para preparar la licitación, y que ha incorporado la actual LCSP son de difícil concreción: Desglose del presupuesto base de licitación¹¹⁶, valor estimado del contrato¹¹⁷,

¹¹⁴ Vid. Resoluciones del TACRC 287/2011, de 23 de noviembre de 2011 y 280/2011, de 16 de noviembre de 2011.

¹¹⁵ En este sentido se ha manifestado la Federación Municipios y Provincias “Guía de Integridad en la contratación Pública Local”, página 231.

¹¹⁶ Artículo 100.2 de la LCSP: “El presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”

¹¹⁷ Según el artículo 101.2º de la LCSP “En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven



información sobre los convenios colectivos, justificación división de lotes, y otros muchos, impulso de utilización de criterios ambientales, (que pueden ser doblemente valorados), criterios sociales, de igualdad, etc. Especialmente en relación con estos últimos es donde las consultas preliminares pueden ayudar a realizar una correcta selección y redacción de dichos criterios teniendo en cuenta el concreto objeto contractual, y ayudar al mismo tiempo a impulsar la responsabilidad social o medioambiental del sector¹¹⁸.

Hay que recordar que en el expediente de contratación tiene que constar una memoria económica que resuma los estudios realizados y sus resultados, indicando el origen de los precios estimados y las razones por las que estos se consideran adecuados al mercado¹¹⁹.

de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”

¹¹⁸ Interesantes aportaciones en la Instrucción de contratación pública responsable y guía inclusiva de clausulado social y sistema de verificación del ayuntamiento de Valencia, aprobada por la Junta de Gobierno local de 22 de febrero de 2019 que señala la obligatoriedad de realizar consultas en sectores estratégicos, a efectos de incorporar criterios sociales: *“Realizará consultas preliminares de mercado, en relación con la contratación prevista en el Plan anual, al objeto de poder determinar los contratos más idóneos para ser reservados, cotejando si los Centros especiales de empleo o las Empresas de inserción operan en ese sector de actividad.”*

¹¹⁹ Interesantes recomendaciones en el apartado Memoria Económica, en la que reconoce que cuando exista dificultad en determinar dichos conceptos podrá acudir a realizar una consulta preliminar. Instrucción 27/2018, de 18 de Mayo, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se establecen Directrices en materia de contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa Publicada en BOD Nº 102 de 25 de mayo de 2018



Ante esta dificultad, y con la espada de Damocles de las Resoluciones de los Tribunales contractuales¹²⁰, los operadores jurídicos tienen que estar asistidos, y es aquí donde más pueden beneficiarse de las ventajas que la tramitación de consultas preliminares ofrecen, ayudar a definir en la Memoria y en los Pliegos dichos conceptos para el concreto contrato. Y es para todos los contratos, independientemente de las circunstancias de cada administración, por lo que la práctica está demostrando que aunque con una técnica no muy depurada, las consultas al mercado están suplantando en algunos ámbitos contractuales complejos a los antiguos contratos de consultoría y asistencia técnica, y en otros ayudando a los técnicos a adecuar los pliegos a las nuevas exigencias de la LCSP, con los riesgos que hemos citado y que podría acarrear sin la necesaria preparación. Es difícil comparar y establecer un criterio ante varios propuestos por diversos agentes que han participado en la consulta, cuando de antemano no podemos establecer mínimamente los mismos. El análisis de riesgos y las medidas a adoptar son trabajos previos que deben realizarse e implementarse posteriormente para que la consulta que se realice ayude al operador pero sin dirigir la futura licitación.

4.5 Contratos de exclusividad técnica

Con independencia de la necesaria justificación en el expediente de los motivos por los que el órgano de contratación acude a un procedimiento negociado sin publicidad, en el caso de los contratos que puedan adjudicarse en virtud del artículo 168 a) 2º de la LCSP,

¹²⁰ Vid. Resolución nº 632/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) anula una cláusula por no ha consignado de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.



concretamente, cuando solo puedan ser encomendados a un empresario determinado por que no exista competencia por razones técnicas, es interesante la utilización de consultas preliminares para conocer si realmente existen¹²¹ dichas razones técnicas exclusivas, o existe alguna solución en el mercado que puede ser presentada por diferentes operadores económicos que quiebre la potencial exclusividad para fundamentar su aplicación. Asimismo, en el artículo 44.2.e) de la LCSP en los ámbitos de la defensa y de la seguridad se recoge esta circunstancia para los contratos incluidos en su esfera de aplicación. Y todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE¹²² que legitima acudir a esta figura cuando la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, señalando a título ejemplificativo la situación que precisamente puede ser demostrada con la utilización de las consultas, *“que objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato”*.

Y asimismo, y ante tales premisas podemos preguntarnos si realmente existe otro operador

¹²¹ Vid. Resolución 195/2017 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. “no es posible recurrir a este supuesto cuando la ausencia de competencia es el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.” Y Resolución nº 29/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, de 14 de Junio de 2016, citando al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 75/2012, de 12 de julio, que indica que “la utilización del referido procedimiento exige la constatación y acreditación clara e irrefutable que concurre aquella exclusividad, y que, en caso contrario, el procedimiento se encontraría afectado por un vicio de nulidad de pleno derecho.”

¹²² Vid. Considerando 50 Directiva 2014/24/UE.



económico que satisfaga las necesidades públicas si no se ha realizado publicidad de la licitación en un medio adecuado aceptado por las partes, como es el Perfil del contratante.

La justificación que debe ser aceptada deberá estar reflejada en el informe motivado, que el órgano técnico tiene que elaborar y que acredite, en su caso, los *“certificados/informes aportados por la empresa, que justifican la exclusividad en relación con la prestación objeto del contrato, que técnicamente existe una única empresa capaz de desempeñar el objeto del contrato, que no existe alternativa técnica válida para alcanzar el objeto del contrato y/o que la ausencia de competencia no es resultado de una reducción artificial de los parámetros de la contratación”*¹²³. Nos encontramos de nuevo ante la dificultad de contrastar la exclusividad y de acreditarla.

Bajo la apariencia de exclusividad técnica, artística, o de otra índole se licitan contratos que muchas veces no la tienen. El desconocimiento del mercado, la “comodidad” del servicio de asistencia al órgano de contratación, la inercia, falta real de tiempo y personal para preparar correctamente los pliegos (con la dificultad que presentan), presiones políticas y sociales veladas, son circunstancias que coadyuvan a que se justifique acudir a este procedimiento cuando legalmente puede ser cuestionable¹²⁴. No olvidemos que el respeto de los

¹²³ Vid. artículo 32.2.b) de la Directiva 2014/24/UE.

¹²⁴ Resolución nº 83/2019 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, de 26 de Abril de 2019 procedimiento negociado sin publicidad: doctrina general; justificación insuficiente basada en una exclusividad autoatribuida por quien se beneficia de ella, no se prueba que



principios de competencia, concurrencia e igualdad entre otros, es lo que determinará obtener la mejor oferta, tanto desde el punto de vista del precio o coste calidad. Por lo que acudir a falsas razones técnicas o de exclusividad y territoriales de las que adolece a menudo el procedimiento de adjudicación, contraviene toda la esencia de los principios contractuales europeos y de la LCSP, pérdida de eficiencia económica, aumento del riesgo de colusión, y exclusión de las PYMES cuya entrada en la contratación pública constituye una política que debe fomentarse¹²⁵. La introducción de las consultas preliminares en estos ámbitos puede ser una herramienta adecuada para garantizar que realmente no existe competencia desde el punto de vista técnico, y por tanto la exclusividad que se alega sea real. Testar al mercado antes de optar por una licitación a través de un procedimiento de estas características, que debe ser interpretado restrictivamente, puede tener mayores ventajas que inconvenientes. La seguridad jurídica que proporciona saber si existen empresas capacitadas para realizar el objeto del contrato que pueden presentarse a una licitación futura, redactar correctamente las prescripciones técnicas complejas, favorecen la competencia y la concurrencia, y en definitiva el respeto a las Leyes contractuales y los principios que las conforman. El diseño que las consultas que se realicen podrán ser aquí más sencillas al partir de elementos de juicio previos y de prescripciones técnicas conocidas. Por

los aspectos señalados concurren en una única empresa ni que obliguen inexcusablemente a la falta de promoción de concurrencia, la complejidad técnica de la prestación no justifica por sí sola el uso del procedimiento negociado sin publicidad.

¹²⁵ Grupo de Trabajo de Integridad en la Contratación. Red de Entidades Locales por la Transparencia y la Participación Ciudadana FEMP "Decálogo de integridad en la contratación pública local"



tanto, las ventajas, a mi juicio, superan las posibles debilidades y amenazas que conlleva su realización.

4.6 Otros contratos con falta de licitadores

Otros de los problemas habituales o mejor dicho de las consecuencias de los errores en la redacción de los Pliegos, por una incorrecta planificación en muchos casos, (al no dar la importancia suficiente a la fase preparatoria del expediente contractual), es que determinadas licitaciones queden desiertas, con el consiguiente despilfarro de recursos humanos, materiales y, en definitiva, económicos, que se produce. Como ya he apuntado en los puntos precedentes, los errores más comunes son un inadecuado cálculo del precio base de licitación, complejidad en la redacción de las prescripciones técnicas con incongruencias en sus exigencias, excesiva o limitada duración que sostenga la viabilidad de las prestaciones que se pretenden contratar, etc.

Pero no solo la "*duplicación de recursos económicos*"¹²⁶ (contratación fallida y nueva contratación) si no la falta de bienes, servicios u obras que son necesidades a satisfacer que requieren las entidades públicas, son las consecuencias que producen los procedimientos desiertos, lo que determina en último término, que estas no puedan cumplir sus fines. A su vez, genera presiones respecto la nueva contratación, para que se licite en menores plazos y de manera más flexible, sin la adecuada rigurosidad, con lo que existe mayor

¹²⁶ En este sentido, y aplicable a nuestro país, se manifiesta Organización para la Seguridad Y La Cooperación En Europa, (OSCE), Dirección de Supervisión, Fiscalización y Estudios Sub Dirección de Estudios Económicos y de Mercado. ¿Por qué razones un proceso de selección queda desierto? Delimitación de causales. Marzo de 2011.
https://www.mef.gob.pe/cont_estado/documentos/1_Estudio_desiertos.pdf.



posibilidad de que la decisión final no sea la más eficiente, y se produzca despilfarro en recursos económicos, en definitiva.

La mayoría de las consultas estudiadas recogen una serie de cuestiones que necesitan aclaración por parte del mercado pero no circunscritas a uno de los ámbitos estudiados en los párrafos precedentes, sino que abarcan varios de ellos, así podemos a título ejemplificativo citar la formulada por la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, a través del órgano de contratación Junta de Contratación del Ministerio de Economía y Empresa, para preparar y recopilar los datos necesarios para convocar la licitación un contrato para la prestación del "servicio de mantenimiento y calibración de los equipos de medida utilizados en tareas de comprobación técnica de emisiones radioeléctricas", declarado desierto en un procedimiento contractual anterior, para poder estimar el presupuesto base de licitación, llevar a cabo una división en lotes óptima, y completar las especificaciones técnicas del servicio. Sin duda, en esta fase preparatoria de la licitación, se podrá analizar y completar aquellos aspectos que han adolecido de vicios o cuya rigurosidad en su definición no ha sido la adecuada.

Las cuestiones que se han observado en la formulación de consultas, previa declaración de fallido del anterior procedimiento, se refieren tanto a información técnica como económica. Abordan aquellos aspectos sobre los que se sospecha han conducido a la ausencia de licitadores, pero asimismo aquellos otros que "*se crea interesante sean tenidas en cuenta en la preparación de la licitación*" ante el desconocimiento de las causas concretas de dicho desenlace. Esta fórmula genérica puede determinar problemas posteriores por su plasmación en el informe final que debe recoger el



proceso de consulta, el cual debe plasmar las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas, pero sin especificar las soluciones propuestas por los otros participantes. Sin duda en este ámbito una previa planificación adecuada y la utilización de este instrumento determinaría un importante ahorro de costes.

4.7 Mercadillo de consultas preliminares en diversos contratos

Un último apartado, para constatar que si bien el número de consultas realizadas no es muy elevada en el conjunto de las contrataciones del Sector Público español¹²⁷, de una simple lectura del título de las publicitadas en la Plataforma de Contratos del Sector Público, canal obligatorio de información, se observa la utilización para diversos contratos y dispares, que en principio no parecían ser los principales destinatarios de su regulación legal. Entre ellos, compra material de oficina, sillas, limpieza de instalaciones, mantenimiento de servicios, adquisición de determinados bienes o productos que ya existen en el mercado y que se han venido suministrando con regularidad por proveedores privados, carrozas,... La necesidad se conoce, y su concreción en los pliegos que rigen las licitaciones puede, a priori, realizarse por los servicios técnicos dependientes el órgano de contratación. Las cautelas aquí deben ser igual de importantes, podemos pensar que estamos dejando de realizar el importante análisis previo y su contraste posterior con los resultados de las

¹²⁷ Federación Municipios y Provincias. "Guía De Integridad De La Contratación Pública Local." http://femp.femp.es/files/3580-2053-fichero/GUÍA_INTEGRIDAD_CONTRATACION_PUBLICA_LOCA_L.pdf. página 32.



consultas para determinados contratos, pudiéndose producir el efecto contrario al que se pretende.

No obstante, todas ellas confluyen en un objetivo que es común al resto de herramientas que la LCSP posibilita, cumplir los mandatos de las Directivas comunitarias incorporando y definiendo en los pliegos contractuales aquellas cláusulas que permitan una contratación más eficiente, transparente e íntegra, desterrando así prácticas corruptas.

5 CONSIDERACIONES FINALES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. Las consultas preliminares al mercado se configuran como una herramienta adecuada, para entablar unas relaciones regulares y transparentes con proveedores y agentes involucrados para obtener los mejores resultados pretendidos por una contratación pública estratégica y alcanzar así los objetivos de la Estrategia Europa 2020. Eficiencia en el gasto público, facilitar la participación de los operadores económicos, especialmente las pequeñas y medianas empresas, dotar al sistema de mayor seguridad jurídica, y permitir a los poderes adjudicadores elegir la opción más innovadora, social o ecológica, son en último término las posibilidades que el uso de este método permite. Objetivos inmediatos y alcanzables con su formulación son preparar el concreto procedimiento contractual para el que se usa y publicitar los programas de contratación diseñados o a diseñar por los poderes adjudicadores, así como sus requisitos.

2. Normalización metodológica. Para poder realizar de forma eficaz una consulta preliminar al mercado es importante que la fase de preparación y planificación, en la que incluye tanto la detección de las necesidades futuras, la participación de los interesados, el análisis de



mercado y la definición del objeto se realice forma exhaustiva. Solo realizando un buen análisis previo puede desarrollarse adecuadamente la consulta y obtener unos buenos resultados.

Más allá de la lectura del artículo de la norma, y de los pasos que muestra (ámbito objetivo, subjetivo, medios a utilizar, principios, publicidad en la Plataforma de contratos del sector público, cláusulas de confidencialidad) no existe ninguna sujeción a un procedimiento predeterminado, el mismo se diseñará por el órgano de contratación previa evaluación de sus necesidades y los objetivos que pretende conseguir, siempre que se respeten los principios de no discriminación, transparencia y que no se falsee la competencia. Se aconseja normalización en el diseño e implementación de las consultas.

3. Consultamos al mercado por necesidad. Su uso, potestativo, no está vinculado al desarrollo de ningún procedimiento de adjudicación en particular, si bien es incuestionable su utilización para compras públicas innovadoras, en contratos complejos o en aquellos que se configuren estratégicos en los ámbitos social o medioambiental. Respecto a estos ámbitos, numerosas administraciones los regulan como obligatorios, dentro de una estrategia más amplia de contratación responsable, y en consonancia con lo que Europa preconiza de universalización de estas herramientas para todo tipo de contratos.

La práctica está demostrando que su uso pretende paliar las carencias que se han constatado en la elaboración de diversos documentos previos y en los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas de los antiguos contratos de gestión de servicios públicos, en sectores estratégicos que requieren una fuerte inversión económica, agua, residuos, transporte colectivo de viajeros, instalaciones deportivas, servicios sociales, y en los que los avances que pueden existir para mejorar



la gestión son significativos. Asimismo, para todos los contratos donde existe dificultad de concretar el coste de los servicios, cálculo del precio base de licitación, criterios de adjudicación óptimos para elegir la mejor oferta en términos de calidad precio, determinadas prescripciones técnicas que recogían incongruencias en sus exigencias y/o duración que sostenga la viabilidad de las prestaciones que se pretenden contratar, sin olvidar aquellos en los que se debe acreditar que no existe competencia desde el punto de vista técnico, y por tanto la exclusividad que se alega sea real.

El desconocimiento del mercado, la "comodidad" del servicio de asistencia al órgano de contratación, la inercia, falta real de tiempo y personal para preparar correctamente los pliegos (con la dificultad que presentan), presiones políticas y sociales veladas, son circunstancias que coadyuvan a que las licitaciones queden desiertas, que se adjudiquen a una oferta que hubiese sido mejorable, o incluso dirigida, lo que provoca que la decisión final no sea la más eficiente.

4. Se deben realizar con rigor, con una especialidad técnica de partida considerable por quienes las definan y las lleven a la práctica, ya que existe el riesgo de captura del órgano contratante si las cautelas se flexibilizan. Son muchas las voces que abogan por una buena gobernanza en materia contractual, entendida como garantía del «derecho a una buena administración» y que exige la profesionalización del sector.

5. La realización de una consulta no garantiza el éxito de la licitación. Aun siendo diligente en el diseño y ejecución de la consulta y dedicando los medios humanos y materiales correctos, no podemos evitar que quede desierta o que posteriormente su ejecución esté llena de dificultades, no obstante, es un instrumento que puede dirigir a los poderes adjudicadores en la dirección correcta, en consonancia con las directrices europeas.



BIBLIOGRAFÍA

BATET JIMÉNEZ, M^a Pilar (2017): "La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes". El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 23, Sección Especial / Artículos, Quincena del 15 al 29 Dic. 2017, pág. 2862-2876

BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL (2018): "El Desarrollo Autonómico de la normativa Sobre Contratos Públicos" Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Nº Extra 18, 2018 (Ejemplar dedicado a: La Ley de Contratos del Sector Público), págs. 91-138

CASTILLO CANO, ANDRÉS (2016): "Los estudios de mercado, base fundamental en el proceso de contratación pública" Observatorio Colombiano de Contratación Pública. <http://www.occp.co/los-estudios-de-mercado-base-fundamental-en-el-proceso-de-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica>. Consultado 30/05/2019

CODINA GARCÍA-ANDRADE, XAVIER (2014): "Introducción al Régimen Inglés de los Contratos Públicos". Revista de Administración Pública, núm. 194, Madrid, mayo-agosto pág. 435

CZAJKA, ALEKSANDRA (2013): "La figura del «diálogo técnico» en el derecho europeo de la contratación pública" Universidad de Adam Mickiewicz en Poznan (Polonia)
https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12520/AD_17_2013_art_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y
Consultado 30/07/2019

GIMENO FELIÚ, D. JOSÉ MARÍA (2016): "El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la



contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado y Navarra” Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) WP nº 30. Universidad Complutense Facultad de Derecho, Madrid.

GÓMEZ GUZMAN, JUÁN CARLOS (2018): “La ecuación del «coste del ciclo de vida» (CCV). Metodología para aplicar el nuevo criterio de adjudicación.” <https://red.novagob.org/la-ecuacion-del-coste-del-ciclo-de-vida-ccv/20> de marzo de 2018. Consultado 02/07/2019

GÓMEZ GUZMAN, JUÁN CARLOS (2018): “La ecuación del «coste del ciclo de vida» (CCV). Procedimientos y metodología de su cálculo, y del criterio de valoración y adjudicación”. Revista de Contratación Administrativa Práctica nº 154, marzo-abril 2018, páginas 32-43.

HUERTA BARAJAS, JUSTO ALBERTO (2019): “Breve análisis de los riesgos en la fase interna de la Ley de Contratos del Sector Público”. Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, Nº. Extra 4 (diciembre), 2018 (Ejemplar dedicado a: Auditoria de la gestión pública local), págs. 93-115

LÓPEZ DONAIRE, BELÉN (2017): “Las consultas preliminares del mercado a la luz de las nuevas directivas” Práctica Contratación Administrativa Nº 147, enero-febrero 2017.

LUCENA VALENCIA, JUAN (2019): “Las consultas al mercado en la Ley de contratos.” Contratación Administrativa Práctica Nº 160, marzo-abril 2019



MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, D. JOSÉ LUIS (2017): "La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local" <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508227> Consultado 29/05/2019

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL (2015): "Guía europea para autoridades públicas sobre la contratación pública de innovación" Observatorio de Contratación Pública,
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.209/relmenu.3/chk.da1a01f3d21f2fc5096ec82725c7df49-> Consultado 30/05/2019

MIÑO LÓPEZ, ANTONIO (2017) "Preliminary market consultations in innovation procurement: A principled approach and incentives for anticompetitive behaviours" (p.8) *Ius Publicum Review*. Fascículo 2

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2019): "Grave incumplimiento español del derecho de la UE por la falta de trasposición de la directiva de contratos públicos en los sectores especiales". Observatorio español de Contratación Pública
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.495/relmenu.3/chk.c3df68dccc123259287579f11b14f71> Consultado 29/04/2019

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO Y PLEITE GUADAMILLAS, FRANCISCO (2011): "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático", Editorial La Ley. Madrid.



PARDO, LUIS (2011): "Aplicación de las nuevas tecnologías en la Administración pública" Revista de Contabilidad y Dirección Vol. 13, año 2011, pp. 105-126.

RUBIO RODRÍGUEZ-VIGIL, FRANCISCO JAVIER (2019): "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: dudas razonables en el proceso de consultas preliminares" consultado en web del Consejo General de la Abogacía Española <https://www.abogacia.es/2018/04/25/la-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico-dudas-raazonables-en-el-proceso-de-consultas-preliminares/#>. Consultado 18.08.19

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación", Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Nº. 153, 2018, págs. 56-68

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): "Consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las «compras públicas inteligentes»". Revista española de Derecho Administrativo Nº 191 Abril - Junio 2018, páginas 77-106.

VARELA, MANUEL, (2017) Ex Director General de la Agencia Gallega de Innovación (GAIN) Experto COTEC de Compra Pública de Innovación (CPI) Director de SILO 19 de diciembre de 2017 [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Presentacion-CPM-Baleares-Empresas%20\(8\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Presentacion-CPM-Baleares-Empresas%20(8).pdf). Consultado 10.06.19

VÁZQUEZ LACUNZA, ESTELA (2018): "Obligaciones de información del poder adjudicador a los licitadores" Contratación administrativa práctica: Revista De La



Contratación Administrativa y de Los Contratistas, Nº. 158.

VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER (2018): "Consultas Preliminares Con Menos Burocracia 10 aciertos de la nueva Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra" (Ley Foral 2/2018, de 13 de abril. BON de 17 de abril de 2018). El Consultor de los Ayuntamientos.

VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER (2019): "Compra pública de innovación. Avanzando hacia la compra pública estratégica". Contratación Administrativa Práctica Nº 159, enero-febrero 2019.

VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER. (2019): "Consultas preliminares desde la óptica de los poderes adjudicadores y las empresas" Contratación Administrativa Práctica Nº 162, julio-agosto 2019.

