

# **La nueva Ley de contratos del Sector Público: normas particulares en cuanto a la contratación de servicios de Arquitectura y Urbanismo**

---

## **ÍNDICE**

---

I.- Introducción. Aspectos generales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público

II.- Ámbito de aplicación de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público

III.- Los encargos a medios propios. Otros instrumentos de cooperación pública entre entidades del sector público: su régimen jurídico

IV.- Los servicios de Arquitectura y Urbanismo, como prestaciones de carácter intelectual: su alcance y significado

V.- La solvencia económica y profesional en los contratos de servicios profesionales (artículos 74 a 92)

VI.- Criterios de adjudicación. Especial consideración sobre los criterios de la calidad, con carácter prevalente, sobre la oferta económica.

VII.- Procedimientos de adjudicación.

VIII.- La regulación del concurso de proyectos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: análisis normativo y cuestiones interpretativas

IX.- La regulación del BIM en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

X.- Consideraciones finales. Cuestiones de interpretación y aplicación de la Ley.

## **I.- Introducción. Aspectos generales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.**

La exposición y análisis de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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, requiere una delimitación previa del objeto y de las materias que van a ser desarrolladas, teniendo en cuenta la extensión y complejidad del texto normativo.

El contenido del texto articulado se concreta en 347 artículos, 53 disposiciones adicionales y 16 disposiciones finales, todo ello con una extensión significativa, minuciosa y que como se ha señalado por la doctrina, tiene en muchos casos un carácter reglamentario.

Por ello, lo primero es delimitar el contenido y el objeto del análisis de una exposición de esta naturaleza.

En tal sentido, se va a centrar el mismo en una exposición analítica - fundamentalmente descriptiva-, pero también en algunos aspectos significativos con consideraciones valorativas, de las novedades más esenciales de esta Ley, que constituye el texto normativo estratégico en la regulación de la contratación pública en nuestro país.

Nos referiremos de manera especial en aquellos aspectos que inciden en la contratación de los servicios de Arquitectura y Urbanismo, especialmente en la consideración como prestaciones de carácter intelectual de tales servicios profesionales; los nuevos criterios de adjudicación de la contratación y el cambio de paradigma que va a representar que la calidad en la contratación de estos servicios de Arquitectura y Urbanismo predomine sobre el precio y la oferta económica. Y cuestiones tan relevantes como la solvencia económica y profesional. los procedimientos de adjudicación, con especial referencia a lo que constituye el nuevo modelo de la regulación de los concursos de proyectos.

La Ley, que entró en vigor el próximo 9 de marzo de 2018, se ha publicado en el BOE de 9 de noviembre de 2017 y deroga el texto hasta ahora vigente, es decir, el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre.

A continuación, efectuamos una enumeración, sin ánimo exhaustivo, de lo que pueden considerarse los rasgos o las notas más relevantes del texto normativo:

- En primer lugar, es necesario recordar que estamos ante un texto normativo que lo que hace es esencialmente una labor de trasposición de Directivas Comunitarias. En concreto, la Ley 9/2017 traspone dos importantes Directivas: la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación Pública; y la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

- En lo que se ha venido denominando la cuarta generación de Directivas de 2014, que viene integrada, junto con las dos Directivas mencionadas, con la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, la Ley traspone las dos Directivas inicialmente citadas, ya que esta última es objeto de una Ley propia y específica. Como es sabido -y en eso no hay ninguna novedad-, el legislador español ha sido renuente en la trasposición de tales Directivas. Baste mencionar que como es conocido, la Directiva 2014/24/UE, tendría que haber sido traspuesta y entrar en vigor "a más tardar el 18 de abril de 2016", como señala el artículo 90 de la propia Directiva. Esta vez hemos llegado tarde -si bien no tan tarde como en otras ocasiones anteriores-, toda vez que van a transcurrir prácticamente dos años cuando entre en vigor la Ley, con respecto a la fecha en que debió efectuarlo.
- Ha de reseñarse que en lo sustancial, hay una cierta continuidad de la nueva Ley con respecto al texto normativo de 2011. En aspectos claves como el del poder adjudicador y el concepto del sector público. La tipología de los contratos del sector público. Todo lo relativo al expediente de contratación. Procedimientos de adjudicación. Es decir, el núcleo básico, no sufre cambios significativos. Ahora bien, como vamos a ver y a comprobar, en determinados ámbitos, y uno de ellos es el de los contratos de servicios de Arquitectura y Urbanismo y especialmente en la nueva regulación de los criterios de adjudicación de los contratos, los cambios son relevantes e intensos, hasta el extremo de que puede hablarse de un nuevo modelo o sistema normativo de la contratación pública de los contratos de servicios profesionales, cuyo objeto sean prestaciones de Arquitectura y Urbanismo, entre otras, de tal manera que puede hablarse, sin hipérbole, **de un régimen jurídico particular de la contratación pública de los servicios de Arquitectura y Urbanismo.**
- Otro aspecto que ha de destacarse de la nueva Ley -sin duda trascendente- es lo que la doctrina más autorizada señala una visión estratégica de la misma. Ello se traduce en que la Ley no se limita, como ha venido sucediendo hasta ahora en general, a regular la contratación pública desde una visión administrativista, organicista y orientada exclusivamente a planteamientos y objetivos centrados en el precio y en la oferta económica. El cambio es enorme -y se ha producido en la tramitación parlamentaria de la Ley-, con la incorporación y con carácter imperativo y obligatorio de criterios sociales y medioambientales en la contratación pública. El artículo 1.3 de la LCSP, resulta trascendente en tal sentido, ya que informa del conjunto del texto normativo.
- Si se hace un recorrido del texto articulado, nos encontramos con numerosos preceptos en los que hay una referencia continua y sistemática a los criterios sociales y medioambientales en aspectos significativos, así, en el artículo 28.2, en cuanto a la eficiencia de la contratación. El artículo 35.1.c) en cuanto a la definición del objeto y tipo del contrato; el artículo 99.1 en cuanto a la incorporación en el objeto del contrato de innovaciones tecnológicas sociales o ambientales.

El artículo 122.2, en cuanto a la inclusión de tales criterios en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, junto con lo que dispone el artículo 129. El artículo 145.2, en orden a los criterios de adjudicación del contrato. Y por último -sin ánimo exhaustivo- los artículos 201 y 202, en cuanto a las obligaciones de los órganos de contratación en materia social y medioambiental.

- La nueva Ley por tanto, ha experimentado -sobre todo en el trámite parlamentario- un giro que supera una visión de la contratación pública desde una perspectiva puramente administrativa, burocrática y económica.
- Un aspecto también que debe destacarse, es en cuanto al ámbito de aplicación y en concreto la desaparición de las instrucciones internas de contratación para la adjudicación de contratos por parte de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas. Desparece la distinción si el contrato está sujeto o no a regulación armonizada. En cualquier caso, se aplicarán las mismas normas que para la adjudicación de contratos que las Administraciones Públicas.
- También se precisa más los aspectos que deben tenerse en cuenta en la adjudicación de contratos por entidades del sector público, que no tienen el carácter de poderes adjudicadores.
- Todo lo relativo a los criterios de adjudicación de los contratos y la consideración como prestaciones de carácter intelectual de los servicios de Arquitectura y Urbanismo, entre otros, constituye sin duda uno de los rasgos que definen a la nueva Ley. Va a constituir uno de los objetos centrales del análisis.
- La Ley contiene medidas a favor de la PYMES. En varios aspectos, sobre todo simplificando la documentación a través de la declaración responsable. Y se contiene una prescripción de carácter general en el apartado 3 del artículo 1 para facilitar el acceso a la contratación pública de las PYMES.
- Ha de destacarse también un aspecto muy relevante, como es la profesionalización en la composición de los órganos de valoración de las ofertas o propuestas de los licitadores. Así, en las Mesas de Contratación, el artículo 326, introduce como novedades que en ningún caso pueden formar parte de las Mesas de Contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas, los cargos públicos representativos ni el personal eventual. Y tampoco podrán formar parte de las Mesas de Contratación el personal que haya participado en la redacción técnica del contrato de que se trate. En el mismo sentido, el jurado en los concursos de proyectos va a tener ahora una composición mayoritariamente significativa de miembros con cualificación profesional específica cuando ello sea requerido para la participación, que será en la mayoría de las ocasiones.

- Y mencionaremos, por último, la regulación del recurso especial que ahora se amplía a cuantías inferiores a las del importe armonizado y en cuanto a su objeto, comprendiendo ahora como actos administrativos objeto del mismo, incumplimiento de las prescripciones legales o modificación de los pliegos; formalización de encargos a medios propios y los acuerdos de rescate de concesiones, entre otros aspectos. Se suprime la cuestión de nulidad, si bien sus causas se pueden alegar a través de este recurso especial en materia de contratación, que sigue teniendo carácter potestativo.

## **II.- Ámbito de aplicación de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público**

### **1.- Concepto de contrato del Sector Público.**

La Ley 9/2017, establece una definición general de lo que ha de entenderse por "contrato del sector público", concepto este que supone la sujeción a la Ley.

Al respecto, el artículo 2 de la Ley -que mantiene la misma definición del artículo 2 del texto normativo anterior- dice que son contratos del sector público **"los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3"**. Y luego añade, en el párrafo siguiente: "se considerará que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta".

Por tanto, los elementos definidores se concretan en:

- a) Tiene que existir un contrato, es decir, una relación contractual, que luego se delimita en unos tipos contractuales definidos en el artículo 12 que examinaremos.
- b) La onerosidad. Es decir, tiene que existir un beneficio económico para el contratista o el adjudicatario del contrato. Un contrato que no tenga esta nota, no tiene encaje en el ámbito de aplicación de la LCSP.
- c) Ese contrato, tiene que estar necesariamente formalizado por alguna entidad que forme parte del Sector Público y que se detallan -como vamos a ver- en el artículo 3 de la misma Ley.

Ha de observarse que la Ley se aplica no sólo a los contratos que celebren las entidades integradas en la Administración General del Estado, sino también los que celebren las Comunidades Autónomas y entidades de la Administración Local u órganos dependientes de las mismas. Remite el artículo 2 a la disposición final primera, que regula los títulos

competenciales y que establece los preceptos que tienen carácter básico y los que no tienen carácter básico.

Al respecto, hemos de reseñar que los preceptos que se van a examinar y en concreto los que se refieren al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley (artículo 3) y los negocios y contratos excluidos (artículos 4 al 11) tienen carácter básico. Y también lo tienen la delimitación de tipos contractuales (artículos 12 a 18). La delimitación de los contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 19 a 23, con algunas particularidades). La definición de lo que se entiende por contratos administrativos (artículo 25); por contratos privados (artículo 26) y jurisdicción competente (artículo 27). Por tanto, estos preceptos se aplican al conjunto de Administraciones Públicas.

## **2.- Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley (artículo 3).**

El ámbito de aplicación de la LCSP, se articula en la dimensión subjetiva, es decir, cuáles son las entidades del sector público a los efectos de la aplicación de la Ley. Y luego, ello debe completarse con la dimensión objetiva que hace referencia a las distintas tipologías y clases de contratos.

Es decir, para establecer cuál es el ámbito de aplicación de la Ley, tenemos que comenzar por precisar si estamos en presencia de una entidad que forma parte del Sector Público. Y una vez dirimida dicha cuestión, para completar el régimen jurídico aplicable y con qué intensidad de la Ley, habrá que examinar la naturaleza del contrato, en los términos que luego se detallarán.

Refiriéndonos ahora al ámbito subjetivo, el artículo 3 enumera con detalle y de manera pormenorizada, las que se consideran entidades del sector público.

La distinción fundamental -al igual que sucedía con el texto normativo derogado-, se refiere a los tres tipos en que cabe conceptuar a las diferentes entidades que integran el sector público:

a) Administraciones Públicas. El artículo 3 considera como tales:

- La Administración General del Estado; las Administraciones de las Comunidades Autónomas; las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.
- Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

- Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.
  - Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.
  - Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que se den las circunstancias para considerarse poderes adjudicadores y no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado.
- b) Poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas. Todas las Administraciones Públicas que antes hemos reseñado, tienen la condición de poder adjudicador, como prescribe el artículo 3.3 de la Ley.

Ahora bien, **el concepto de poder adjudicador**, viene ahora definido en el artículo 3.3.d) -recogiendo la Jurisprudencia y Directivas Comunitarias, debiendo concurrir los siguientes requisitos: 1) tener personalidad jurídica propia; 2) haber sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; 3) que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Pues bien, el artículo 3.3 de la Ley, ya deja claro cuáles son poderes adjudicadores, tales como: fundaciones públicas; mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y asociaciones constituidas por las entidades mencionadas anteriormente.

- c) Entes del Sector Público que no son poder adjudicador.

Quedarían encuadrados en este tercer tipo, todos los entes que formando parte del Sector Público no pueden conceptuarse como Administraciones Públicas o poderes adjudicadores.

Es un concepto residual y por tanto descartada la condición de Administración Pública, habrá que comprobar si siendo un ente del Sector Público, cumple o no las condiciones de la definición general de poder adjudicador que se contiene en el artículo 3.3.d) de la Ley -antes analizada-.

Así, por ejemplo, los consorcios pueden ser un ente del Sector Público sin más o tener la condición de poder adjudicador. Lo mismo sucede con las entidades públicas empresariales; las sociedades mercantiles a que se refiere el artículo 3.1.h), es decir, aquellas en cuyo capital social la participación directa o indirecta de las entidades mencionadas en el



artículo 3.1.a), b), c), d), e), g) y h), sea superior al 50%; y también aquellos casos en que sin superar ese porcentaje se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 5 de la Ley de Mercado de Valores.

Caben mencionar también los fondos sin personalidad jurídica a los que se refiere el artículo 3.1.i).

En resumen, la primera operación que debe hacerse para determinar el ámbito de aplicación de la LCSP en su dimensión subjetiva, es comprobar si estamos en presencia de una Administración Pública, de un poder adjudicador o de otra entidad del sector público, que no sea ni Administración Pública ni poder adjudicador, ya que como vamos a ver, los niveles de aplicación de la Ley en su intensidad, están en función de esas tres categorías conceptuales.

Debe reseñarse que como novedad en este artículo 3, en el apartado 4, se incluyen ahora como parte integrante del Sector Público a los Partidos Políticos, organizaciones sindicales y empresariales, así como asociaciones profesionales de la Ley 19/1977. Se dispone que cuando cumplan los requisitos para ser poderes adjudicadores y para responder a los contratos de regulación armonizada, deben actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación. Y están obligados a aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación.

Por último, el apartado 5 del artículo 3, menciona también como sujetas a la Ley a las Corporaciones de Derecho Público, pero siempre que cumplan las condiciones para ser poder adjudicador, conforme al apartado 3º, letra d) de este artículo 3 de la Ley. Ha de advertirse que los Colegios Profesionales, en la medida en que no reúnen los requisitos propios de los poderes adjudicadores, no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley.

### **3.- Aplicación de la LCSP según los tipos de entidades del Sector Público.**

El régimen jurídico aplicable, está en función de la clase de ente del Sector Público que se trate:

#### **a) Administraciones Públicas:**

En cuanto a la preparación de los contratos, se aplica la Sección 1ª del Capítulo I, del Título I, Libro 2º (artículos 115 a 130 de la Ley).

- En lo que se refiere a la adjudicación, se aplicarán los preceptos contenidos en la Subsección 1ª de la Sección 2ª del Capítulo I del Título I del Libro 2º (artículos 131 a 187 de la Ley).
- En cuanto a efectos, cumplimiento y extinción, se aplican los preceptos de la Sección 3ª, de Libro 2º, Título I, Capítulo I del Libro 2º (artículos 188 a 217 de la Ley).

**b) Poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas.**

El artículo 316 de la Ley, dice que los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, se regirán por las normas del Título I, Libro 3º de la Ley. En concreto:

- En cuanto a la preparación y adjudicación de los contratos que están sujetos a regulación armonizada, rigen las normas de las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I, del Título I del Libro 2º de esta Ley (por tanto, los mismos preceptos y normas que para las Administraciones Públicas).
- Por lo que se refiere a la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada: 1) cuando se trate de contratos de valor estimado inferior a 40.000 € (contratos de obras, de concesiones de obras y de concesiones de servicios), o a 15.000 € cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario que cuente con habilitación profesional necesaria para realizar el contrato; 2) en el caso de que el valor estimado sea igual o superior a 40.000 € e inferior a 5.225.000 € en contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios; y 3) contratos de servicios y suministros de valor superior de 15.000 € e inferior a 209.000 €, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2ª, del Capítulo I, del Título I del Libro 2º de la Ley; a excepción del contrato negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168.

Se produce un cambio sustancial en la adjudicación de los contratos por parte de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, ya que ahora no pueden acudir a las llamadas "Instrucciones internas de contratación" que se contemplaban en el anterior artículo 191 del Texto normativo derogado y que constituía una vía para eludir los principios generales de la contratación pública. Se uniforma así el régimen jurídico y la aplicación de la Ley, tanto si se trata de Administraciones Públicas como de poderes adjudicadores para aplicar las mismas reglas. Se ha destacado como una de las novedades más trascendentes de la nueva Ley.

c) **Entidades del Sector Público que no tienen el carácter de poderes adjudicadores.**

El artículo 321 de la Ley establece unas reglas para la adjudicación de contratos que celebren las entidades del Sector Público que no tengan la condición de poderes adjudicadores. Las sintetizamos a continuación:

- Deben aprobar unas instrucciones de contratación, que deben garantizar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Y que los contratos se adjudiquen a la mejor oferta conforme a lo dispuesto en el artículo 145. En el ámbito del Sector Público estatal la aprobación de estas instrucciones requiere informe previo del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la entidad.
- Podrán estas entidades adjudicar contratos sin aplicar las instrucciones aprobadas en cuanto a contratos de valor estimado inferior a 40.000 € cuando se trate de contratos de obras; o a 15.000 € cuando se trate de contratos de servicios y suministros, mediante adjudicación directa a cualquier empresario con capacidad de obrar y habilitación para realizar la prestación objeto del contrato. Si los contratos son de valores estimados igual o superior a dichos umbrales, deben respetar en todo caso los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia. Debe publicarse un anuncio de licitación en el perfil del contratante. El plazo de presentación de ofertas no puede ser inferior a 10 días desde la publicación del anuncio de licitación. Y la adjudicación del contrato deberá recaer en la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145.

Para estas entidades, también se produce un cambio significativo y una mejora normativa evidente, porque además de respetarse dichos principios, se exige que la adjudicación recaiga en la mejor oferta, de conformidad con el artículo 145. Entendemos por tanto que los criterios de adjudicación del artículo 145 en su conjunto deben respetarse y también por tanto el del apartado 4, que establece que en las prestaciones de carácter intelectual los criterios de calidad deben respetar al menos el 50% de la puntuación asignable de la valoración de las ofertas. Por ello, los servicios de Arquitectura y Urbanismo que son según la propia Ley prestaciones de carácter intelectual, han de ser adjudicados respetando dicha prescripción.

**4.- Ámbito objetivo de aplicación de la Ley. Distintos tipos contractuales (artículos 4 a 27 de la Ley).**

Como ya mencionamos anteriormente, para completar el ámbito de aplicación de la Ley y una vez que hemos visto la dimensión subjetiva o ámbito subjetivo, hemos de referirnos al ámbito objetivo, es decir, a los distintos tipos de contratos, porque en función de ellos también resultará el régimen aplicable del propio texto normativo.

Así, lo primero que tenemos que mencionar, es que los artículos 4 al 11, se establecen una serie de negocios o contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley. No es cuestión de detenerse en ellos, si bien en el Capítulo siguiente de este documento se analizan los aspectos más importantes, tales como los convenios y encomiendas de gestión o los encargos a medios propios (artículos 31 a 33), que como decimos luego se analizan con detalle.

Por lo que se refiere a las distintas tipologías contractuales, debemos diferenciar tres distinciones:

- a) La primera es la clasificación de los contratos, que se contienen en los artículos 12 al 18. La Ley establece unas categorías de contratos para el conjunto del Sector Público, que se concretan en cinco tipos fundamentales: contratos de obras; de concesión de obras; de concesión de servicios; suministro y servicios. Y precisamente, luego en el Título II (distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas), en los artículos 231 a 315, es decir, un núcleo fundamental de la Ley, se regula el régimen jurídico singularizado de cada uno de ellos, en cuanto a actuaciones preparatorias, ejecución, modificación, cumplimiento y resolución. Por tanto, para todos estos aspectos habrá que acudir a los preceptos concretos que regulan cada uno de dichos tipos contractuales.
- b) Una segunda distinción que encontramos, se refiere a la conocida entre contratos "sujetos a una regulación armonizada" (los denominas SARA) y contratos no sujetos a regulación armonizada. Al respecto, los artículos 19 al 23, precisan cuáles son los contratos sujetos a una regulación armonizada.

Esta distinción ha sido muy cuestionada por la doctrina en términos generales, y proviene de la Ley 30/2007 en nuestro ordenamiento jurídico. El hecho de que un contrato esté sujeto a regulación armonizada, es decir, a las Directiva Comunitarias y la distinción con los contratos que no lo estén, no debe suponer que si bien los primeros están dentro del ámbito de aplicación de las Directiva Comunitarias de Contratación Pública, los segundos no resulten de también de aplicación preceptos de los Tratados Comunitarios de derecho originario, como ha señalado el TJUE.

En todo caso, esta distinción se basa sobre todo en el umbral o en la cuantía de los valores estimados de los distintos contratos, aunque

también en categorías conceptuales, ya que el artículo 19.2, hace una enumeración muy exhaustiva de contratos que no se consideran a regulación no armonizada, cualquiera que sea su valor estimado. La distinción tiene importancia -aunque hoy con el texto normativo nuevo atenuada- en cuanto a plazos de presentación de ofertas, publicidad y también en algunos supuestos de solvencia.

Por lo que ahora nos interesa, señalaremos que en cuanto a los contratos de servicio están sujetos a regulación armonizada aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades: 144.000 €, cuando hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, organismos autónomos y entidades gestoras de la Seguridad Social; 221.000 €, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entidades del Sector Público distintas a la Administración General del Estado, organismos autónomos y entidades gestoras de la Seguridad Social; y por último 750.000 €, cuando se trate de contratos que tenga por objeto servicios sociales.

Debe reseñarse que estas cuantías no figuran en el texto de la Ley 9/2017 publicado en el BOE de 9 de noviembre de 2017, ya que se modificaron posteriormente por Orden HFP/1298/2017 de 26 de diciembre, del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

- c) Y la tercera distinción que debe mencionarse es la clásica entre contratos administrativos y contratos privados, que también estaba en el texto normativo anterior.

El artículo 25 de la Ley, señala que **tendrán carácter administrativo** los contratos que se celebren por una Administración Pública (elemento subjetivo). Y que se refieran a contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. El apartado a) del número 1 de este artículo 25, excepciona y considera que tiene carácter privado los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros. Los que tengan por objeto suscripción a publicaciones, revistas y bases de datos.

Además, conforme al apartado b) del artículo 25.1, tendrán la consideración de contratos administrativos aquellos en que así lo declare una Ley y aquellos otros distintos a los antes enumerados "que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquellos.

Entra aquí el concepto de giro o tráfico de la Administración, como un elemento definidor de otros contratos administrativos.

Estos contratos administrativos, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, se rigen en todo y plenamente por la Ley y por sus disposiciones de desarrollo. Con carácter supletorio se aplicarán las restantes normas de Derecho Administrativo y en su defecto, las normas de Derecho privado. No se produce modificación en cuanto al régimen de los contratos administrativos con el texto normativo anterior.

Los **contratos privados**, vienen regulados en el artículo 26 de la Ley, que señala que tendrán esta consideración:

- Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 25 de la Ley.
- Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.
- Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

El texto de este artículo 26 está más perfeccionado que el anterior artículo 20 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 y que ha derogado la nueva Ley. El criterio preponderante para definir los contratos privados son que se celebren o formalicen por entidades del Sector Público, tanto poderes adjudicadores como otras entidades que no reúnan tal condición, si bien el apartado a) del número 1 de este artículo 26, menciona que pueden considerarse también contratos privados los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea diferente de los apartados a) y b) del número 1 del artículo 25, al que antes hemos hecho referencia (serán casos muy singulares).

En cuanto a su régimen jurídico, se establecen las siguientes particularidades:

- Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas en cuanto a su preparación y adjudicación, se aplican las normas de las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro 2º de la Ley. Es decir, todo lo referente a las actuaciones de preparación de los contratos y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (artículos 115 a 217 de la Ley). Y en cuanto a sus efectos y extinción, se les aplicarán las normas de derecho privado (con algunas excepciones como las condiciones especiales de ejecución,

subcontratación y resolución, que le serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada).

- Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la Ley, en cuanto a su preparación y adjudicación, se regirán por el Título I del Libro 3º de la Ley (de los contratos de otros entes del Sector Público), y en concertó, por lo que disponen los artículos 216 a 320. En cuanto a sus efectos y extinción, se les aplican las normas del Derecho privado (también con alguna excepción, como las contenidas en el párrafo 1º del artículo 319 en materia medioambiental, social y laboral, de condiciones especiales de ejecución, modificación del contrato, cesión y subcontratación.
- En cuanto a los contratos que celebren las entidades del sector público que no posean la condición de poder adjudicador, se rigen por lo dispuesto en los artículos 321 y 322. Nos remitimos a lo que anteriormente se analizó en el apartado 3.c) de este Capítulo. Por lo que se refiere a sus efectos, modificación y extinción, se regirán por las normas de Derecho privado que le resulten aplicables.

Debemos hacer una mención a una **novedad trascendente** en este ámbito. Conforme a lo que dispone el artículo 321.5 y 41 de la Ley, ahora los actos separables de todos los contratos privados del Sector Público, cualquiera que sea la entidad y su personificación, pueden ser objeto de revisión de oficio, bien a través de la declaración de nulidad si estamos ante causas de nulidad de pleno derecho o a través del procedimiento de declaración de lesividad, si se trata de actos administrativos anulables, a través del régimen de los artículos 106 y siguientes de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común. Y la novedad con respecto al régimen normativo anterior, radica en que cabe la impugnación de estos actos separables, tanto si son Administraciones Públicas como poderes adjudicadores u otras entidades que no tengan tal condición. Se ha llegado a decir que “supone un cambio revolucionario”, tal y como ha manifestado el Catedrático Eduardo Gamero Casado<sup>1</sup>.

Por tanto ahora los actos separables de los contratos privados de las entidades del Sector Público, pueden ser objeto de revisión de oficio por vía administrativa. Debe añadirse a ello que conforme al artículo 44.6 los actos que dicten las Administraciones Públicas en los

---

<sup>1</sup> “¿El retorno al Derecho Administrativo?: Manifestaciones en las Leyes de Procedimiento, Régimen Jurídico y Contratos del Sector Público”. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 189, enero-marzo 2018.

procedimientos de adjudicación, podrán ser objeto del recurso especial que regula dicho artículo. Y se establece que en cuanto a las actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas se impugnarán en vía administrativa. Y como ya hemos señalado, la novedad trascendente que se contiene en el artículo 321.5, de que los actos separables de los contratos privados de entidades que no son ni Administraciones Públicas ni poderes adjudicadores, se pueden impugnar en vía administrativa.

Para concluir, señalar que se ha producido también un cambio trascendente en cuanto a la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el sentido de que será competencia de dicha Jurisdicción todos los actos relativos a la preparación y adjudicación de contratos de todas las entidades del Sector Público, es decir, sean o no Administraciones Públicas, poderes adjudicadores y otras entidades. **Se produce pues la unificación jurisdiccional en el ámbito Contencioso-Administrativo, en cuanto a la impugnación y revisión de todos los actos de preparación y adjudicación de contratos sujetos a la LCSP que se efectúen por cualquier entidad del sector público, incluyendo también los contratos privados que formalicen cualquier entidad incluida en el Sector Público.**

Es decir, se unifica el régimen Jurisdiccional, ya que antes los actos de preparación y adjudicación de contratos privados celebrados por entes que no tenían carácter de Administración Pública, eran competencia de la Jurisdicción Civil; y ahora, conforme se desprende del artículo 27 de la Ley, la impugnación de todos los actos de preparación y adjudicación tanto de los contratos administrativos como de los contratos privados, sean formalizados por cualquier ente del Sector Público (Administraciones Públicas, poderes adjudicadores y otras entidades), la competencia corresponde en exclusiva a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

### **III.- Los encargos a medios propios. Otros instrumentos de cooperación pública entre entidades del sector público: su régimen jurídico.**

La nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017 de 8 de noviembre, en los artículos 30 a 33 -de considerable extensión y complejidad-, regula una cuestión significativa en el ámbito de la contratación pública y que viene presentando siempre una dimensión de polémica o discusión en el orden doctrinal y práctico, como es todo lo referente a la actuación de las Administraciones Públicas, poderes adjudicadores y otras entidades del sector público, a través de la llamada colaboración o cooperación interadministrativa. Es decir, a través de medios propios no personificados y a través de medios propios personificados.



Hemos mencionado el término colaboración o cooperación interadministrativa, para enmarcar la cuestión en el ámbito del principio de autoorganización y sistemas de cooperación entre entidades pertenecientes al sector público para la realización de prestaciones que son propias de los contratos que regula la propia LCSP.

Y aquí radica justamente la cuestión que hemos denominado tradicionalmente polémica.

El armonizar dos principios: de una parte, el llamado principio de organización administrativa o de autoprovisión administrativa, que la propia Directiva 2014/23, en su artículo 2, reconoce como la libertad que tienen las autoridades públicas "para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios". Y añade que "podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos".

Y de otro lado, los principios esenciales de la contratación pública y entre ellos, los de libertad de acceso a las licitaciones y libre competencia, en el sentido de que la utilización de ese poder administrativo a través de medios propios de las Administraciones Públicas y poderes adjudicadores, no se utilice abusivamente o de manera fraudulenta para eludir dichos principios de la contratación pública de tales prestaciones y servicios.

Es por ello uno de los temas más polémicos y complejos de la contratación pública. Se trata de establecer una regulación adecuada que establezca unos límites claros y precisos de lo que se entiende por medios propios, siempre con criterios restrictivos, como ha destacado la Jurisprudencia comunitaria, teniendo en cuenta que constituye una excepcionalidad que los poderes adjudicadores utilicen los mecanismos e instrumentos de autoorganización administrativa, al margen de las reglas generales de la contratación pública.

Y que ha merecido objeciones muy críticas de organismos tan relevantes en el ámbito de la contratación pública como la CNC o el Tribunal de Cuentas.

Baste decir que la propia CNC<sup>2</sup>, en un informe exhaustivo y detallado de 109 folios de 1 de junio de 2013, analizó con todo detalle la utilización por parte de las Administraciones Públicas de nuestro país de todo el tema de los medios propios, entidades instrumentales y encomiendas de gestión,

---

<sup>2</sup> El informe lleva por título "Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia", aprobado el 1 de junio de 2013.

alertando del número significativo de entidades que ostentaban la condición de medios propios en todos los niveles territoriales de la Administración Pública. Y señalaba que dado el incremento de estas entidades, suponía “una limitación de la posibilidad de acceso o expansión a determinados mercados por parte de operadores privados alternativos y una ruptura de la competitividad en los bienes y servicios que estas entidades ofertan a otras entidades, cuando ello sucede”.

El informe, después de analizar con detalle la regulación de los medios propios en el anterior texto normativo, el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 (artículo 24.6), concluía con una serie de recomendaciones y exigencias, y entre ellas, apostaba por modificar la LCSP para establecer límites mucho más precisos y concretos -en línea con las Directivas Comunitarias-, de los requisitos y condiciones para considerar a un ente como medio propio. Como vamos a ver luego, varias de estas propuestas están recogidas en gran medida en la nueva regulación de los medios propios que se contiene en la LCSP.

Por su parte, el Tribunal de Cuentas<sup>3</sup>, ha subrayado que se ha utilizado las encomiendas de gestión a medios propios “como finalidad de la satisfacción de necesidades de carácter permanente derivada de la existencia de déficits estructurales de plantilla, a través de la aportación de los medios personales para ello”. En este caso el enfoque se centraba en destacar que estas encomiendas de gestión reiteradas en el tiempo no responden al carácter específico que deberían tener y propician “un riesgo potencial de descapitalización de las Administraciones que tienen atribuidas las competencias”.

Para exponer sistemáticamente esta cuestión, se hace ineludible referirnos a tres cuestiones esenciales: la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los encargos a medios propios (i); las Directivas 23 y 24 de 2014 (ii); y la regulación que se contiene en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017 de 8 de noviembre (iii).

## **1.- La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los encargos a medios propios.**

El régimen de los encargos a medios propios, ha venido siendo conformado por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de tal manera que a través de una serie de destacadas y conocidas sentencias, se ha construido un cuerpo doctrinal, esencialmente en cuanto a los requisitos y condiciones exigidas para la consideración de medios propios, que luego ha pasado en gran medida y se ha codificado como derecho

---

<sup>3</sup> Informe 1.088 de 30 de abril de 2015, fiscalizando encomiendas de gestión de varios Ministerios y otras entidades públicas.

positivo en las Directivas Comunitarias y en particular, en las Directivas 23 y 24/UE.

Así, es ineludible referirse en primer lugar a la sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999 (C-107/98, Asunto **Teckal**). Esta sentencia, para recordar los antecedentes, resolvió un recurso interpuesto por la sociedad Teckal contra una adjudicación de forma directa de la gestión de suministro de combustible a unos edificios municipales que había realizado el municipio de Viano (Italia) a una Mancomunidad de Municipios, para la gestión de los servicios de energía y medioambiente.

Aparece aquí un primer requisito esencial -que luego se va a mantener inalterado aunque desarrollado y precisado-, como es el del "control análogo", es decir, que para considerarse medio propio y para que la presunción del contrato quede desvirtuada el ente territorial debe ejercer "sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce de sus propios servicios". Y junto con ello, el requisito del "vínculo de destino", es decir, que el ente instrumental debe realizar "la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que lo controlan". Y ambas condiciones o requisitos deben concurrir de forma conjunta o acumulativa.

Cabe citar luego varias sentencias en la misma línea -reiterando esta doctrina-, entre ellas la sentencia de 11 de mayo de 2006 (Caso Carbotermo), que precisa que la consideración de medio propio debe aplicarse con carácter restrictivo y que la carga de la prueba que justifique la excepción de la aplicación de la normativa de contratación pública corresponde a quien quiere beneficiarse de ella. En esta sentencia además, el requisito comentado del "vínculo de destino" del ente instrumental, se precisa señalando que "sólo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, **cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial**, de modo que el resto de su actividad, tiene un carácter meramente marginal".

Y también cabe mencionar las sentencias de 13 de octubre de 2005 (Asunto C-458/03, Parking Brixen) y de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-573/07, Sea Srl y Comune di Ponte Nossa). La sentencia de 11 de enero de 2005 (Asunto C-26/03, Stadt Halle), a los dos requisitos anteriores, añadió para la consideración de medio propio, que no debe existir participación de capital privado en el medio propio de tal manera que según esta sentencia se negó que existiese control análogo "cuando exista la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada, en el capital de una sociedad en la que participa, asimismo, la entidad adjudicadora de que se trate". Lo que reiteró la sentencia de 10 de noviembre de 2005 (Asunto C-29/04, Comisión vs República de Austria).

Por tanto, como se desprende esta Jurisprudencia comunitaria del TJUE, los encargos a medios propios -comúnmente conocidos como "in house providing", han de reunir una serie de requisitos o condiciones para considerarse como tales, de manera conjunta, como son la exigencia del control análogo sobre sus propios servicios, el vínculo de destino del ente instrumental, es decir, que este realice la parte esencial de la actividad con el ente que lo controla; y que no exista participación de capital privado en el medio propio.

## **2.- Las Directivas 23 y 24 de 2014.**

La regulación comunitaria de los medios propios entre entidades del sector público, ha adquirido en las últimas Directivas Comunitarias de contratación y en concreto, en las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, una significativa dimensión y regulación, hasta el punto como refleja la extensión del artículo 24, que lleva el título "Contratos públicos entre entidades del sector público". Y en el correspondiente artículo 17 de la Directiva 23, relativa esta última a los contratos de concesión.

Esta regulación de las expresadas Directivas, recoge en lo sustancial la Jurisprudencia del TJUE, que antes hemos visto y analizado, si bien introduce algunas reglas no contempladas en dicha Jurisprudencia.

Así, el artículo 12, en sus distintos apartados, efectúa una regulación sistemática y ordenada de las condiciones que deben cumplirse para que un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de derecho público privado, se excluya del ámbito de aplicación de la propia Directiva.

En el apartado 1º, que reproducimos a continuación, se contienen los tres requisitos esenciales que hemos venido reiterando en los términos siguientes:

*"1. Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:*

*a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;*

*b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y*

*c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.*

*Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos del párrafo primero, letra a), cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador”.*

En los restantes apartados de este artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, se detallan los distintos supuestos de aplicación y se precisan y desarrollan esos tres requisitos o condiciones esenciales.

Ha de observarse que la regulación es muy clara y sistemática y se regula conjuntamente todas las formas de cooperación entre entes del sector público y no se distingue como hace la Ley 9/2017 que ha traspuesto dicha Directiva Comunitaria, entre formas de cooperación pública, vertical y horizontal.

### **3.- La regulación que se contiene en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017 de 8 de noviembre y en la Ley 40/2015, de las distintas formas o sistemas de cooperación entre entidades del sector público: las encomiendas de gestión. Los convenios de colaboración. Los medios propios personificados.**

La regulación en nuestro Derecho vigente de las distintas formas de cooperación, entre entidades del sector público, no sólo comprenden los medios propios y servicios técnicos, si no también otras fórmulas o sistemas de cooperación que a continuación vamos a analizar sucintamente.

Para ello, se hace preciso señalar que esta regulación no se encuentra exclusivamente en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, sino que es necesario referirse también a la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ya que contiene preceptos que regulan esta misma materia.

Con carácter previo, conviene hacer una distinción importante.

Las formas de autoorganización y sistemas de cooperación entre entidades del sector público, pueden ser a través de sistemas de “cooperación

horizontal entre entidades del sector público". Aquí se enmarcan los convenios o contratos de colaboración; y la distinción con las denominadas "encomiendas de gestión". El artículo 31 de la LCSP, precisamente distingue los sistemas de cooperación vertical (artículos 32 y 33); y los sistemas de cooperación horizontal, entre los que se encuentran los convenios o contratos de colaboración y las encomiendas de gestión.

Por ello, de una parte, están los medios propios -que constituyen el objeto esencial de este análisis-, y de otro lado, las encomiendas de gestión y los convenios de colaboración interadministrativa, figuras o instrumentos que también constituyen técnicas de colaboración entre entidades públicas, para la realización de actividades o servicios, pero que no deben confundirse con el concepto estricto de "medios propios".

Para un significativo sector doctrinal, debería existir una norma básica especial que regulase todos los sistemas de autoorganización y de cooperación en su conjunto.

Por lo que se refiere a las **encomiendas de gestión**, su regulación aparece en el artículo 11 de la Ley 40/2015, que como tal es un precepto de carácter básico, es decir, se aplica al conjunto de las Administraciones Públicas (disposición final décimo cuarta, apartado 2, de la Ley 40/2015). Como es sabido, las encomiendas de gestión consisten en realizaciones de "carácter material o técnico", siendo su característica esencial o nota distintiva el que corresponden a la competencia de los órganos administrativos o entidades de derecho público, que puede encomendar esas actividades a otros órganos o entidades de derecho público de la misma o distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia "o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño". Nunca suponen cesión de la titularidad de la competencia, sino que lo que se produce es una cesión en todo caso del ejercicio de la actividad material o técnica que constituya el objeto de la encomienda de gestión.

El artículo 11, apartado 1, en su párrafo 2º, establece de forma expresa que las encomiendas de gestión "no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público".

Por tanto, las encomiendas de gestión tienen unos límites claros:

- Consisten en actividades de carácter material o técnico entre órganos administrativos y entidades de derecho público. No cabe una encomienda de gestión por ello a una entidad o persona jurídico-privada.

- No suponen cesión de la titularidad de la competencia administrativa. Se cede únicamente el ejercicio o el desempeño de esta actividad, que constituye el objeto de la encomienda de gestión.
- No puede tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público.

La LCSP, en su artículo 6.3 excluye expresamente del ámbito de aplicación de la Ley las encomiendas de gestión, que se regulan precisamente en la Ley 40/2015. Es decir, cuando se den los requisitos legales y con los límites mencionados del artículo 11 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, por parte de los órganos administrativos y entidades de derecho público, podría acudir a las encomiendas de gestión, en cuyo caso no resultarían de aplicación los preceptos de la LCSP.

Esta figura de las encomiendas de gestión y la utilización que a veces se hace por las entidades públicas y los poderes adjudicadores, para eludir la aplicación de las normas de la contratación pública, ha venido y viene siendo muy cuestionada.

Es más, por citar una última opinión doctrinal, Amoedo Souto<sup>4</sup>, considera que “la exclusión absoluta de las encomiendas de gestión, por su comprensión de una forma no contractual de gestión de competencias, supone, a mi juicio, una incorrecta transposición de las Directivas Comunitarias, pues impide someterlas a las técnicas de control y depuración previstas para las figuras de cooperación entre entidades del Sector Público. Algo que en su día mereció sentencias de condena para el Reino de España<sup>5</sup> y fue materia del asunto Piepenbrock”. Para este autor, la técnica normativa más correcta habría consistido en considerar todas las formas de cooperación, verticales u horizontales, como negocios excluidos, remitiéndose a una regulación sustantiva de la Ley 40/2015. Y concluye: “la encomienda de gestión debería suprimirse sin más. Sería lo más coherente con Europa y lo más seguro para los operadores económicos internos”.

En todo caso, ha de advertirse que si bien conforme al artículo 11.1, párrafo 2º, de la Ley 40/2015, las encomiendas de gestión no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos que regula la LCSP, ello no resultará fácil de determinar en cada caso, toda vez que la mayor parte de las actividades de carácter material o técnico es difícil que no tengan

---

<sup>4</sup> “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo? Capítulo 8 de la obra conjunta “Estudio sistemática de la Ley de Contratos del Sector Público”, Thomson-Aranzadi, 2018, dirigida por José M<sup>a</sup> Gimeno Feliu.

<sup>5</sup> Sentencia 18 de diciembre 2007, Asunto C-220/06, y que fue materia del asunto Piepenbrock.

prestaciones subsumibles o incardinables en alguna de las tipologías contractuales de la LCSP. De ahí lo complejo de interpretar en cada caso cuando una encomienda de gestión no regula prestaciones propias de los contratos públicos, para que pueda tener validez como tal y no pueda ser impugnada por eludir la aplicación de la legislación de contratos del sector público. Así, lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal de Cuentas en sus informes 1003 de 2013 y 88 de 2015 sobre fiscalización de la utilización de las encomiendas de gestión. Justamente por ello, esta técnica de las encomiendas de gestión, que no deja de ser una cooperación entre Administraciones o entidades de derecho público, no tendría que tener un tratamiento diferente al previsto para las otras modalidades de contratación administrativa, en línea con lo que establecen los artículos 12.4 y 17.4 de las Directivas 24 y 23 de 2014, y por tanto reunir los mismos requisitos y limitaciones que se establecen para el resto de instrumentos de cooperación.

Ha de hacerse referencia a otro instrumento de cooperación instrumental entre entidades pertenecientes al sector público, como son los llamados **convenios de cooperación**. El artículo 31.1.b) de la Ley 9/2017, remite al apartado 1 del artículo 6 de la misma LCSP, que precisamente excluye del ámbito de aplicación de la Ley a estos convenios.

Ahora bien, la exclusión de la LCSP para los convenios de cooperación entre entidades del sector público, requiere el cumplimiento de una serie de condiciones conjuntamente, que enumera el citado artículo 6.1 de la LCSP:

- Que las entidades intervinientes no tengan vocación de mercado. Ello se presume si realizan un porcentaje de actividad en el mercado igual o superior al 20% de las actividades objeto de cooperación.
- El convenio tiene que desarrollar una cooperación entre las entidades que participan, con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común.
- Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

En este caso, cabe señalar que por lo que se refiere a los convenios de colaboración, el legislador español ha traspuesto adecuadamente el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24/UE, que justamente establece esos límites para este tipo de convenios o contratos, que se celebren entre entidades del sector público o poderes adjudicadores.

Nos vamos a referir a continuación, a la regulación que contiene la LCSP de los encargos a medios propios personificados, que se contiene en los artículos 32 y 33 de la Ley.



El artículo 32 de la LCSP, se refiere y regula los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados; mientras que el artículo 33 se refiere a los encargos de entidades pertenecientes al sector público (es decir, las que no tienen la condición de poderes adjudicadores) a medios propios personificados.

Si observamos el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, constatamos que se refiere la regulación comunitaria a los encargos que efectúan “los poderes adjudicadores a otra persona jurídica, bien sea de derecho público o privado”. Por tanto, el artículo 32 de la LCSP es trasposición del artículo 12 de dicha Directiva Comunitaria y el artículo 33 no tiene una referencia comunitaria y ha sido objeto de regulación por el legislador estatal.

Centrándonos ahora en el artículo 32, hemos de señalar en primer término, que se trata de un precepto de naturaleza básica, es decir, se aplica al conjunto de Administraciones Públicas, no sólo por tanto a la Administración del Estado, sino a la Administración de las Comunidades Autónomas y de las entidades o Corporaciones Locales.

El conjunto por ello de Administraciones Públicas debe sujetarse a las prescripciones de este artículo 32 de la LCSP.

Otra consideración es que como se desprende del apartado 1 del artículo 32, no es obligatorio que los poderes adjudicadores se organicen a través de los llamados “medios propios personificados”, toda vez que el precepto dice “podrán organizarse ejecutando de manera directa (...)”.

El elemento clave es que se realizan de manera directa “prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios”. Es decir, los poderes adjudicadores se sirven de otra persona jurídica distinta a ellos, que puede ser de derecho público o de derecho privado, pero que siempre debe tener personalidad jurídica. Se produce un encargo y existe “una compensación tarifaria”, por esa prestación que se va a efectuar.

Lo determinante es que el ente, es decir, esa persona jurídica que va a realizar la prestación propia de un contrato público sujeto a la LCSP, ha de merecer “la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos, de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público”.

Ha de precisarse que los encargos de **medios propios** que cumplan con todos los requisitos legales "**no tendrán la consideración de contrato**", tal y como de manera expresa e inequívoca dice el párrafo 2º del apartado 1 del artículo 32 de la LCSP. Justamente porque no se considera un vínculo contractual, es por lo que no se someten estos encargos al régimen jurídico propio de la contratación pública en todas sus distintas fases. Y el medio propio que tenga la condición legal de tal, tendrá la consideración de poder adjudicador. Así lo ha señalado la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco; Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016 del Tribunal de Contratos Públicos de Madrid. Además, ha de tenerse en cuenta que esta figura encaja en el concepto funcional de poder adjudicador, tal y como se ha definido por la Jurisprudencia Comunitaria.

Así pues, para que pueda hablarse de encargos a medios propios personificados con validez jurídica plena, y por tanto, no aplicarse las reglas de la contratación pública, es decir, que no se aplicarían los principios de adjudicación previstos en la propia LCSP, deben cumplirse **todos y cada uno de los requisitos que se establecen en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32 de la LCSP.**

**Y además también los requisitos que establece el artículo 86 de la Ley 40/2015.** De la dicción literal del artículo 32.1, parece que estos requisitos adicionales de la Ley 40/2015, sólo se aplicarían a los medios propios del ámbito estatal. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la disposición final cuarta punto 3, de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, señala que lo no previsto en esta Ley, resulta de aplicación lo previsto en la Ley 40/2015, en cuanto al régimen jurídico de los medios propios personificados. Y esta disposición final cuarta, tiene carácter básico (según la disposición final primera de la Ley 9/2017), por lo que puede sostenerse que los requisitos adicionales del artículo 86 de la Ley 40/2015, resultan aplicables con carácter general para el conjunto de Administraciones Públicas.

Este artículo 86 de la Ley 40/2015, señala que los medios propios, además de tener que cumplir lo establecido en la legislación de contratos del sector público, tienen que disponer de medios suficientes e idóneos para realizar las prestaciones en el sector de la actividad que se corresponda con su objeto social y que se dé alguna de las circunstancias siguientes: a) que sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz; b) necesario por razones de seguridad pública o urgencia; c) se ha de controlar la concurrencia de tales requisitos y debe acompañarse a la propuesta de declaración de medio propio, una memoria justificativa que acredite la concurrencia de tales requisitos y un informe de la Intervención General.

El artículo 32 de la LCSP, establece por tanto los requisitos ineludibles que debe cumplir una entidad para considerarse medio propio. Sintéticamente, estos requisitos son los siguientes:

- a) Que el poder adjudicador que realice el encargo al ente destinatario de los mismos o ente instrumental, ejerza **“un control directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo, una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas”**.

Se corresponde con el criterio clásico que antes examinamos del llamado “control análogo” y que está recogido en el artículo 12.1.a), párrafo último de este mismo apartado de la Directiva 2014/24/UE.

El legislador español no ha hecho una trasposición literal, si bien ha precisado lo que se entiende por el llamado “control análogo”, en el sentido que se produce cuando el poder adjudicador, con respecto al ente destinatario, ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades, porque los encargos “sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los Estatutos del ente encargante, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con las instrucciones que fijarse unilateralmente por el ente que pueda realizar el encargo”. Luego se establece la compensación en virtud de tarifas que aprueba la entidad pública de la que depende el medio propio personificado y que estas tarifas deben atender “al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo”.

- b) **“Que más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo, se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido encomendado por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo”**. En este caso, es una trasposición prácticamente literal del artículo 12.1.b) de la citada Directiva 2014/24/UE. Añade el precepto que para calcular ese porcentaje del 80% se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios; los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador u otro indicador alternativo que sea fiable “todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de la formalización del encargo”. Este requisito, como ya vimos, se refiere al llamado “vínculo de destino” y tiene una connotación sobre todo de carácter negativo, estableciéndose un porcentaje significativamente alto de que se ente instrumental o medio propio sólo lo será si más del 80% de sus actividades están dentro precisamente de los cometidos que le

confía el poder adjudicador que realiza el encargo. Es decir, que prácticamente tendrá muy poca actividad en el mercado libre. Es por tanto una condición significativamente restrictiva.

- c) **“Cuando el ente destinatario del encargo, sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública”**. Aquí, el legislador español hace una trasposición más exigente aún que la que deriva del artículo 12.1.c) de la citada Directiva 2014/24/UE, en el sentido de que no permite, cuando se trate de un ente con personalidad jurídica de derecho privado, el destinatario del encargo, que tenga ninguna participación de capital privado. Es decir, la totalidad de su capital tendrá que ser público. La Directiva como decimos, permite excepcionalmente una participación de capital privado, en algún supuesto tasado y concreto. Ha de advertirse que se refiere a que el ente instrumental tenga la consideración de personalidad jurídico-privado. Así por ejemplo, en algunos entes públicos como los consorcios, podría tener una participación de capital privado.

Estos requisitos que hemos examinado del artículo 32, apartados 2 a), b), y c), ha de reseñarse que la letra d) del apartado 2 de dicho artículo 32 de la LCSP, contiene otra serie de requisitos o exigencias que podríamos denominar de carácter formal. La condición de medio propios personificado debe reconocerse expresamente en los Estatutos o actos de creación, cumpliendo una serie de requisitos.

Se exige la conformidad o autorización expresa del poder adjudicador. Y la verificación por la entidad pública de la que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para realizar los encargos, de conformidad con su objeto social. Además de una serie de menciones que deben figurar en los Estatutos o acto de creación del medio propio, como se establece en el citado artículo 32.2.d), apartados 1º y 2º.

El apartado 4 del artículo 32 de la LCSP, se refiere a la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí. Se refiere al supuesto de que un ente instrumental dependa en su control de dos o más poderes adjudicaciones independientes entre sí.

Los requisitos son esencialmente los que vimos anteriormente con carácter general para considerarse medios propios.

Ha de señalarse que el incumplimiento sobrevenido de cualquiera de estos requisitos, supone la pérdida de la condición de medio propio personificado

y como señala el apartado 5 del mismo artículo 32 de la Ley “la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada”.

Los encargos a medios propios personificados, que no tienen la consideración de contrato, deben cumplimentar una serie de requisitos formales: 1) publicarse en la plataforma de contratación correspondiente; 2) formalizarse en un documento que será publicado en dicha plataforma de comunicación; 3) y los órganos de las entidades de sector público estatal que tengan la condición de poder adjudicador (artículo 3.3 de la Ley), necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe de la contratación sea igual o superior a 12.000.000 €. Y también las modificaciones o encargos cuando superen el 20% de su importe.

Es muy importante destacar el apartado 7 del mismo artículo 32, ya que se refiere a una cuestión trascendente como es la subcontratación que pueden realizar los entes instrumentales o medios propios y muchos casos, como se ha constatado en la práctica, venía siendo una forma de eludir la aplicación de los procedimientos de adjudicación de la contratación pública. Se establecen por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico dos reglas importantes:

- El negocio jurídico que celebre el ente propio, con otras personas jurídicas “quedará sometido a esta Ley”. Es decir, ese contrato se rige por la propia LCSP, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el valor estimado del mismo. Y en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas en el Título I, del Libro III de la Ley.
- En cualquier caso, **el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros “no excederá del 50% de la cuantía del encargo”**. Es una limitación muy significativa, en cuanto a posibles subcontrataciones, que restringe por tanto la misma.

El artículo 33 de la Ley, regula los encargos que realizan entidades que pertenecen al sector público, pero no tienen la consideración de poder adjudicador, a medios propios personificados.

Este precepto viene a resultar aplicable para entidades del sector público, que no son poderes adjudicadores en los términos del artículo 3.3 de la Ley. Por ejemplo, sociedades mercantiles a que se refiere el artículo 3.h) u otras entidades en que no se dé la nota de poder adjudicador. En cualquier caso, lo determinante es que tiene también que concurrir el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que se enumeran en el apartado 2 de este artículo 33 y que se resumen en los siguientes:

- a) Que el ente que hace el encargo ostente el control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, sobre el ente destinatario del mismo.
- b) Que la totalidad del capital social del ente destinatario del encargo, sea de titularidad pública.
- c) Que más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo, se lleven a cargo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad encargante y que lo controla, o por otras personas jurídicas controladas por otro modo por la entidad encargante.

Hemos de referirnos por último, al apartado 3 de este artículo 33, que dispone:

*"3. El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una persona jurídica del sector público estatal realice un encargo a otra persona jurídica del sector público estatal, siempre que una de ellas, ya sea la que realiza el encargo o la que lo recibe, ejerza el control de la otra o participe directa o indirectamente en su capital social".*

Sobre la interpretación de este precepto, se ha pronunciado recientemente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Dictamen o Informe 29/2018 de 10 de abril de 2018.

Sostiene la Junta Consultiva que el apartado 3 del artículo 32, se refiere a entidades del sector público estatal, mientras que el apartado 2º alude a entidades del sector público en general. Señala el informe de la Junta Consultiva, que "parece razonable entender que en el apartado 2º del artículo 33, se alude a las entidades del sector público en general, mientras que en el apartado 3º, se particulariza mediante una norma especial en las entidades del sector público estatal". Y en base a este razonamiento considera que hay una notable flexibilización que permitiría entender que basta con acreditar un control o una participación en el capital en otra entidad del sector público, para justificar el recurso al encargo.

Esta interpretación puede llegar a desnaturalizar la aplicación del concepto de medio propio en el ámbito del sector público estatal, teniendo en cuenta que existen varias sociedades que forma parte del sector público y no son poder adjudicador o se pueden crear, para acudir a la figura del medio propio, de tal manera que considerar en estos casos unos requisitos tan flexibles o amplios como que exista "un control o una participación en el capital de otra entidad del sector público" y ya sin más considerarlo medio propio, supondría en gran medida desnaturalizar o vaciar el concepto general de medio propio que ha sido analizado y los propios apartados 1 y 2 del artículo 33.

Por otro lado, considerar que el apartado 3 es una norma especial que singulariza con respecto al principio general del apartado 1 y la aplicación de los requisitos que establece el apartado 2, nos parece un tanto forzada. No va en la dirección del legislador, que ha extremado el rigor y aumentado significativamente las exigencias -como se ha visto- para la consideración de medio propio, con respecto a la normativa hasta ahora vigente, y no parece razonable que pueda establecerse una dualidad de regímenes jurídicos o concepto de medio propio, uno para el sector público estatal y otro para el resto de entidades del sector público, lo que también plantearía problemas con el carácter de norma básica del concepto de medio propio que hemos señalado. Y la armonización con lo que dispone el artículo 86 que antes se analizó de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público.

Por ello, consideramos que estamos en presencia una interpretación polémica de la Junta Consultiva y habrá que estar a la interpretación que en su caso hagan los Tribunales de Justicia sobre esta materia.

Destaca la novedad que se contiene en el artículo 44.2.e) de la misma LCSP, que señala que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación, que regula dicho precepto legal "la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales".

Por tanto, si estamos dentro del ámbito de aplicación de dicho recurso especial, que se refiere a contratos de obras con valor estimado superior a 3.000.000 € y de suministro y servicios con valor estimado superior a 100.000 € (entre otros supuestos), cualquier encargo a medio propio que no cumpla los requisitos legales que hemos visto, será un acto nulo por infringir la LCSP y podrá ser objeto de recurso especial. Si el valor estimado del contrato no está dentro de los umbrales mencionados para poder acudir al recurso especial, cabrá también la interposición de los recursos administrativos o jurisdiccionales correspondientes.

En resumen, cabe concluir afirmando que hoy la regulación de los medios propios y otros instrumentos de cooperación interadministrativa, contienen unas mayores exigencias y controles para su aplicación y posibilidades de actuación a través de la impugnación de las acciones legales y recursos correspondientes.

En líneas generales, el legislador español ha traspuesto adecuadamente las Directivas Comunitarias, pero en todo caso, habrá que tener en cuenta que la práctica hasta ahora seguida por nuestras Administraciones Públicas y poderes adjudicadores, ha puesto en evidencia una indebida y abusiva

utilización de estas técnicas y medios propios, para eludir la aplicación de la legislación de contratación pública.

#### **IV.- Los servicios de Arquitectura y Urbanismo, como prestaciones de carácter intelectual: su alcance y significado.**

El Preámbulo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (Apartado II), se refiere a los objetivos de la misma y señala como primer objetivo "lograr una mayor transparencia en la contratación pública y en segundo lugar, conseguir una mejor calidad-precio".

A continuación, añade que:

"Para lograr este último objetivo por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato".

En el texto articulado, el artículo 145, apartado 4º, concreta y precisa más, al establecer como prescripción general en cuanto a los criterios de adjudicación del contrato, que:

"Los órganos de contratación, velarán porque se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y en especial en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto **prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura**".

Analizando lo que señala el preámbulo de la Ley y el artículo 145.4 que hemos transcrito, se desprende una consideración esencial y determinante: "por primera vez", en expresión del propio preámbulo de la Ley, el parámetro esencial que constituye el objetivo primordial de la nueva Ley, es la consecución de una mejor relación calidad-precio, lo que luego se concreta en el artículo 145, apartado 2, sobre el que más adelante profundizaremos.

Por tanto, ya no cabe hablar -y se suprime el término de "oferta económicamente más ventajosa", como se venía diciendo en el hasta ahora texto vigente y que deroga la nueva Ley, es decir, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo



3/2011<sup>6</sup>- a partir de ahí, la oferta viene integrada por el concepto relación calidad-precio y evaluándose conforme a criterios cualitativos.

El concepto y el término "calidad" en relación con el precio, aparece ya desde el primer momento en el texto normativo. Es pues la calidad -en los términos que el contenido de la Ley desarrolla-, un objetivo. Y para lograr ese objetivo, se establece esa prescripción que consideramos una innovación trascendente en nuestro régimen jurídico de contratación pública, como es que a partir de ahora, los órganos de contratación están obligados y además como mandato imperativo -la Ley emplea el término "velarán"-, de establecer criterios de adjudicación para que las obras, los suministros y los servicios, tengan "gran calidad", vinculando la misma a que responda lo mejor posible a sus necesidades.

El mandato reseñado, adquiere especial proyección e incidencia en aquellos contratos de servicios "que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual" y menciona expresamente el citado apartado 4 del artículo 145 los servicios de ingeniería y arquitectura.

Por tanto, la consideración de los servicios de Arquitectura, junto con los de Ingeniería, como prestaciones de carácter intelectual, constituye un aspecto clave, innovador y trascendente de la nueva Ley, en la medida en que se proyecta y concreta en estos servicios, de una manera especial, como reafirma el texto normativo, el objetivo de la calidad o por ser rigurosos con la terminología legal "gran calidad", al que debe tender la contratación de estos servicios profesionales.

Como se ha destacado por la mejor doctrina científica, estos cambios introducidos en la nueva Ley, tienen una gran relevancia.

El profesor Gimeno Feliu<sup>7</sup> destaca la trascendencia de que la nueva Ley de Contratos del Sector Público incorpore "de manera transversal y perceptiva, criterios sociales y ambientales" (artículo 1.3) y establezca la relación calidad-precio, se enmarca en una visión estratégica de la contratación pública "para impulsar políticas de desarrollo sostenible, impulso a la innovación, o consolidación de tejido empresarial de las PYMES. De tal manera que, para este destacado especialista en la materia, se avanza hacia una visión más cercana del contrato público "como inversión y no

<sup>6</sup> El concepto clave del texto normativo hasta ahora vigente, era el de la oferta económica más ventajosa, que constituía el parámetro determinante para la valoración de las proposiciones, tal y como disponía el artículo 50.1 del texto normativo.

<sup>7</sup> En el dossier "Las claves de la nueva LCSP: hacia una contratación pública transparente y estratégica" noviembre 2017 Thomson-Reuters, el profesor Gimeno Feliu señala: "Se utiliza, por tanto, el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la oferta más ventajosa. El cambio es de gran relevancia y explica la nueva regulación del artículo 146 ya no incluya el concepto de precio como concepto principal sino el de costes o rentabilidad, así como que se ponga en valor los servicios intelectuales".

como gasto, superando la tradicional aplicación burocrática y economicista de los procedimientos de licitación pública en España”.

Justamente, esta orientación economicista y burocrática, se ha producido de manera acusada en el ámbito de la contratación de Servicios de Arquitectura, Urbanismo e Ingeniería. El legislador, hasta ahora<sup>8</sup>, ha desconocido un aspecto esencial, como es la dimensión o componente intelectual de las prestaciones de estos servicios, que en el ámbito de la Arquitectura, constituye un elemento configurador de los mismos.

En este sentido, el objeto de la prestación de servicios de Arquitectura - como son los proyectos arquitectónicos-; o bien en el caso del Urbanismo - como son la elaboración de instrumentos de planeamiento urbanístico-, se singularizan por el componente intelectual -que es esencial y configurador en este tipo de servicios profesionales-.

En la dimensión subjetiva, se concreta en que sólo quien tiene la titulación habilitante y la cualificación profesional requerida -en este caso los arquitectos-, están en condiciones por sus competencias y conocimientos, para efectuar dicha prestación. Y desde el ámbito objetivo, la singularidad es evidente, toda vez que el componente intelectual del objeto de la prestación, establece una clara diferenciación con otros contratos de servicios, lo que incide en aspectos tan destacados como la valoración de la prestación, que evidentemente no va a poder ser igual y con los mismos criterios, marcadamente economicistas y fundamentados en el precio, que otros servicios en los que no se da este componente intelectual y tener en cuenta particularidades tan significativas en el orden jurídico como los derechos de propiedad intelectual entre otros.

Como decimos, la legislación de contratación pública ha ignorado hasta la fecha de manera acusada y llamativa, el componente intelectual de los servicios de Arquitectura y Urbanismo.

Las consecuencias de ello han tenido efectos ciertamente negativos, tanto para los órganos de contratación, como para los participantes y profesionales, y desde luego para los destinatarios de tales servicios, que no son otros que los ciudadanos. Son bien conocidos problemas tan graves como modificados reiterados de proyectos; bajas temerarias; costes sobredimensionados en proyectos, contrataciones de servicios de arquitectura en el que el precio a la baja era el criterio determinante y por tanto adjudicación de estas prestaciones a través de lo que en realidad eran subastas.

---

<sup>8</sup> El texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, contemplaba la categoría de los contratos de consultoría y asistencia, y en el artículo 196.4, aludía como objeto de los mismos, a prestaciones “en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica (...)”. Sin embargo, luego, esta alusión no se traducía en el texto articulado en ninguna prescripción relevante.

Es decir, un panorama ciertamente desalentador, con negativas repercusiones para los propios órganos de contratación, para los fines de toda contratación pública y desde luego, generando frustración en los profesionales, que realizaban esfuerzos, y dedicación que no sólo ya no eran compensados mínimamente, sino que veían resultados en las adjudicaciones en muchas ocasiones arbitrarios y poco transparentes.

Todo estos efectos, en gran medida, tienen su explicación y causa determinante en este desconocimiento llamativo del componente intelectual de los servicios de Arquitectura y Urbanismo y en definitiva, por considerar la contratación de tales servicios, con base en criterios preponderantemente -y en muchas ocasiones exclusivamente-, centrados en la consideración del precio y en el precio a la baja, es decir, con una visión economicista de una parte, y de otra, burocrática, porque se han venido estableciendo licitaciones públicas de servicios de Arquitectura y Urbanismo, como si el objeto fueran mercancías o suministros.

Y ello, pese a que tanto las Directivas Comunitarias como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>9</sup>, habían reafirmado de manera reiterada la naturaleza especial del contrato de los arquitectos que el propio Alto Tribunal ha venido conceptuando para singularizarlo de otros contratos de servicios, como el denominado "**contrato de arquitecto**", en el sentido de que la prestación tiene un carácter intelectual y que el resultado (el proyecto), ha de estar revestido de las condiciones o cualidades "de viabilidad para que la obra pueda ser ejecutada". Ello conecta con los conceptos de "gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades" que se contienen en el artículo 145.4 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, al que anteriormente nos hemos referido.

Pues bien, este es el cambio. Y el nuevo paradigma.

A partir de ahora, este componente intelectual que es esencial en las prestaciones de los servicios de Arquitectura y Urbanismo, se reafirma y podríamos decir que se proclama de manera enfática, en el nuevo texto normativo de la contratación pública.

Así, Se establece con carácter general, en la disposición adicional cuadragésimo-primera:

"Normas específicas de contratación pública de servicios de Arquitectura, Ingeniería, Consultoría y Urbanismo.

---

<sup>9</sup> Cabe citar así sentencias de 29 de mayo de 1987 (RJ 1987/3848), 25 de mayo de 1988 (RJ 1988/10362), 3 de octubre de 1998 (RJ 1998/8587). Y las más recientes, de 24 de abril de 2001 (RJ 2001/6887) y 9 de junio de 2003 (RJ 2003/5344).

Se reconoce **la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de Arquitectura, Ingeniería, Consultoría y Urbanismo**, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley”.

El término y el concepto de “prestaciones de carácter intelectual”, para categorizar y singularizar a los servicios de Ingeniería, Arquitectura y Urbanismo, aparece en otros preceptos del texto de la Ley:

- Artículo 143.2, que establece que no cabe la subasta electrónica cuando la licitación se refiera a prestaciones que tengan por objeto carácter intelectual, como los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura.
- Artículo 145.3.g), que dispone que en la aplicación de más de un criterio de adjudicación, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación, en los contratos que tengan por objeto dichas prestaciones de carácter intelectual.
- Artículo 145.4, párrafo primero, que prescribe que los órganos de contratación habrán de velar por establecer criterios de adjudicación “que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, que respondan lo mejor posible a sus necesidades, **y en especial en los procedimientos de contrato de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de Ingeniería y Arquitectura**”.
- Artículo 145.4, párrafo segundo, en cuanto a los criterios de adjudicación para establecer que **en este tipo de contratos lo criterios relacionados con la calidad deberán representar “al menos el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas”**.
- En el artículo 159.6, que determina la excepción para este tipo de contratos de la reducción de plazos que se prevé en el procedimiento abierto simplificado.
- El artículo 160.4, referido al procedimiento restringido, contiene una mención al decir que este procedimiento se adecúa especialmente “cuando se trata de servicios intelectuales de especial complejidad, como es el caso de algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería”.
- Los concursos de proyectos (artículos 183 a 187), contienen en la Ley unas normas especiales, que se basan en la consideración de prestaciones intelectuales de los proyectos de Arquitectura, Urbanismo e Ingeniería, en razón a su objeto y la finalidad que singularizan este tipo de contratos.

Además de estos preceptos en los que de manera expresa se alude a "prestaciones o servicios de carácter intelectual", también debemos mencionar la singularidad que se concreta en el artículo 87.3.b), en cuanto a la solvencia económica y financiera, que puede acreditarse mediante un seguro por riesgos profesionales "en los contratos cuyo objeto consista en servicios profesionales". O la referencia que el artículo 101 -que establece las reglas para determinar el valor estimado de los contratos- contiene en su apartado 11.c) cuando alude a "los contratos relativos a un proyecto en los que se toma como base los honorarios profesionales". Cabe citar igualmente las referencias que existen a la propiedad intelectual en el artículo 168.2 (procedimiento negociado sin publicidad); y en el artículo 308 (sobre la regulación en los pliegos de los procedimientos de adjudicación de los derechos de propiedad intelectual). O también las normas específicas de responsabilidad por deficiencias o errores de los proyectos que se regulan en los artículos 314 y 315 de la Ley.

Por tanto, todo este conjunto de preceptos de la LCSP **pone de manifiesto que hay todo un sistema o régimen específico y singular con normas particulares exclusivas y propias, en cuanto a la contratación de los servicios de arquitectura y urbanismo**. este ha de ser el elemento o parámetro de referencia para comprender e interpretar adecuadamente el nuevo sistema o modelo que la Ley ha instaurado con respecto a los contratos que tengan por objeto estas prestaciones con carácter intelectual como remarca la Ley. Hasta tal extremo que cabría hablar de una tipología contractual propia y específica al respecto.

De todo lo expuesto, se infiere ya el alcance y significado trascendente de que la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, haya reconocido la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual de los servicios de arquitectura, urbanismo, así como los de ingeniería y consultoría.

Cabe sintetizar estos efectos en el orden jurídico, en los siguientes:

- En primer lugar, porque entraña un mandato para las Administraciones Públicas y poderes adjudicadores, en cuanto que lo primero que habrán de tener en cuenta desde el comienzo de la tramitación de los expedientes de contratación de tales servicios hasta su adjudicación, es justamente que la Ley de contratos del Sector Público, establece unas normas particulares, singulares y específicas para tales contratos, que inciden en todos los aspectos de la contratación: en la solvencia, en los criterios de adjudicación, en los procedimientos de adjudicación, etc.
- En segundo lugar, significa que en el orden jurídico la contratación de servicios de Arquitectura y Urbanismo se singulariza del resto de contratos de servicios, estableciéndose un verdadero **"régimen de**

**contratación particular**”, en línea con la Directiva 2014/24/UE, que precisamente incluye las normas de concursos de proyectos dentro de regímenes de contratación particulares. Por tanto, siempre que se esté en presencia de la contratación de este tipo de servicios y al ser una norma particular, en caso de discordancia o conflicto con otra norma, debe aplicarse siempre lo que establezca al efecto la norma particular sobre estos contratos de servicios de Arquitectura o Urbanismo.

- En tercer lugar, supone un elemento esencial de refuerzo de los derechos de los arquitectos, toda vez que al definirse los servicios de Arquitectura y Urbanismo como prestaciones carácter intelectual, incidirá no sólo en la contratación pública sino en la contratación privada de tales servicios, en aspectos como la definición del objeto del contrato, los derechos de propiedad intelectual y otros muchos aspectos de la relación contractual.
- Y por último, el conjunto de preceptos mencionados que se contienen en la nueva Ley de Contratos del Sector Público y que hacen referencia al carácter de prestación de carácter intelectual de los servicios de arquitectura y urbanismo, beneficiarán sin duda al interés general de la contratación y desde luego, a ese objetivo primero que veíamos al comienzo de este apartado, de lograr una contratación pública en la que los servicios profesionales -y en concreto los de Arquitectura y Urbanismo-, respondan a esa “gran calidad” a que se refiere el apartado 4 del artículo 145 de la Ley. Los efectos beneficiosos para los consumidores y usuarios son evidentes, al reforzarse la calidad de la prestación.

Así pues, podemos decir que en este aspecto el texto normativo en este aspecto singular y destacado, responde a un objetivo también esencial de la Directiva 2014/24/UE, en cuanto orientar hacia la calidad la contratación pública, e incluso ha ido más allá, al introducir prescripciones que sitúan a nuestro ordenamiento jurídico en este punto, a la cabeza del resto de ordenamientos de la Unión Europea.

Hemos de establecer una conclusión significativa en el orden jurídico. Si ahora la Arquitectura, el Urbanismo adquieren una relevancia trascendente en la LCSP, destacándose su naturaleza de prestaciones de carácter intelectual y estableciéndose como norma imperativa y transversal que los criterios de calidad y por tanto de la calidad arquitectónica, deben ser prevalentes en la adjudicación de los contratos que tengan por objeto tales prestaciones, la Ley lo que está es señalando la dimensión de interés público de la Arquitectura.

En este sentido, la LCSP debe abrir el camino para el reconocimiento público en nuestro ordenamiento jurídico del interés público de la Arquitectura - como ya existe en otros ordenamientos jurídicos de la UE- y teniendo en

cuenta que ya está así reconocido a nivel Comunitario, desde la Directiva 85/384/CE, pasando por la resolución del Consejo de 12 de febrero de 2001 hasta la vigente Directiva 2005/36/CE sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales.

#### **V.- La solvencia económica y profesional en los contratos de servicios profesionales (artículos 74 a 92).**

En el ámbito de la contratación pública, la solvencia ocupa un lugar destacado en la medida en que el órgano de contratación, para satisfacer los intereses generales requeridos, debe tener la certeza de que el licitador o en la terminología de la Ley "los empresarios", estén en posesión de esas condiciones de aptitud y capacidad, necesarias para garantizar la adecuada realización y ejecución del contrato.

En la solvencia, entran en juego fundamentalmente dos aspectos: el económico, es decir, tener una mínima capacidad económica que asegure la realización y ejecución del contrato; y el aspecto técnico, cumplir unas exigencias para garantizar una adecuada capacitación y habilitación técnica para realizar la prestación objeto del contrato.

La solvencia se regula en el texto de la nueva Ley a partir de los artículos 74 y siguientes. En el artículo 74 se señala que los requisitos de solvencia deben indicarse en los anuncios de licitación y en los pliegos del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

Hemos de advertir que el criterio de la proporcionalidad y la vinculación al objeto del contrato es sin duda determinante al objeto de esta materia. Y habrá que examinar cada caso concreto para comprobar si una exigencia de solvencia determinada es proporcionada o no, de tal manera que de infringirse este principio, la exigencia sería nula.

Por lo que afecta en concreto a los contratos de servicios profesionales y más específicamente a los contratos de servicios de Arquitectura y Urbanismo, reseñaremos a continuación las particularidades o novedades más relevantes que encontramos en el texto de la LCSP.

En cuanto a la solvencia económica, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RDL 3/2011), hasta ahora vigente, la solvencia económica y financiera se establecía con carácter general, sin ninguna particularidad en cuanto a los servicios profesionales. Y cabía la posibilidad de que en los pliegos de condiciones -y ello sucedía con frecuencia-, se exigiese el volumen de negocio o trabajos profesionales realizados con unas cuantías mínimas de sus importes, referidos a los últimos tres años.

La solvencia económica debe venir fijada en el anuncio de litación o en el anuncio de participar en el procedimiento y en los pliegos. El órgano de contratación podrá optar por uno o varios de los medios siguientes: a) volumen anual de negocios, referido al mejor de los últimos tres años y que ahora no puede exceder de una vez y medida del valor del contrato (ello es trasposición del artículo 58.3 de la Directiva 2014/24/UE); b) seguro de responsabilidad civil; c) patrimonio neto.

Ahora bien, si los pliegos no concretan tales criterios ni requisitos, se establece ahora en **la nueva Ley (artículo 87) una particularidad para los contratos cuyo objeto consista en servicios profesionales**, como es que en lugar del volumen anual de negocio, la solvencia económica **se podrá acreditar mediante un seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe no inferior al valor estimado del contrato**. Bastará con presentar junto con la oferta, un compromiso vinculante de suscripción de dicho seguro.

Además, la Ley establece ahora que la solvencia económica debe resultar **“proporcional al objeto contractual”** y **“en ningún caso suponer un obstáculo a la participación de las pequeñas y medianas empresas”**.

Por tanto ahora, la acreditación de la solvencia económica en los contratos de servicios profesionales, como son los de Arquitectura y Urbanismo, queda más delimitada, en los términos que se han señalado.

Por lo que se refiere a la solvencia técnica y profesional, en el texto normativo vigente hasta ahora, en el artículo 78.a), se establecía una limitación temporal (como máximo los cinco últimos años), en cuanto a la acreditación de la experiencia profesional en los contratos de servicios.

Ahora, el texto aprobado (artículo 90), introduce excepciones y particularidades al límite temporal, que se fija en tres años, en cuanto a la exigencia de aportar una relación de los principales servicios o trabajos realizados, en los siguientes aspectos:

Los poderes adjudicadores “podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los **servicios pertinentes efectuados más de tres años antes**”, ello cuando sea necesario garantizar un nivel adecuado de competencia.

En los contratos no sujetos a regulación armonizada “cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una **antigüedad inferior a cinco años**, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) anteriores, sin que **en ningún caso será aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de servicios**”.



La regulación de la solvencia técnica y profesional, tal y como ha quedado en el texto de la LCSP, ni es la más adecuada ni la más acorde con la propia Directiva 2014/24/UE.

No es la más adecuada, porque establecer ese límite de los tres últimos años en la acreditación de la experiencia y realización de servicios y trabajos profesionales, no deja de ser arbitraria y no justificada, sobre todo, teniendo en cuenta la especial naturaleza de determinados servicios profesionales, como es el caso de los servicios de Arquitectura y Urbanismo, que tienen unos periodos o ciclos de ejecución, que pueden ser en determinados casos, significativamente dilatados. No deja de ser arbitrario además y sujeto a las coyunturas económicas, que en el ámbito de la Arquitectura tienen una especial incidencia, el fijar límites o umbrales de carácter temporal.

Y hemos de añadir que no es acorde con el artículo 58.4 de dicha Directiva 2014/24/UE, que dispone que los poderes adjudicadores en cuanto a la capacidad técnica y profesional, podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la correspondiente experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad. Y a tal efecto señala que podrán exigir que "tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada **mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado**". Es decir, la Directiva Comunitaria no establece un límite temporal concreto para la acreditación de la experiencia.

Por ello y en nuestra opinión, el artículo 90.1.a) de la LCSP debe permitir una interpretación acorde con la Directiva Comunitaria y con las consideraciones mencionadas, de tal manera que se generalice que el garantizar un nivel adecuado de competencia y como consecuencia de ello que no se infrinja el principio del artículo 1 de libre acceso a las licitaciones y no discriminación ni igualdad de trato entre los licitadores, que permita que se tengan en cuenta la acreditación de servicios y trabajos profesionales efectuados más de tres años antes, como señala el mismo precepto legal.

Así pues, el límite temporal para la acreditación de la solvencia técnica y profesional en los contratos de Arquitectura y Urbanismo, admite dichas modulaciones. Y se podrá por tanto reclamar que en los pliegos de condiciones precisamente para asegurar un nivel adecuado de competencia, se tengan en cuenta los servicios efectuados más de tres años antes a la fecha de la licitación.

Y desde luego, es una novedad trascendente que las empresas o estudios profesionales con una antigüedad inferior a cinco años, en tales casos por imperativo legal no se podrá exigir la acreditación de un determinado número de servicios. Ello va a suponer sobre todo una mayor posibilidad de acceso y participación en las licitaciones públicas por parte de los profesionales más jóvenes y con menor tiempo de ejercicio profesional, que era un objetivo que ha venido siendo reclamado de manera muy especial por las organizaciones profesionales de la Arquitectura

Para concluir este apartado sobre la solvencia, es ineludible referirse a dos aspectos que aparecen regulados en la Ley, como son la integración de la solvencia con medios externos (artículo 75) y la posibilidad de que los órganos de contratación exijan adscripción de medios personales y materiales a la ejecución del contrato (artículo 76):

- El artículo 75, permite -como ya se establecía en el sistema normativo anterior-, que la solvencia se integre con medios externos. Es decir, que el licitador puede basarse en la solvencia y medios de otras entidades con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo que tenga con ellas. Será necesario que acredite una disposición efectiva de la solvencia durante la ejecución del contrato. Ahora bien, con respecto a criterios sobre Títulos Profesionales o experiencia profesional "las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades". Ahora se establece que el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre la entidad licitadora que recurra a las capacidades de otras entidades y éstas, incluso de forma solidaria. Y se establece una prescripción importante como es la facultad de los poderes adjudicadores de poder exigir que determinadas partes o trabajos, en especial a su naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador. O en el caso de una Unión de empresarios, por un participante en la misma.
- Otra cuestión importante, que se regula en el artículo 76 de la Ley, se refiere a que en los contratos -y entre ellos el contrato de servicios-, los poderes adjudicadores podrán exigir que especifiquen en la oferta o en la solicitud de participación "los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación". Ahora bien, esta exigencia viene sobre todo referida para aquellos contratos en los que en razón a su "complejidad técnica" sea determinante la concreción de los medios materiales y personales necesarios para la ejecución del contrato. Y en todo caso, esta adscripción de medios debe ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato "de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación".

## **VI.- Criterios de adjudicación. Especial consideración sobre los criterios de la calidad, con carácter prevalente, sobre la oferta económica.**

Se viene destacando que uno de los aspectos centrales en la orientación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017, que ha entrado en vigor el 9 de marzo de 2018, lo constituye la denominada contratación pública estratégica, o visión estratégica de la contratación pública.

En este aspecto, hemos de señalar que se ha destacado la nueva filosofía que deriva de la estrategia europea 2020, apostando como prioridades un crecimiento inteligente (economía basada en el conocimiento y la innovación); sostenible (una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, más verde y competitiva); e integrador (alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial).

Las Directivas 23 (contratos de concesiones de servicio público) y 24 (contratación pública) de 2014, que han sido traspuestas por la Ley 9/2017, se enmarcan en esa estrategia "Europa 2020".

En este sentido, se alude a la **contratación pública estratégica o visión estratégica de la contratación pública**. Ello se traduce en que la Ley no se limita, como ha venido sucediendo hasta ahora en general, a regular la contratación pública desde una visión administrativista, organicista y orientada exclusivamente a planteamientos y objetivos centrados en el precio y en la oferta económica. El cambio es enorme -y se ha producido en la tramitación parlamentaria de la Ley-, con la incorporación y con carácter imperativo y obligatorio de criterios sociales y medioambientales en la contratación pública. El artículo 1.3 de la LCSP, resulta trascendente en tal sentido, ya que informa del conjunto del texto normativo.

Este precepto dispone que: "en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales, siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la relación contractual así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación de las pequeñas y medianas empresas así como de las empresas de economía social".

Es en este contexto como cabe encuadrar, la nueva regulación de los servicios de arquitectura y urbanismo en la LCSP.

El profesor Gimeno Feliu<sup>10</sup> destaca la trascendencia de que la nueva Ley de Contratos del Sector Público incorpore “de manera transversal y perceptiva, criterios sociales y ambientales” (artículo 1.3) y establezca la relación calidad-precio, se enmarca en una visión estratégica de la contratación pública “para impulsar políticas de desarrollo sostenible, impulso a la innovación, o consolidación de tejido empresarial de las PYMES. De tal manera que, para este destacado especialista en la materia, se avanza hacia una visión más cercana del contrato público “como inversión y no como gasto, superando la tradicional aplicación burocrática y economicista de los procedimientos de licitación pública en España”.

Justamente, esta orientación economicista y burocrática, se ha producido de manera acusada en el ámbito de la contratación de Servicios de Arquitectura, Urbanismo e Ingeniería. El legislador, hasta ahora<sup>11</sup>, ha desconocido un aspecto esencial, como es la dimensión o componente intelectual de las prestaciones de estos servicios, que en el ámbito de la Arquitectura, constituye un elemento configurador de los mismos.

En este sentido, el objeto de la prestación de servicios de Arquitectura - como son los proyectos arquitectónicos-; o bien en el caso del Urbanismo - como son la elaboración de instrumentos de planeamiento urbanístico-, se singularizan por el componente intelectual -que es esencial y configurador en este tipo de servicios profesionales-.

### ***1.- Los criterios de adjudicación del contrato referidos particularmente a las prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de Arquitectura y Urbanismo en la LCSP.***

Los criterios de adjudicación de la contratación constituyen el aspecto esencial o nuclear de la contratación pública, toda vez que el proceso de adjudicación contractual gira entorno a la determinación de tales criterios. De cuáles sean esos criterios y de qué forma se concreten y precisen, va a depender el resultado último de la adjudicación, y del propio contrato y de que se respeten las garantías y principios esenciales de la contratación pública.

De ahí la importancia de esta cuestión y los límites legales en orden a las facultades que ostentan al respecto los órganos de contratación.

---

<sup>10</sup> En el dossier “Las claves de la nueva LCSP: hacia una contratación pública transparente y estratégica” noviembre 2017 Thomson-Reuters, el profesor Gimeno Feliu señala: “Se utiliza, por tanto, el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la oferta más ventajosa. El cambio es de gran relevancia y explica la nueva regulación del artículo 146 ya no incluya el concepto de precio como concepto principal sino el de costes o rentabilidad, así como que se ponga en valor los servicios intelectuales”.

<sup>11</sup> El texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, contemplaba la categoría de los contratos de consultoría y asistencia, y en el artículo 196.4, aludía como objeto de los mismos, a prestaciones “en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica (...)”. Sin embargo, luego, esta alusión no se traducía en el texto articulado en ninguna prescripción relevante.

Si los principios esenciales de la contratación pública, que se recogen en el artículo 1 del texto normativo, son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, a lo que el legislador de 2017 ha añadido el principio esencial de integridad, para garantizar estos principios esenciales es ineludible que los criterios de adjudicación se formulen, se establezcan, se interpreten y apliquen de forma que respondan y aseguren el cumplimiento de tales principios.

Están en juego los principios de igualdad, de no discriminación, de transparencia, de competencia efectiva entre los licitadores, que todos ellos han de ponderarse y valorarse en el establecimiento de los criterios de adjudicación.

¿Cómo se regulan ahora en la nueva Ley de Contratos del Sector Público los criterios de adjudicación de los contratos?

La respuesta la encontramos esencialmente en lo que dispone el artículo 145 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, naturalmente en concordancia con los demás preceptos y en una interpretación sistemática de la disposición legal.

Sin duda, estamos en el aspecto en el que una aplicación adecuada de los criterios de adjudicación que se recoge en dicho precepto normativo, va a ser el parámetro para verificar el éxito o el fracaso de la nueva Ley. Por ello, la importancia de que todos los agentes que intervienen en la contratación pública se tomen muy en serio y de manera rigurosa la determinación y aplicación adecuada y correcta de los criterios de adjudicación.

En este aspecto, nos parece un avance la publicación del RD 6/2018 de 12 de enero (BOE de 22 de enero de 2018), que ha creado la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública; y del RD 94/2018 de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión Interministerial para la creación de criterios sociales en la contratación pública. Ambas disposiciones son por ahora las primeras normas de desarrollo del texto normativo de la Ley.

Antes de entrar en el análisis del artículo 145 de la LCSP, que constituye sin duda uno de los preceptos claves de la misma, hemos de efectuar una consideración previa importante.

El precepto legal, está comprendido dentro de la Sección 2ª, denominada "De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas",

Subsección 1ª “Normas generales”, de Capítulo I, Sección 1ª, del Libro II, que se titula “De los contratos de las Administraciones Públicas”.

Ello podría dar lugar a entender que los criterios de adjudicación que se establecen en este artículo 145, sólo se aplican a los contratos que formalicen o celebren las Administraciones Públicas como tales, en el sentido estricto que se definen en el artículo 3.2.a) de la Ley (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, entidades de la Administración local, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, organismos autónomos, Universidades Públicas y las Autoridades Administrativas independientes y las Diputaciones Forales y Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco).

Sin embargo, ello no es así.

Los criterios de adjudicación que se contienen en el artículo 145 de la Ley, se deben aplicar tanto por las Administraciones Públicas mencionadas, como por todos los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administraciones Públicas. Y tanto si se refiere a la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada o no. Están sujetos a regulación armonizada en cuanto a los contratos de servicios aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a 144.000 €, cuando hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social; o igual o superior a 221.000 €<sup>12</sup>, cuando los contratos hayan de adjudicarse por otras entidades del sector público distintas a las mencionadas (artículo 22 de la LCSP). Ello se desprende de los artículos 316, 317 y 318 de la Ley. En este aspecto, debe destacarse que se ha producido un cambio significativo con respecto al régimen normativo hasta ahora vigente, por cuanto el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, distinguía para la aplicación de los preceptos de la Ley y en concreto de los criterios de adjudicación y procedimientos, si el contrato era armonizado o no lo era, en una técnica normativa que ha sido muy criticada.

Pues bien, ahora se unifica el régimen jurídico, en el sentido de que la adjudicación que efectúen los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, deberán sujetarse a los procedimientos de la Sección 2ª del Capítulo I, del Título I del Libro II de la Ley, tal y como dispone el artículo 318, y por tanto habrán de establecer y aplicar los criterios de adjudicación del artículo 145. Desparecen las llamadas “instrucciones internas en materia de contratación” que tenían que aprobar los poderes adjudicadores, que no tenían la condición de Administraciones Públicas, para los contratos no sujetos a regulación

---

<sup>12</sup> Estos umbrales se modificaron por Orden HFP/1298/2017 de 26 de diciembre.

armonizada. Estas instrucciones sólo quedan ahora por tanto para entidades del sector público que no tienen el carácter de poderes adjudicadores (artículo 321).

Por tanto, a partir de ahora los poderes adjudicadores están sujetos a las prescripciones de la LCSP en cuanto a la adjudicación de los contratos que celebren, con independencia de si el valor estimado del mismo está sujeto o no a regulación armonizada. Se amplía así de manera significativa el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

Y también -como novedad y en el mismo sentido-, la adjudicación de contratos por entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores, y que tendrán que aprobar unas instrucciones internas que regulen los procedimientos de contratación, garantizando los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, en cuanto a la adjudicación del contrato "deberá recaer en la mejor oferta", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, tal y como establece el apartado 2.3º del artículo 321 de la Ley.

Si ha quedado delimitado el ámbito de aplicación subjetivo de los criterios de adjudicación del artículo 145 de la Ley, para completar este aspecto, hemos de reseñar que deben aplicarse a todos los procedimientos de adjudicación establecidos en la misma Sección 2ª del Capítulo I, del Título I del Libro II de la Ley. Es decir, al procedimiento abierto, procedimiento restringido, procedimientos con negociación y diálogo competitivo; y también el procedimiento nuevo denominado asociación para la innovación. En todos estos procedimientos contractuales, hay una remisión expresa en su regulación al artículo 145 y al criterio de la mejor calidad-precio.

En nuestra opinión, en los concursos de proyectos, los criterios de adjudicación del artículo 145 no resultarían aplicables, toda vez que los concursos de proyectos se rigen por unas normas especiales, reguladas en la Subsección 7ª, dentro de la citada Sección 2ª, en los artículos 183 a 187 y el artículo 184.3 establece unos criterios de valoración de las propuestas - a los que luego nos referiremos-, que son propios y específicos y que como norma especial, deben aplicarse con respecto al artículo 145 de la Ley, que es una norma de carácter general.

Por ello, en el ámbito de los concursos de proyectos, rigen los criterios de valoración de las propuestas que se contemplan en el artículo 184.3, que se refiere a "la calidad de las mismas y sus valores técnicos, funcionales, arquitectónicos, culturales y medioambientales".

Entrando ya en el análisis del artículo 145 de la Ley, se trata de un precepto muy extenso, que contiene nada menos que 7 apartados, con un desarrollo que parece reglamentario y muy detallado<sup>13</sup>.

El precepto legal distingue esencialmente cuando se utilice una pluralidad de criterios o un criterio único. En el primer caso, la regla o parámetro es "la mejor relación calidad-precio" que ha de evaluarse con arreglo a criterios económicos y cualitativos. También los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento "que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base de precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148".

Si sólo se utiliza un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes y puede ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de acuerdo con lo indicado en el artículo 148 (artículo 146.1).

Ha de reseñarse que el método prevalente es el de la pluralidad de criterios conforme a la relación calidad-precio. Para acudir al criterio relación-coste-eficacia, el órgano de contratación lo deberá justificar en el expediente.

En todo caso, como vamos a ver, para la contratación de servicios de arquitectura y urbanismo rige el método de pluralidad de criterios y en concreto, la relación calidad-precio, con prevalencia de los criterios de la calidad como luego precisaremos.

Por lo que se refiere en concreto a los criterios de adjudicación referidos a la contratación de servicios que tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, a los que se hace expresa mención en varios apartados de este artículo 145, es donde se produce ese cambio de paradigma o de modelo al que antes nos hemos referido al aludir a la contratación pública estratégica, y que deriva de esta consideración de la dimensión intelectual de estos servicios profesionales, vinculándose ello con el parámetro esencial de la calidad en relación con el precio, y el mandato que ya analizamos del apartado 4º de este artículo 145, en el sentido de que los órganos de contratación "velarán" porque los servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual como los reseñados, se obtengan o resulten "de gran calidad".

Y hay sin lugar a duda un precepto que es una prescripción imperativa absolutamente trascendente y cabe decir que inédito en la contratación pública europea, como es el que se contiene en el párrafo 2º del apartado 4 de este artículo 145 de la LCSP, que dice literalmente:

---

<sup>13</sup> En la reciente monografía "La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contrato del Sector Públicos", Thomson Reuters Aranzadi, de los autores Marín M<sup>a</sup> Razquín Lizárraga y Francisco Javier Vázquez Matilla, se dice: "La LCSP es, en lo atinente a los criterios de adjudicación, muy exhaustiva en su regulación. Ello en parte para que sigan existiendo las anteriores patologías". Se refieren a la indefinición e inconcreción de que adolecen en muchos casos los criterios de adjudicación.



“En los contratos de servicios del Anexo IV, así como **en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas**, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146”.

En consecuencia, cuando los órganos de contratación convoquen un procedimiento de adjudicación de contratos de servicios de Arquitectura y de Ingeniería, al tener la característica de prestaciones de carácter intelectual, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que es donde como señala el artículo 122.2 de la Ley se han de incluir los criterios de adjudicación del contrato, así como en el anuncio de la licitación (artículo 135), deben establecerse tales criterios respetando de manera inexcusable esa regla imperativa en el sentido de que siempre debe prevalecer en el porcentaje indicado los criterios relacionados con la calidad del conjunto de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas de los licitadores.

Como decimos, norma inédita en nuestro ordenamiento jurídico hasta la fecha y también en el panorama de la Contratación Pública Europea. Se trata de una prescripción normativa trascendente, cuyo incumplimiento determinará, al constituir una infracción del ordenamiento jurídico, la nulidad no ya sólo del pliego de cláusulas administrativas particulares, sino de toda la convocatoria o licitación, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la LCSP, en relación con el artículo 48 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Es más, si se hubiese producido una adjudicación con base a criterios de adjudicación que no respete dicha regla del artículo 145.4, párrafo 2º, la adjudicación sería nula, pudiéndose interponer los correspondientes recursos, bien el recurso especial si el valor estimado del contrato es superior a 100.000 € (artículo 44.1 de la Ley) o bien los recursos administrativos ordinarios y jurisdiccionales que procedan. Sin perjuicio de la revisión de oficio, que se regula en el artículo 41 de la misma Ley.

Como ya hemos precisado anteriormente, esta regla del artículo 145 que da valor preponderante a los criterios de calidad en al menos el 51% con respecto a la puntuación asignable de la valoración de las ofertas, resulta de obligado cumplimiento en todos los procedimientos de adjudicación y por parte tanto de Administraciones Públicas y poderes adjudicadores (sin distinción de si los contratos están sujetos o no a regulación armonizada) y también para el resto de entidades del sector público que no sean ni Administraciones Públicas ni poderes adjudicadores.

Junto con esta trascendente norma, que va a suponer una transformación significativa en los criterios de adjudicación y en las propias adjudicaciones de estos contratos de servicios de prestaciones intelectuales, también se establece en el mismo artículo 145, apartado 3, que justamente para tales contratos de servicios, se aplicará necesariamente más de un criterio de adjudicación.

Se erradica así una de las prácticas más viciosas y negativas que se han venido produciendo en el ámbito de la contratación pública de servicios de arquitectura. Nos referimos a licitaciones públicas en las que se fijaba el precio como único criterio de adjudicación. Y la concurrencia era sobre el precio a la baja. No aparecía ningún criterio de calidad. Estábamos en presencia de auténticas subastas o de precios a la baja.

Ello, en modo alguno va a ser posible ahora, en virtud de esta norma imperativa de que en los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de Arquitectura e Ingeniería, necesariamente se tiene que aplicar más de un criterio de adjudicación (artículo 145.3.g de la LCSP).

## ***2.- Consideraciones sobre los criterios cualitativos relacionados con la calidad.***

La regulación del artículo 145 de la LCSP, que establece los requisitos y clases de los criterios de adjudicación de los contratos, ya hemos señalado que el primer criterio o preferente es el de la calidad-precio. Y el apartado 2 del mismo artículo 145 precisa que ello "se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos". Dispone luego que se podrán incluir "aspectos medioambientales o sociales respecto al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser entre otros los siguientes: (....)".

Luego, este apartado 2º del artículo 145 contiene tres números ordinales, donde enumera alguno de tales criterios.

Así en este apartado 1º, menciona "entre otros" es decir, sin ser una enumeración tasada o reglada, criterios tales como "la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras y la comercialización y sus condiciones".

Luego se precisan en el apartado 2, número 1º de este artículo 145, las características medioambientales, que podrán referirse, entre otras "a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al

mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”.

Es indudable que todos ellos son criterios cualitativos relacionados con la calidad, tanto en sí mismo de la oferta o propuesta técnica, como de la prestación o de su ejecución, siempre que esté vinculada al objeto del contrato.

Se habla de “la calidad” y se añade que “incluido el valor técnico las características estéticas y funcionales, la accesibilidad y el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias”. Ha de entenderse por tanto que en los pliegos de condiciones de las licitaciones habrá de hacerse en referencia necesaria a estos criterios cualitativos de calidad. Y otros que puedan fijarse. Este número 1º parece referirse esencialmente a aspectos como los valores técnicos, la estética, la funcionalidad y el diseño que se vinculan más directamente con la oferta, es decir, con el proyecto o propuesta técnica. Insistiendo siempre en que se trata de una enumeración a título de ejemplo y que por tanto, caben incluir criterios similares de calidad.

En el número 2º de este apartado 2 del artículo 145 de la Ley, incluye entre estos criterios cualitativos relacionados con la calidad: “La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”.

Con respecto al criterio mencionado en el apartado anterior, hemos de efectuar alguna precisión. Se considera que la cualificación y la experiencia del personal adscrito al contrato que se vaya a ejecutar, puede valorarse como criterio cualitativo, siempre que se dé un requisito esencial “cuando la calidad de dicho personal, pueda afectar de manera significativa a su ejecución”. Así, por tanto, se requiere este valor añadido. No basta por tanto con hacer referencia sin más a la experiencia del personal adscrito al contrato. Recoge este precepto legal la Jurisprudencia al respecto del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en las sentencias de 28 de marzo de 1985 (Asunto C-324/93) y 26 de marzo de 2015 (C-601/13). Es significativo que el considerando 94 de la Directiva 2014/24/UE, aluda a la calidad del personal empleado, en el sentido de que los relaciona con la calidad de la ejecución, y dice que “ello puede ser el caso, por ejemplo, de los contratos relativos a servicios intelectuales, como los contratos de servicios de arquitectura o consultoría”.

La interpretación en consecuencia de la valoración de la experiencia del personal adscrito al contrato, debe ponderarse siempre en el sentido de que añada ese plus de que afecte de manera significativa a su mejor ejecución,

y se explicita así en los pliegos cláusulas administrativas particulares. Y desde luego teniendo en cuenta dicha doctrina Jurisprudencial y que la ponderación que se haga sea proporcionada y no desmesurada, toda vez que en otro caso podría vulnerar un principio esencial como es el de la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. En este sentido, debe mencionarse que el precepto legal en su interpretación y aplicación, ha de tener en cuenta que la experiencia como regla general es un criterio para valorar la solvencia, pero no debe ser un criterio de adjudicación. La STJUE de 24 de enero de 2008 (Lianakis, C-532/2006), señaló que la experiencia, el equipamiento y la capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto, no pueden ser tenidos en cuenta por el poder adjudicador como criterios de adjudicación, sino como criterios de selección. En el mismo sentido STJUE de 9 de octubre de 2014 (C-641/2013). La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido muy clara al respecto, de que conforme a la legislación de contratos del Sector Público, es indudable que la experiencia debe contemplarse dentro de los criterios de solvencia o selección de los concursantes y no como criterio de adjudicación del contrato. Así, entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo de 24 mayo 2005 (RJ 2005\4412), de 23 febrero 2012 (RJ 2012\5356) y de 9 julio 2012 (RJ 2012\7789).

### ***3.- Prescripciones de carácter general en cuanto a los criterios de adjudicación.***

El apartado 5 de este mismo artículo 145 de la LCSP, contiene unas prescripciones de carácter general, de cómo tienen que redactarse y adjudicarse los criterios de valoración. Deberán cumplir requisitos tales como: a) estar vinculados al objeto del contrato. En tal sentido se entiende vinculado al objeto del contrato "cuando se refiera o integren las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida". Y enumera los factores que intervienen en tales procesos; b) deben ser "formulados de manera objetiva con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada"; c) "deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores".

Hemos de hacer una referencia al requisito de la vinculación al objeto del contrato, que constituye sin duda uno de los esenciales en la determinación de los criterios de adjudicación. Al respecto, la Jurisprudencia Comunitaria, ya se ha pronunciado a partir de la conocida sentencia "Concordia Bus". En esta sentencia se precisó que las proposiciones de los licitadores deben

venir referidas al objeto contractual, de tal manera que esa vinculación al objeto permita evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto al mismo. Una relación por tanto directa de los criterios de adjudicación con las prestaciones del contrato.

La misma Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, ha reafirmado que no es preciso que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca del producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente al mismo. Se ha dicho en la STJUE 284/2012 que "no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto".

La LCSP ha introducido también un criterio amplio de este requisito de la vinculación con el objeto del contrato, porque en el apartado 6 del artículo 145 se establece una presunción "iuris et de iure" de que un criterio de adjudicación se vincula al objeto de contrato público siempre que se integren las prestaciones que deban realizarse "en cualquier etapa de su ciclo de vida". Concepto este del ciclo de vida que aparece definido en el artículo 148 incluyéndose los costes de adquisición, de utilización, de mantenimiento y de final de vida del producto.

Por último, el apartado 7 se refiere a las "**mejoras**", señalando que deben estar suficientemente especificadas. Y añade:

"Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento.

Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.

Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación".

Ha de reseñarse que las denominadas "mejoras" no dejan de ser un criterio de adjudicación, viniendo reguladas en la vigente LCSP, en el artículo 145.7. De esta condición que tienen las mejoras como criterio de adjudicación del contrato, se deriva o infiere que deben reunir los mismos requisitos que

cualquier criterio de adjudicación, es decir, estar vinculadas al objeto del contrato; formularse de manera objetiva, garantizar que sean evaluadas en condiciones de competencia y desde luego, la introducción de mejoras en la adjudicación de los contratos, tiene que garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

Ha de añadirse que tienen que cumplir también las exigencias de concretarse adecuadamente los requisitos, los límites, las modalidades y características de las mismas, como dispone el citado artículo 145.7 de la LCSP.

#### **4.- Valoración de los criterios de adjudicación.**

Debemos referirnos a cómo se aplican y valoran estos criterios de adjudicación.

Al respecto, el artículo 146, regula esta cuestión. Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación -y ello es el caso de los servicios de Arquitectura y Urbanismo-, se podrán emplear "criterios automáticos", de tal manera que los criterios de adjudicación puedan valorarse mediante cifras o porcentajes, obtenidos a través de la aplicación de fórmulas que se establecen en los pliegos.

Y además de estos llamados **criterios automáticos**, mediante el empleo de fórmulas. La Ley exige justificar la elección de las fórmulas (artículo 146.2.d). El otro procedimiento o criterio para valorar los criterios de adjudicación, es a través de los llamados "**juicios de valor**" que se efectúa por el órgano encargado de esta función. En el caso de los procedimientos de adjudicación abierto o restringido, que se celebren por las Administraciones Públicas, la valoración de criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, en aquellos casos en que proceda por tener atribuido una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, en este caso se realiza por "**un comité formado por expertos con cualificación apropiada**, que cuenten con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación" (artículo 146.2.a de la LCSP). También cabe encomendar esta tarea a un organismo técnico especializado debidamente identificado en los pliegos.

En los demás casos, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como criterios evaluables mediante fórmulas, esta función corresponderá a la Mesa de Contratación o por los servicios dependientes del órgano de contratación. A tal efecto se podrán solicitar informes técnicos en los términos previstos en el artículo 50.1 y 57.5 de la Ley. En este último caso la Ley abre la posibilidad de que estos informes se soliciten a organizaciones sociales de usuarios, destinatarios de

la prestación, organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato, a las organizaciones sindicales, a las organizaciones que defienden la igualdad de género y a otras organizaciones para la verificación de las consideraciones sociales y ambientales.

Este artículo 57.5 de la LCSP puede abrir la posibilidad de que se soliciten informes de la valoración de las proposiciones a los Colegios de Arquitectos.

Naturalmente, en el ámbito de los concursos de proyectos, es única y exclusivamente al jurado al que corresponde la valoración de las propuestas, conforme dispone el artículo 187 de la LCSP.

### ***5.- Instrumentos en la LCSP para garantizar los criterios de calidad en las adjudicaciones contractuales.***

Todo lo anteriormente expuesto requiere complementarse en el sentido de que se analice si el texto de la LCSP contiene elementos en su regulación que permitan asegurar los criterios de calidad y la efectiva aplicación de los mismos en las licitaciones públicas.

Al respecto, nos referiremos en primer lugar a que el **presupuesto base de licitación** que se regula hoy en el artículo 100 de la nueva Ley, además de establecer la prescripción general de que sea adecuado a los precios generales de mercado ha de desglosar en los pliegos de la licitación “los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación”. Incluyendo el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución de forma desglosada, con desagregación de género y categoría profesional y tomando como referencia el convenio laboral.

Todo ello no estaba en el Texto Refundido de 2011 ahora derogado y significa un avance significativo para que los presupuestos base de licitación se establezcan adecuadamente y no por debajo de precios de mercado.

Por otro lado, hemos de referirnos a la regulación de **las ofertas anormalmente bajas** (lo que siempre se ha conocido como bajas temerarias) que se contemplan en la nueva Ley en el artículo 149, se contienen hoy instrumentos relevantes para evitar uno de los vicios mayores de la contratación pública y que ha afectado muy singularmente a la adjudicación de contratos sobre servicios de Arquitectura, como son unas bajas hasta unos porcentajes desmesurados con respecto al presupuesto base de licitación que desde luego llegaban a hacer inviable la prestación y en todo caso, desvirtuando la calidad de la misma.

En este sentido, el citado artículo 149 de la LCSP establece el procedimiento que tienen los órganos de contratación para identificar y en su caso excluir aquellas ofertas que se encuentren incursas en lo que se denomina "presunción de anormalidad". Así se impone ahora que los pliegos deben establecer los parámetros objetivos para permitir e identificar que una oferta se considera anormal. Se requiere al licitador o licitadores que incurran en esa presunción para que justifiquen los precios y los costes.

Lo determinante es que se analizan los costes. Que se valora la aplicación de las obligaciones medioambientales y sociales, así como de subcontratación y no son justificables precios por debajo del mercado.

Hay una prescripción final en el párrafo penúltimo del apartado 4 de este artículo 149, que obliga a los órganos de subcontratación a rechazar las ofertas si comprueban: "que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre su contratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201".

En función de todas estas consideraciones cabe concluir señalando que la nueva Ley de Contratos del Sector Público, además de apostar decididamente por los criterios de calidad, en orden a la fijación de los criterios de adjudicación de los contratos, contiene instrumentos que permiten garantizar que no se desvirtúe en la práctica lo que hoy es el mandato esencial para los contratos de Arquitectura y Urbanismo, como es la prevalencia de la calidad entre los criterios de adjudicación.

## **VII.- Procedimientos de adjudicación.**

### ***1.- Consideraciones generales sobre los procedimientos de adjudicación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público***

Ha de resaltarse que los procedimientos de adjudicación se configuran como aquellos instrumentos o vías de actuación que los órganos de contratación deben seguir conforme a las prescripciones legales, para determinar quién va a ser el operador económico que realice el contrato.

Desde esta perspectiva, el acto de adjudicación constituye el acto administrativo más relevante, que pone fin al expediente o procedimiento de adjudicación y que genera efectos jurídicos trascendentes, como son todos los derechos y obligaciones que asume el adjudicatario del contrato objeto del correspondiente procedimiento.

Precisamente, por tal razón, se requiere por parte del órgano de contratación una motivación de la resolución de adjudicación; una



notificación a los candidatos y licitadores y una publicación en el perfil del contratante. Aspectos tan relevantes como la exposición resumida de los candidatos descartados. Y los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación. Explicando los motivos.

Y en todo caso, el nombre del adjudicatario y las características y ventajas de la proposición del adjudicatario, que han sido determinantes de la selección de la oferta, con respecto a las que hayan presentado los demás licitadores.

Pues bien, para llegar a esta resolución, a la que se refiere en los términos señalados el artículo 151 de la Ley, se ha tenido que seguir el correspondiente procedimiento de adjudicación.

En este ámbito, no puede por menos que señalarse que cualquier análisis valorativo de los procedimientos de adjudicación que contempla la LCSP, debe efectuarse desde la luz de los principios de la contratación pública, que se recogen en el artículo 1 del Texto normativo: a) libertad de acceso a las licitaciones; b) publicidad y transparencia de los procedimientos; c) no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; d) asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria el control del gasto; e) el principio de integridad; f) eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de las obras, a la adquisición de bienes y la contratación de servicios, mediante la exigencia previa de las necesidades a satisfacer; y g) la salvaguarda de la libre competencia.

En este aspecto, se viene tradicionalmente clasificando los procedimientos de adjudicación en tres grupos o clases:

- 1) Procedimientos ordinarios. Lo constituyen el **procedimiento abierto y el restringido**. Precisamente el artículo 131 de la Ley, en su apartado 2, dice que la adjudicación se realizará "ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido (...)". La nota singular de estos procedimientos es que cumplen plenamente todos los principios de la contratación pública antes enumerados y en particular los principios de publicidad y competencia en las licitaciones.
- 2) Procedimientos especiales. Aquí se encuadrarían los **procedimientos con negociación, el diálogo competitivo, el nuevo procedimiento de la asociación para la innovación y el concurso de proyectos**.

Se califican de procedimientos "especiales" porque sólo se pueden aplicar en los supuestos expresamente previstos en la Ley, es decir,

existen unas causas tasadas, concretas y determinadas, que justifican la opción por estos procedimientos.

Son, en principio, potestativos para las Administraciones Públicas y poderes adjudicadores. Es decir, pueden acudir a estos procedimientos, siempre que se cumplan los supuestos legales, y también en su caso a los procedimientos ordinarios mencionados, es decir, el abierto o el restringido.

Ahora bien, en algunos casos resultan de aplicación obligatoria para los poderes adjudicadores. Así sucede en el concurso de proyectos (artículo 183.3 de la Ley), por cuanto en este procedimiento, los órganos de contratación no sólo "pueden", sino que "deben" aplicar necesariamente el concurso de proyectos cuando concurren los supuestos legales que luego serán objeto de examen detallado.

- 3) Procedimientos excepcionales. Cabe incardinar en este tercer grupo el **procedimiento negociado sin publicidad** y los contratos de **asistencia sanitaria** en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 € (artículo 131.4 de la Ley).

La nota distintiva es que la excepcionalidad de estos procedimientos radica en que no cumple en su totalidad o plenitud con los principios de contratación pública expuestos, y en particular, con los de publicidad o competencia o concurrencia.

Con respecto a la denominada "adjudicación directa", si bien se menciona en el artículo 131, que enumera los distintos procedimientos de adjudicación, consideramos que **la adjudicación directa no es propiamente un procedimiento de adjudicación como tal**, toda vez que las determinaciones normativas que se aplican a los distintos procedimientos de adjudicación, no lo son en la adjudicación directa. No existe necesariamente una obligación por la Administración Pública o poder adjudicador de atenerse a unos criterios de adjudicación y a una valoración de los mismos. No existe un procedimiento reglado, de tramitación, de presentación de ofertas, de plazos para dicha presentación. No hay órganos de valoración de las proposiciones, es decir, no hay ni Mesa de Contratación ni Jurado. En definitiva, la adjudicación directa no está sujeta a los requerimientos normativos que rigen para lo que son propiamente los procedimientos de adjudicación contractual previstos en la Ley.

En este sentido, se ha llegado a decir que "los contratos menores son definidos como una forma de celebrar contratos, no como un

procedimiento o una forma de adjudicación de los contratos administrativos”<sup>14</sup>.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, como luego veremos cuando entremos con detalle a examinar la adjudicación directa o contratación menor, ello no impide que los órganos de contratación puedan introducir criterios e incluso aplicar en tales supuestos normas previstas para los diferentes procedimientos de adjudicación.

El preámbulo de la LCSP, resume cuáles son los **cambios más significativos**, en la parte correspondiente a los procedimientos de adjudicación.

- Además de los procedimientos existentes: el abierto, el negociado, el diálogo competitivo y el restringido “que es un procedimiento, este último, especialmente apto para la adjudicación de los contratos cuyo objeto tenga prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura”. Se introduce el procedimiento denominado asociación para la innovación.
- Sigue diciendo el preámbulo de la Ley: “En el ámbito del procedimiento abierto, se crea la figura del procedimiento abierto simplificado, que resultará de aplicación hasta unos umbrales determinados, y nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación”.
- En cuanto al negociado “se suprime la posibilidad del uso del procedimiento negociado con y sin publicidad por razón de la cuantía y se suprime la aplicación de este procedimiento respecto a las obras y servicios complementarios; y aparece una nueva regulación de las primas y compensaciones que se pueden entregar a los licitadores en el diálogo competitivo”.

Hasta aquí, los cambios. Ciertamente no son demasiados. Y en este apartado, la Ley no ha sido precisamente innovadora. Sigue un continuismo con respecto al texto hasta ahora vigente, es decir, el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre. Ha de tenerse en cuenta que la Directiva 2014/24/UE, prácticamente tampoco contiene grandes novedades en cuanto a los procedimientos de adjudicación y sigue la estela de la Directiva 2004/18/CE.

---

<sup>14</sup> Así se sostiene en la obra memento práctico de la Editorial Lefevre “Contratación Pública, Abogacía del Estado” Madrid, noviembre de 2017.

## **2.- Adjudicación directa. Contratos menores (artículos 118, 131.3 y 63.4).**

Los aspectos más destacados, se sintetizan en los siguientes:

### 1. Ámbito de aplicación.

La adjudicación directa sólo procede en los denominados contratos menores.

El artículo 118 de la Ley define los contratos menores como aquellos de **valor estimado inferior** a 40.000 € cuanto se trate de contratos de obras o **15.000 €** cuanto se trate de contratos de suministro **o de servicios**.

### 2. Naturaleza potestativa no obligatoria para las Administraciones Públicas y poderes adjudicadores.

Ha de advertirse que es una facultad. Por tanto, también este tipo de contratos menores pueden adjudicarse por los restantes procedimientos de adjudicación establecidos. Es una decisión de las Administraciones Públicas.

Precisamente por ello, no hay ningún obstáculo legal ni impedimento, para que la adjudicación de los contratos menores se efectúe a través de los correspondientes procedimientos de licitación y en especial el abierto simplificado, que luego se analiza.

Es más, como se ha razonado antes, esta adjudicación directa que no es propiamente un procedimiento de adjudicación, sino más bien una forma de celebrar contratos por el sector público, la generalización o potenciación de este tipo de contratos menores, a través de adjudicaciones directas, es difícilmente conciliable con las exigencias y requisitos de publicidad y concurrencia<sup>15</sup>.

### 3. Procedimiento.

Se exige el informe del órgano de contratación, motivando la necesidad del contrato. Aprobación del gasto e incorporación de la factura correspondiente. En los contratos menores de obras, habrá de acompañarse presupuesto de las obras. Y proyecto cuando las normas específicas así lo requieren. Deberá igualmente solicitarse informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra (artículo 118.2 de la Ley).

---

<sup>15</sup> Así lo ha puesto de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los informes 40/1995 y 13/1996.

#### 4. Exigencias de motivación.

En razón a que estamos ante una manera o forma de adjudicación de contratos públicos en los que excepcionalmente se permite que las Administraciones Públicas y poderes adjudicadores utilicen esta facultad o potestad, en gran medida discrecional y que requiere la concurrencia del umbral señalado del valor estimado del contrato, la LCSP establece unos controles de exigencia y en concreto las que se detallan en el apartado 3 del artículo 118 de la Ley:

- Ha de justificarse en el expediente **que no se altere el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación**. Es decir, la Administración no podrá modificar el objeto del contrato, sin más, para acudir a la adjudicación directa. Y en todo caso, debe ello quedar motivado en el expediente.
- También ha de justificarse en el expediente que el contratista al que se le adjudica el contrato, no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra señalada de los 15.000 €. Es decir, **no podrá un contratista recibir más de una adjudicación de un contrato menor**. No se especifica o concreta a qué periodo de tiempo se refiere este límite, que puede entenderse que se refiere a un periodo de un año, que es el plazo de duración de los contratos menores (artículo 29.8 de la Ley), de tal manera que si se supera la cifra o el umbral del apartado primero (en el caso de contrato de servicios más de 15.000 €), en dicho periodo de tiempo la misma persona no podría ser adjudicatario de otros contratos menores. Todo ello requerirá la interpretación correspondiente.
- Y, por último, se introduce como novedad significativa la publicidad de los contratos menores trimestralmente, debiendo figurar la identidad del adjudicatario (artículo 63.4 de la Ley).

La **Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado**, en los informes 41/2017, 42/2017 y 5/2018, ya ha manifestado su opinión en orden a dos cuestiones de interés en el tema de los contratos menores:

- El límite temporal en cuanto a la aplicación de la prohibición del contratista de no recibir adjudicación de más de un contrato menor, que supere la cifra establecida. Considera la Junta Consultiva que en aplicación del artículo 29 de la Ley, el plazo será el de la propia duración de los contratos menores, es decir **un año**. Plazo el año que debe computarse desde la recepción del primer contrato, aunque se haya celebrado antes de la entrada en vigor de la Ley.

Dice la Junta Consultiva en el informe del expediente 42/2017:

*“Pues bien, tal límite temporal debe ser el que la propia ley marca en el artículo 29 respecto de la duración de los contratos menores. De esta manera, por encima de este periodo de un año, la prevención que se establece en la norma resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiese un auténtico fraude. Bajo este criterio, por tanto, si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.*

*Finalmente, cabe señalar que este plazo debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto a que se alude en el mismo artículo 118. Otra opción, como el cómputo por año natural no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del mismo y se trataría de una opción convencional y menos segura jurídicamente”.*

- La segunda cuestión sobre la que se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación en estos informes, es el ámbito material de aplicación de dicha prohibición. Señala que es posible celebrar esos contratos menores con el mismo contratista, cuyas prestaciones sean cualitativamente diferentes y no formen una nulidad contractual. Basándose en una interpretación teleológica en el sentido de que la finalidad del precepto es justificar que no se ha alterado el objeto del contrato, con el fin de eludir la aplicación de las reglas generales de la contratación.

Así, establece las siguientes conclusiones el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 41/2017:

*“• El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación*

- *Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca. n de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.*

- *La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen*

*una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.*

- *Cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediado más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor”.*

Debe reseñarse que sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el informe 3/2018 de 13 de febrero, mantiene otra interpretación sobre dichas cuestiones.

Así, en cuanto a la incompatibilidad que establece el artículo 118.3, para que un contratista no pueda ser adjudicatario de más contratos menores que superen el umbral establecido para la adjudicación directa, alude a que ha de entenderse “respecto de contratos menores de la misma tipología aquel que pretenda adjudicarse de manera sucesiva, es decir, entre contratos menores de obras, entre contratos menores de servicios o entre contratos menores de suministros respectivamente, anteriores al nuevo contrato de obras, servicios o suministros que pretenda adjudicarse”.

Y añade que esta incompatibilidad “subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad”.

En la misma línea se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativo de la Comunidad de Madrid en el informe 1/2018 de 11 de abril, concluyendo que la regla de incompatibilidad del artículo 118.3 de la LCSP, opera “respecto de contratos menores de la misma tipología -obras, servicios y suministros- que pretendan adjudicarse de forma sucesiva”, y que el periodo temporal a que se refiere la prohibición “ha de entenderse referido a la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente”.

## 5. Observaciones y buenas prácticas.

Desde la perspectiva de la adjudicación de servicios de Arquitectura y Urbanismo, señalamos a continuación, tres consideraciones de interés que se vienen suscitando:

- a) En primer lugar, si es posible en el ámbito de la adjudicación directa y en el expediente de contratación en contratos menores a que se refiere el artículo 118 de la LCSP, efectuar la adjudicación de la dirección de las obras. Ha de observarse que por su propia naturaleza, la adjudicación de los contratos menores tiene la singularidad de que el órgano de contratación puede efectuar su adjudicación en forma directa "a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118", tal y como expresamente dispone el apartado 3 del artículo 131 de la Ley, que enumera los diferentes procedimientos de adjudicación.

El artículo 118, cuando alude a los contratos menores, entre los que se encuentran los contratos de servicios, como el que tiene por objeto una prestación referida a la dirección de las obras de edificación, no establece ningún límite en cuanto a las prestaciones ni ninguna excepción.

En razón a ello, cabe entender que las normas regladas que establece la propia LCSP para el resto de procedimiento, en cuanto a su ámbito de aplicación, no pueden ser trasladadas a la adjudicación directa de los contratos menores, que tienen la propia singularidad de ser una facultad potestativa de los poderes adjudicadores y órganos de contratación, siempre que cumplan las prescripciones del artículo 118.

Podría objetarse la circunstancia de que los contratos menores no pueden tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga (artículo 29.8 de la Ley). Ahora bien, en todo caso, en el informe que en el expediente ha de realizar el órgano de contratación, motivando la necesidad del contrato, puede precisarse que en razón a la naturaleza de la obra, su ejecución en todo caso, no superará el plazo de un año. Con esta salvedad consideramos que no hay objeción u obstáculo legal para que en el ámbito de los expedientes de contratación de los contratos menores se pueda adjudicar la dirección de las obras.

- b) En segundo lugar, cabe plantearse si en el ámbito de un expediente de adjudicación de los contratos menores, los órganos de contratación pueden, en la licitación establecer publicidad y concurrencia, entre distintos licitadores.



Dado el carácter potestativo -con los límites legales señalados- del procedimiento de adjudicación de los contratos menores, no encontramos tampoco prohibición legal para que ello pueda producirse.

No estamos ante un procedimiento propiamente reglado, con unas normas preestablecidas, como sucede para el resto de procedimientos de adjudicación, toda vez que el principio esencial al que responde este procedimiento -y así se ha destacado por la Jurisprudencia-, es permitir una agilidad y celeridad en la adjudicación de determinados contratos, en los que los órganos de contratación se ven precisados de lograr una rápida adjudicación de un suministro, de una obra o de un servicio.

No cabría fijar pliegos de cláusulas administrativas o técnicas como tales, pero nada obsta que se puedan fijar unas condiciones de contratación y que se soliciten ofertas o proposiciones a más de un operador económico.

Es más, ello supone un incremento significativo de las garantías de la contratación pública y desde luego es por tanto plenamente acorde con los principios esenciales que la propia LCSP enumera en el artículo 1, como principios garantes de toda la contratación pública, entre los que se encuentra precisamente los principios de publicidad, transparencia y libre competencia.

Al respecto, cabe mencionar que recientemente se ha publicado en el ámbito de la **Comunidad Autónoma de Aragón, el Decreto Ley 1/2018 de 20 de marzo de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía**, que modifica el artículo 4 de la Ley 3/2011 de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón y que dispone este Decreto Ley y que dispone:

*"La licitación de los contratos menores, cualquiera que sea su cuantía, podrá ser objeto de publicidad en el perfil de contratante. En tal caso, el plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. En el anuncio se identificará el objeto del contrato y las prestaciones que lo integran, los criterios de adjudicación, y cualesquiera circunstancias que hayan de tenerse en cuenta durante la ejecución del mismo. Podrá presentar proposición cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. Los contratos menores adjudicados con*

*publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento. La celebración de contratos menores se consignará en el registro de contratos de la entidad contratante”.*

Por tanto, con independencia de las normas autonómicas que puedan producirse en desarrollo de la LCSP en esta materia de los contratos menores, cabe afirmar que es posible que en el procedimiento de adjudicación de los mismos el órgano de contratación o el poder adjudicador establezca publicidad y posibilite la concurrencia, estableciendo condiciones de adjudicación de tales contratos menores, y tratándose de prestaciones de carácter intelectual como son los contratos de servicios de Arquitectura y Urbanismo, ahora ha de respetarse que al menos el 51% en la valoración de las ofertas se refieran a criterios relacionados con la calidad, como prescribe el apartado 4 del artículo 145 que es una norma de carácter general en cuanto a los criterios de adjudicación de los contratos.

- c) En cualquier caso, ha de resaltarse la necesidad de controlar la motivación de la decisión de las Administraciones Públicas y poderes adjudicadores de emplear esta adjudicación directa. Y en concreto para evitar operaciones de fraccionamiento de contrato para disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de competencia y publicidad (informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 1/2009).

### **3.- Procedimiento abierto (artículos 156 a 159).**

Se regula en los artículos 156 a 159 de la Ley.

#### 1. Ámbito de aplicación.

Se aplica a la adjudicación de contratos con carácter general. No existe límite o umbral máximo ni mínimo por el valor estimado del contrato, sin perjuicio de las especialidades que luego se mencionan en cuanto a las variedades del procedimiento abierto simplificado y del procedimiento supersimplificado, que son novedades introducidas en la LCSP.

Por tanto, incluso en los llamados contratos menores, como ya señalamos, los órganos de contratación pueden también acudir al procedimiento abierto.

Es el procedimiento ordinario por excelencia, ya que cabe en todos los supuestos, con dos excepciones: los contratos de concesión de servicios especiales del anexo cuarto, que se han de adjudicar por el procedimiento restringido (artículo 131.2 de la Ley); y los concursos de

proyectos en los supuestos en que los órganos de contratación deban aplicar los mismos (artículo 183.3 de la Ley).

## 2. Naturaleza del procedimiento.

Es un procedimiento de naturaleza ordinaria, cuya nota esencial es que cualquier interesado puede presentar una proposición y queda excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores.

## 3. Procedimiento.

Cabe destacar las siguientes fases:

- Publicidad de la licitación.
- Información a los licitadores.
- Presentación de proposiciones (el plazo en los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada no será inferior a 35 días para los contratos de servicios; y en los no sujetos no inferior a 15 días). El artículo 156.3, prevé que estos plazos generales puedan producirse en determinados casos.
- Las proposiciones cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación deberán presentarse en dos sobres o archivos electrónicos (uno con la documentación que deba ser valorada por juicios de valor; y el otro con la documentación que deba ser valorada mediante la aplicación de fórmulas).
- Examen de la documentación previa.
- Examen y valoración de las proposiciones.
- Propuesta de adjudicación.
- Adjudicación. Si rige un único criterio de adjudicación, se efectúa en plazo máximo de 15 desde la apertura de las proposiciones. Si deben tenerse en cuenta una pluralidad de criterios o el único criterio es el de menor coste del ciclo de vida, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses desde la apertura de las proposiciones.

Las novedades más significativas en el ámbito del procedimiento abierto, son que se introducen dos variantes o más bien dos procedimientos además del abreviado común o general:

- a) **El procedimiento abierto simplificado** (artículo 159), cuando se cumplan las dos condiciones siguientes:
  - En el caso de contratos de obras, cuando su valor estimado sea igual o inferior a 2.000.000 €; y en el caso de suministro y

servicios que su valor estimado sea igual o inferior a 100.000 €.

- Que entre los criterios de adjudicación no haya ninguno evaluable mediante **juicios de valor, o de haberlos y por lo que se refiere a los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de Arquitectura o Ingeniería, su ponderación no podrá suponer el cuarenta y cinco por ciento del total.**

En cuanto a las particularidades de este procedimiento abierto simplificado, cabe reseñar:

- El plazo de presentación de proposiciones no podrá ser inferior a 15 días desde la publicación del anuncio en el perfil del contratante.
- Todos los licitadores que se presenten, deben estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (esta obligación aún no ha entrado en vigor, ya que conforme a la transitoria tercera, entrará en vigor el 9 de septiembre de 2018).
- No procede la constitución de garantía provisional por parte de los licitadores.
- Las proposiciones deben presentarse únicamente en el registro indicado en el anuncio de licitación.
- La oferta se presenta en un sobre único, cuando no se contemplen criterios de adjudicación que dependan de juicios de valor. En otro caso, la oferta se presenta en dos sobres.
- Cuando se contemplen criterios de adjudicación que dependen de juicios de valor, la valoración de proposiciones la efectúan los servicios técnicos del órgano de contratación.

- b) **Procedimiento abierto simplificado abreviado** (artículo 159.6). Es una variedad en realidad del procedimiento abierto simplificado general y está previsto para los contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 € y en los contratos de suministro y servicios de valor inferior a 35.000 €. **Sin embargo, no puede aplicarse a los contratos cuyo objeto sean prestaciones de carácter intelectual.** Es decir, **no se aplica en la adjudicación de contratos de Arquitectura y Urbanismo.**

Las particularidades se concretan en:

- El plazo de presentación de proposiciones no puede ser inferior a 10 días hábiles a contar desde la publicación del anuncio de la licitación.
- No se exige acreditar a los licitadores la solvencia económica y financiera y técnica o profesional.
- La oferta se entrega en un sobre único y se valorará con arreglo a criterios de adjudicación mediante aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos.
- La valoración de las ofertas se puede efectuar automáticamente mediante dispositivos informáticos.

#### 4. Criterios de adjudicación y valoración

- i. **El criterio de la calidad de la propuesta tiene que representar al menos el 51%** de la asignación de la valoración total de las ofertas.
- ii. El precio en la adjudicación de contratos de servicios de Arquitectura y Urbanismo, no puede ser ya el único criterio determinante de la adjudicación. Lo prescribe de manera imperativa el artículo 145.3.g). Por tanto, **tiene que haber siempre una pluralidad de criterios de adjudicación**; y como hemos señalado, la calidad es preponderante en al menos el 51% dentro de la puntuación total de los criterios de adjudicación que se fijen en la licitación.
- iii. La valoración de los criterios de adjudicación (artículo 146.2 de la Ley), corresponde a la **Mesa de Contratación**, con carácter general. Y cuando el criterio dependa de un juicio de valor que tenga atribuida una ponderación mayor que los criterios evaluables de forma automática a un **comité formado por expertos** con cualificación apropiada que cuente con tres miembros, que no pueden estar adscritos al órgano proponente del contrato. También cabe encomendar en tal supuesto la valoración de las ofertas a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.
- iv. Para la valoración de las proposiciones el órgano de contratación puede requerir informes a distintas organizaciones y entre ellos se menciona a "organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponde el objeto del contrato", por lo que cabe entender

que Colegios Profesionales y entidades relacionadas con la Arquitectura, pueden ser requeridas para emitir tales informes en la valoración de las proposiciones.

#### 5. Observaciones y buenas prácticas.

En los contratos cuyo objeto sean servicios de Arquitectura y Urbanismo, es habitual que en las licitaciones de procedimiento abierto las proposiciones de los concursantes se exijan con un nivel de desarrollo técnico elevado, incluso de proyecto básico. Ello supone un esfuerzo de trabajo considerable para los concursantes de tiempo y dedicación, en el escaso plazo de prestación de las proposiciones y con unas exigencias técnicas considerables.

Si a ello se añade que este procedimiento abierto sólo contempla una única fase, parece oportuno considerar que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares **se contemple que el nivel de desarrollo de la propuesta sea ajustada, con criterios de proporcionalidad a un desarrollo técnico razonable que puede ser en todo caso de Anteproyecto.** No puede olvidarse que no se está adjudicando el proyecto, sino eligiendo la proposición más adecuada. En tal sentido, el propio artículo 185.3 de la Ley, cuando se refiere al concurso de proyectos en dos fases o restringido, alude en la segunda fase a una primera "sub-fase" en la que los candidatos presentan una "idea concisa acerca del objeto del concurso ante el órgano de contratación".

#### **4.- Procedimiento restringido (artículos 160 a 165).**

##### 1. Ámbito de aplicación.

Se aplica a la adjudicación de contratos con carácter general. No existe límite o umbral máximo ni mínimo por el valor estimado del contrato.

Por tanto, incluso en los llamados contratos menores, como ya señalamos, los órganos de contratación pueden también acudir al procedimiento restringido.

##### 2. Naturaleza del procedimiento.

Se trata de un procedimiento ordinario (artículo 131.2), que puede utilizarse potestativamente por los órganos de contratación. Precisamente, dicho precepto legal dispone que los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán "ordinariamente", utilizando una pluralidad de criterios e adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio "y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión

de servicios especiales del anexo IV que se adjudicarán mediante este último procedimiento”.

En consecuencia, los órganos de contratación pueden acudir al procedimiento ordinario o al procedimiento restringido, si bien en todo caso es ineludible motivar la necesidad del contrato en los términos de los artículos 28 y 116 de la propia LCSP.

En este procedimiento está prohibida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores (artículo 160.4 de la Ley).

### 3. Procedimiento.

Es un procedimiento de **dos fases o vueltas**. En la primera, cualquier interesado puede presentar solicitud de participación (artículo 160.1) en respuesta a una convocatoria de licitación. Por tanto, el libre acceso en cuanto a la participación se garantiza en esta primera fase, en la que no hay límite para poder presentar las solicitudes de participación. Se establece un plazo general para la presentación de solicitudes de participación no inferior a 30 días, en los contratos sujetos a regulación armonizada, contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Licitaciones de la Unión Europea. En el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo para la presentación de solicitudes de participación habrá de ser como mínimo de 15 días, contados como mínimo desde el anuncio de la licitación.

Con la presentación de las solicitudes de participación, debe aportarse la documentación que se detalla en el artículo 140 de la propia Ley. La particularidad es que en los procedimientos restringidos la declaración responsable tiene que poner de manifiesto que se cumplen con los requisitos objetivos que se hayan establecido en el pliego; requisitos objetivos que son los que se van a tener en cuenta para la posterior selección de los participantes.

La segunda vuelta o fase con respecto a las solicitudes presentadas, consiste en efectuar una selección por el órgano de contratación (la Mesa de Contratación), con arreglo a criterios objetivos de solvencia contemplados en los artículos 87 a 91 (así lo dispone el artículo 162.1). Estos criterios o normas **han de ser objetivos y no discriminatorios en cuanto a la selección de los candidatos**. Se expresarán en el anuncio de licitación.

Una vez efectuada la selección de los interesados, que cumplan los criterios de selección y **cuyo número no podrá ser inferior a 5**

(artículo 162.2), el órgano de contratación les invitará a presentar sus proposiciones.

Una novedad trascendente es que el artículo 160.2, párrafo 2º, dispone que los pliegos de cláusulas administrativas particulares "podrán contemplar primas o **compensaciones por los gastos en que incurran los licitadores al presentar su oferta en contratos de servicios en los casos en que su presentación implique la realización de determinados desarrollos**".

Por ello, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del procedimiento restringido que tengan por objeto la contratación de servicios de Arquitectura y Urbanismo, cabe establecer compensaciones a los licitadores, refiriéndose naturalmente a la segunda fase o vuelta, es decir, a favor de aquellos licitadores que fueron seleccionados e invitados por el órgano de contratación a presentar las correspondientes proposiciones. Se trata de una mejora significativa en la regulación del procedimiento restringido, que ha venido siendo reclamada reiteradamente por las organizaciones colegiales de los arquitectos.

#### 4. Criterios de adjudicación y valoración.

Resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley, en cuanto a los requisitos y clases de criterios de adjudicación. Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación, **rige también la prevalencia de la calidad sobre la oferta económica, en al menos el 51% de la puntuación asignable a las ofertas.** Ha de tenerse en cuenta que en los procedimientos restringidos, se aplican supletoriamente el resto de normas previstas para el procedimiento abierto, tal y como dispone el artículo 165 de la Ley.

Al igual que en el procedimiento abierto, es la Mesa de Contratación quien valora las proposiciones. Y cuando haya una prevalencia de criterios apreciables mediante juicios de valor, se constituye el Comité formado por expertos, con tres miembros o se encomienda a un organismo técnico especializado (artículo 146.2.a).

#### 5. Observación en cuanto al ámbito de aplicación del procedimiento restringido.

El artículo 160.4, dice que "este procedimiento es especialmente adecuado cuando se trata de servicios intelectuales de especial complejidad, como es el caso de algunos servicios de consultoría, Arquitectura o Ingeniería".



El precepto es un tanto singular, toda vez que no tiene propiamente un valor prescriptivo, es decir, un carácter normativo imperativo, como toda norma jurídica, sino que más bien parece una expresión de deseo o propósito, o en su caso recomendación, en cuanto que se considera que para la adjudicación de "algunos servicios" y cita la consultoría, arquitectura o ingeniería, al tratarse de servicios intelectuales, sería especialmente adecuado en tales tipos de contratos. Curiosamente, no cita al Urbanismo, que sin embargo, según la disposición adicional cuadragésima primera, también se consideran prestaciones de carácter intelectual.

La introducción de este precepto se debe a la enmienda número 647 del Grupo Parlamentario Socialista<sup>16</sup>.

Con independencia de ese carácter escasamente prescriptivo de ese apartado 4 del artículo 160, suscita una cuestión práctica interpretativa, ya que el término "especial complejidad" también aparece referido a la adjudicación de redacción de proyectos arquitectónicos y de urbanismo, como ámbito de aplicación del concurso de proyectos. La interpretación de la relación entre el artículo 160.4 (procedimiento restringido) y 183.3 (concurso de proyectos), entendemos que ha de efectuarse poniendo en conexión lo que es una norma general (artículo 160.4), con una norma especial (artículo 183.3), de tal manera que debe resultar aplicable de manera prevalente la norma especial, por su carácter de singularidad y así mencionarlo el texto normativo. En función de este criterio interpretativo, cabe señalar que **siempre que se trate de la adjudicación de proyectos de Arquitectura y Urbanismo de especial complejidad, la Administración tendrá obligatoriamente que ir al concurso de proyectos**. Y en otros supuestos, de otros servicios de Arquitectura que tengan especial complejidad, podrá acudir al procedimiento restringido general.

Y cuando se adjudiquen otras prestaciones propias de Arquitectura y Urbanismo, que no sean proyectos ni direcciones de obras, si se consideran de especial complejidad, es cuando procedería en su caso acudir al procedimiento restringido.

Entendemos que es como ha de resolverse esta discrepancia o antinomia normativa, entre el artículo 160.4 y el artículo 183.3 de la Ley, con

---

<sup>16</sup> El tenor literal de la enmienda está recogido literalmente. La motivación decía que tenía por objeto: "reconocer el carácter de servicios de carácter intelectual a los trabajos de Arquitectura, Ingeniería, consultoría y Urbanismo, de acuerdo con los criterios de la Directiva". Sin embargo, en la disposición adicional cuadragésimo-primer, ya se establece con carácter general esa prescripción.

fundamento en que este último precepto es una norma especial, como así expresamente se titula la Sección 7ª y como tal norma especial, es prevalente, además de que el concurso de proyectos se singulariza y delimita por su objeto, es decir, cuando nos estemos refiriendo a proyectos de Arquitectura o de Urbanismo, conforme al citado artículo 183.3, habrá de acudirse al concurso de proyectos.

Ello además es acorde con una interpretación teleológica o finalista de la norma, por cuanto la especial complejidad de un proyecto de Arquitectura o Urbanismo, conforme a dicho precepto normativo, constituye en la Ley el elemento determinante para que deba ser aplicable con carácter obligatorio e imperativo, el concurso de proyectos con los órganos de contratación.

Debe reseñarse para concluir ese punto, que los términos del apartado 4 de este artículo 160 de la Ley, en todo caso supone acotar o delimitar el ámbito de aplicación del procedimiento restringido para la aplicación de servicios de Arquitectura y Urbanismo, toda vez que el órgano de contratación cuando justifique la necesidad de la adjudicación contractual en el expediente, tendrá también que motivar adecuadamente que considera que se trata de una prestación "de especial complejidad".

Cabe por ello afirmar lo siguiente:

- a) Los proyectos arquitectónicos y de urbanismo que revistan especial complejidad, conforme al artículo 183.3 de la Ley, tendrán que adjudicarse necesariamente a través del concurso de proyectos.
- b) En cuanto a la contratación de otros servicios de Arquitectura y Urbanismo, que no sean proyectos ni direcciones de obras, procederá acudir al procedimiento restringido, si se acredita en el expediente la "especial complejidad de tales servicios", tal y como dispone el artículo 160.4 de la Ley.
- c) Si no concurren los supuestos anteriores ni tampoco los demás supuestos legales previstos para los otros procedimientos de adjudicación, los órganos de contratación adjudicarán los servicios de Arquitectura y Urbanismo ordinariamente mediante el procedimiento abierto.

## 6. Buenas prácticas.

Para garantizar adecuadamente los principios esenciales de la contratación pública y las prescripciones específicas que contiene la Ley en cuanto a la adjudicación de los servicios de Arquitectura y Urbanismo,

si el órgano de contratación acude al procedimiento restringido, debería tener en cuenta lo siguiente:

- a) La fijación de criterios objetivos de solvencia para la selección de los licitadores (artículo 87 a 91 de la Ley), que tanto por lo que se refiere a la solvencia económica como por la solvencia profesional, sean objetivos y no desproporcionados. Para la solvencia económica bastará la acreditación de un seguro de riesgos profesionales (artículo 87.3.b) y en cuanto a la solvencia profesional y teniendo en cuenta que ha de garantizarse la competencia en la valoración de la experiencia profesional, se han de tener en cuenta los servicios efectuados más de tres años antes, es decir, sin límite temporal.
- b) La remuneración en todo caso y compensación económica que habrá de establecerse el pliego de cláusulas administrativas particulares para los licitadores seleccionados que pasen a la fase de selección.
- c) Acotar el ámbito de aplicación del procedimiento restringido, única y exclusivamente a la contratación y adjudicación de aquellos servicios de Arquitectura y Urbanismo que no se refieran a proyectos ni direcciones de obras y que revistan especial complejidad.

## **5.- Procedimientos con negociación (artículos 166 a 171).**

### 1. Naturaleza del procedimiento

La subsección cuarta, dentro de la Sección 2ª "de la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas", lleva por título "procedimientos con negociación" (artículo 166 a 171 de la Ley).

Ha de advertirse que no sólo son procedimientos con negociación los que se contemplan en esta subsección 4ª, sino que también los que luego se analizarán, regulados en la Subsección quinta, el diálogo competitivo (artículo 172 a 176 de la Ley); y la subsección sexta, procedimiento de asociación para la innovación (artículo 177 a 182 de la Ley), por cuanto en estos dos últimos también existe y se produce una negociación entre el órgano de contratación y los licitadores.

Centrándonos ahora, en estos llamados procedimientos con negociación, cabe reseñar que su naturaleza es la de un procedimiento especial, en el sentido de que no tiene libertad plena el órgano de contratación para escoger tales procedimientos. Lo deja muy claro el apartado 3 del artículo 166 de la Ley, cuando dispone que "los procedimientos con negociación podrán utilizarse en los casos enumerados en los artículos 167 y 168". Es decir, únicamente si concurren los supuestos

contemplados en dichos preceptos legales, es decir, las causas tasadas y concretas, procede acudir a los procedimientos con negociación. Y ello ha de quedar acreditado y motivado en el expediente de contratación y en la justificación inicial de la necesidad del contrato.

La nota característica y definidora de los procedimientos con negociación es que se produce una intervención activa de los licitadores u operadores económicos con el órgano de contratación, en el sentido de que tiene lugar una verdadera negociación entre ambas partes, es decir, quien es poder adjudicador y quien se presenta como operador económico a la licitación.

Ha de precisarse que la negociación es sobre las condiciones del contrato, como señala el artículo 166.1 de la Ley. Y que como dispone el artículo 169, apartado 5 "in fine" existe un límite al prescribir que "no se negociarán los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato ni tampoco los criterios de adjudicación".

Como se ha dicho por la doctrina, el órgano de contratación sabe lo que quiere y que lo quiere lo puede ofrecer el mercado y establece las condiciones de la prestación. Pero tiene necesidad de entablar una negociación con los operadores económicos, porque como se ha afirmado "en la licitación con negociación el objeto del contrato se encuentra definido en el momento en que se abren las negociaciones, las cuáles tendrán como objetivo mejorar el contenido de las inicialmente presentadas"<sup>17</sup>.

De ahí que haya que diferenciar el procedimiento de licitación con negociación de los otros procedimientos que luego se van a analizar y en concreto, con respecto al diálogo competitivo. Como señala Isabel Gallego Córcoles<sup>18</sup> "el procedimiento de licitación con negociación **es idóneo en los supuestos en el poder adjudicador puede definir con cierta precisión el objeto del contrato, si bien este tiene las características de diversidad de planteamientos de ejecución y de complejidad que aconsejen la negociación con los proveedores.** En cambio, el diálogo competitivo, el poder adjudicador no está siquiera en condiciones de definir la prestación de forma que necesita informarse previamente con el mercado provisor antes de licitar".

## 2. Ámbito de aplicación

Como se ha expresado, la LCSP, dentro de los procedimientos con negociación distingue el procedimiento de licitación con negociación, que

---

<sup>17</sup> María Hernando Rydings, en el Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo II, página 1.649, coordinado por Eduardo Gamero e Isabel Gallego, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018.

<sup>18</sup> En la obra colectiva "Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, dirigida y coordinada por José M<sup>a</sup> Gimeno Feliu, Thomson Aranzadi, Madrid 2018.

puede considerarse un procedimiento especial (artículo 167). Y luego, el procedimiento negociado sin publicidad, que es un procedimiento excepcional, por cuanto se prescinde de un principio esencial en la contratación pública, como es la publicidad.

La tramitación del procedimiento de licitación con negociación, se remite en gran medida a las normas del procedimiento restringido, tal y como se desprende del artículo 169 de la Ley, que establece que serán de aplicación a la tramitación del procedimiento de licitación "las normas contenidas en el apartado 1 del artículo 160 y en los artículos 161, 162, 163 y 164.1, relativos al procedimiento restringido". Preceptos que hacen referencia a la presentación de la solicitud de participación, a la selección de candidatos, al contenido de las invitaciones a los candidatos y al plazo para la presentación de proposiciones.

Existen dos fases o vueltas, como en el procedimiento restringido. En la primera, puede presentar una solicitud de participación cualquier operador económico o licitador, ateniéndose al contenido de los pliegos de condiciones. En la segunda fase, una vez efectuada la selección de los participantes, el órgano de contratación invita a negociar a los seleccionados, asegurándose que el número mínimo de candidatos invitados sea de tres. Se pueden articular fases sucesivas a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en los pliegos. Es esencial que se respete el principio de igualdad de trato para todos los licitadores.

Cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, establece un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas. Entonces la mesa de contratación verifica que las ofertas se ajustan a los pliegos y efectuará la valoración de las mismas con arreglo a los criterios de adjudicación.

### 3. Modalidades de los procedimientos con negociación.

Son en realidad dos procedimientos diferenciados, con supuestos y causas también netamente distintas:

#### a) **Procedimiento de licitación con negociación** (artículo 167).

Contempla los siguientes supuestos:

- Cuando para dar satisfacción a las necesidades del órgano de contratación resulte imprescindible que la prestación, tal y como

se encuentra disponible en el mercado, sea objeto de un trabajo previo de diseño o de adaptación por parte de los licitadores.

- Cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras.
- Cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma.
- Cuando el órgano de contratación no pueda establecer con la suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica, en los términos establecidos en esta Ley.
- Cuando en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables.

Se considerarán **irregulares**, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación. Se considerarán **inaceptables**, en particular, las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del órgano de contratación tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación.

- Cuando se trate de contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio.
- b) **Procedimiento negociado sin publicidad** (artículo 168). Se contempla en los siguientes casos, referidos a los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios.
- No se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; o ninguna solicitud de

participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o a un procedimiento restringido.

- Se considerará que una **oferta no es adecuada** cuando no sea pertinente para el contrato, por resultar manifiestamente insuficiente para satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y los requisitos del órgano de contratación especificados en los pliegos que rigen la contratación. Se considerará que una **solicitud de participación no es adecuada** si el empresario de que se trate ha de ser o puede ser excluido en virtud de los motivos establecidos en la presente Ley o no satisface los criterios de selección establecidos por el órgano de contratación.
- Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que **proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual** e industrial.
- Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19.
- En los contratos de obras, suministros y servicios, en los casos en que:
  - Una **imperiosa urgencia** resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119.
  - Cuando en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente, sólo se hubiesen presentado ofertas irregulares o inaceptables, siempre y cuando en la negociación se incluya a todos los licitadores que, en el procedimiento antecedente, hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación, y siempre que las

condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el precio de licitación ni modificar el sistema de retribución.

- En los contratos de servicios, además, en el supuesto de que el contrato en cuestión sea la consecuencia de un concurso de proyectos y, con arreglo a las normas aplicables deba adjudicarse al ganador. En caso de que existan varios ganadores, se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones.
- En los contratos de obras y de servicios, además, cuando las obras o servicios que constituyan su objeto consistan en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación regulados en esta ley previa publicación del correspondiente anuncio de licitación.

#### 4. Criterios de adjudicación y valoración.

El órgano de valoración de las propuestas es la Mesa de Contratación (artículo 326.1).

Rigen los criterios de adjudicación establecidos para el procedimiento abierto y el procedimiento restringido, en los términos antes expuestos.

Se aplica también por tanto el criterio de la prevalencia del 51% de la puntuación asignable de la valoración de las ofertas, en los contratos cuyo objeto tenga prestaciones de carácter intelectual, por tanto entre ellas servicios de Arquitectura, Urbanismo e Ingeniería, a tenor de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 145 de la Ley.

#### 5. Observaciones y buenas prácticas.

Los dos procedimientos analizados, el de licitación con negociación y el negociado sin publicidad, quedan ahora mucho mejor depurados técnicamente, con mayor precisión en los supuestos legales de aplicación y con la innovación significativa que contiene la Ley de que **se ha suprimido el procedimiento negociado por razón de la cuantía**, que en el caso de los contratos de servicios permitía que los órganos de contratación adjudicaran aquellos contratos cuyo valor estimado fuese inferior a 100.000 € [artículo 174.e) del derogado Texto Refundido de la LCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre]. Ello representaba una adjudicación directa, en la que no se garantizaban el principio de concurrencia y tampoco el de publicidad, cuando se optaba por el procedimiento negociado sin publicidad. Y se desvirtuaba el principio de negociación, que es la nota definidora de estos procedimientos.



Por lo que se refiere a su aplicación en el ámbito de la contratación de servicios de Arquitectura y Urbanismo, los órganos de contratación podrán acudir a estos procedimientos en los supuestos y casos tasados y que anteriormente han quedado detallados de los artículos 167 y 168 de la Ley.

Ha de resaltarse que el artículo 168.a).2º, que tiene su antecedente inmediato en el artículo 170.d) del Texto normativo anterior, introduce ahora los derechos de propiedad intelectual, en orden al supuesto que contempla de que el servicio sólo pueda ser encomendado a un empresario determinado, para proteger justamente tales derechos. No obstante, añade el artículo 168.a).2º un apartado en el que indica que este supuesto sólo se aplicará "cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato".

La alusión a la propiedad intelectual en este apartado del artículo 168 de la LCSP, puede abrir una vía interpretativa en orden a supuestos -que en principio serán singulares-, en que la protección de la propiedad intelectual, por ejemplo de un proyecto arquitectónico o de una obra arquitectónica, cuando se justifique la imposibilidad de una alternativa o sustitución razonable, pueda justificar la adjudicación a través de este procedimiento negociado sin publicidad de una determinada prestación.

En todo caso, debe reseñarse el dato de que el texto normativo anterior únicamente hablaba de la protección de derechos de exclusiva y ahora se alude expresamente a la propiedad intelectual, sin duda un reflejo más del carácter de prestación intelectual que la Ley otorga a los servicios de Arquitectura y Urbanismo.

Estos procedimientos de licitación con negociación, por las causas tasadas que se han detallado, sólo pueden aplicarse o acudirse a ellos en esos supuestos concretos y determinados. En el ámbito de los servicios de Arquitectura y Urbanismo su aplicación será más bien excepcional y no frecuente. No obstante, sí resulta idóneo el procedimiento negociado cuando deriva de un concurso de proyectos, previsión contemplada expresamente en el artículo 183.4 de la Ley, dentro de la regulación de los concursos de proyectos y siempre que el órgano de contratación hubiera advertido la intención de adjudicar el contrato por el procedimiento negociado.

Como **buenas prácticas**, cabe señalar las siguientes:

- a) La justificación y motivación adecuada en el expediente de contratación de las causas y supuestos que permiten la aplicación del procedimiento de negociación con licitación que se contempla en el artículo 167 de la Ley y del procedimiento negociado sin publicidad, que se recoge en el artículo 168 de la LCSP.
- b) El respeto en cuanto a los criterios de adjudicación que se fijan en los pliegos de la prescripción de la prevalencia de los criterios sobre la calidad, al menos en el 51% de la puntuación asignable en la puntuación de las ofertas, que se establece en el artículo 145.4 de la Ley.
- c) La aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, cuando derive de un concurso de proyectos, con premios o pagos a los participantes, en el que también se prevea la adjudicación ulterior al ganador de dicho concurso y así se haya establecido en el anuncio de licitación del concurso.

## **6.- Diálogo competitivo (artículos 172 a 176).**

### 1. Naturaleza del procedimiento

Al igual que el resto de procedimientos especiales, su utilización es potestativa y por tanto no obligatoria por los órganos de contratación.

Es un procedimiento especial, porque sólo se puede aplicar en los supuestos tasados y concretos establecidos en la Ley, en concreto en los casos enumerados en el artículo 167.

Tal y como dice el artículo 172, la característica esencial de este procedimiento de adjudicación, consiste en que la Mesa especial del diálogo competitivo (una variedad de la Mesa de Contratación), establece un diálogo con los candidatos seleccionados y el objeto de ese diálogo es que los licitadores desarrollen una o varias soluciones que satisfagan las necesidades de los órganos de contratación y que serán la base para que los candidatos elegidos presenten una oferta.

Como ya vimos, la nota distintiva con los procedimientos negociados - antes analizados-, radica en que la intervención de los licitadores es mucho mayor, toda vez que son ellos quienes proponen las soluciones para satisfacer las necesidades del órgano de contratación y no existe el límite -que se establece para los procedimientos con negociación- de que no se negocien los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato, ni tampoco los criterios de adjudicación.

Y en este sentido, en el diálogo competitivo los pliegos, tanto de cláusulas administrativas particulares como de prescripciones técnicas,

se sustituyen por el denominado "**documento descriptivo**" (artículo 116.3, en relación con el artículo 174.1 de la Ley). En ese documento descriptivo, se han de definir los criterios de adjudicación y fijar un plazo de ejecución aproximado.

## 2. Ámbito de aplicación

Este procedimiento complejo, puede utilizarse en los mismos supuestos y casos establecidos en el artículo 167, es decir, los previstos para la aplicación del procedimiento con negociación, a cuya exposición anterior nos remitimos. Es por tanto, una variante dentro del procedimiento negociado.

En la Directiva 201/24/UE, se señala que se ha demostrado útil este procedimiento "en aquellos casos en que los poderes adjudicadores no están en condiciones de decidir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado". Y menciona los proyectos innovadores, grandes proyectos de infraestructuras de transporte, proyectos informáticos de gran tamaño, etc.

## 3. Procedimiento

Son de aplicación las normas del procedimiento restringido, que se contienen en el primer párrafo del apartado 2 del artículo 160; artículo 161, excepto el 2º párrafo del párrafo 1º; apartados 1, 2 y 3 y lo relativo a la selección de los solicitantes del apartado 4, todos ellos del artículo 162.

En caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invita a dialogar, el órgano de contratación deberá asegurarse de que el número mínimo de candidatos sea de tres.

El procedimiento consiste en que la Mesa especial del diálogo competitivo, desarrolla con los candidatos seleccionados un diálogo, cuyo fin es determinar los medios adecuados para satisfacer las necesidades. En ese diálogo se debaten todos los aspectos del contrato. El procedimiento puede articularse en fases sucesivas, hasta que se encuentre la Mesa en condiciones de determinar la solución o soluciones presentadas por cada uno de los participantes y una vez efectuada dicha determinación, se pasa a la última fase del proceso. Declarado cerrado el diálogo por el órgano de contratación, la Mesa invita a los participantes seleccionados a que presenten su oferta definitiva.

Las fases del procedimiento aparecen claramente reflejadas en la Ley y serían tres: apertura del procedimiento y solicitudes de participación (artículo 174); diálogo con los candidatos (artículo 175); y presentación y examen de las ofertas (artículo 176).

#### 4. Criterios de adjudicación y valoración

El artículo 176 apartados 2 y 3 de la Ley, aluden a que se evaluarán las ofertas presentadas por los licitadores en virtud de los criterios establecidos en el anuncio de licitación. Y menciona la mejor relación calidad-precio, de acuerdo con el artículo 145.3.b) de la Ley.

Ha de entenderse que también se aplica aquí en el caso de las prestaciones de carácter intelectual- la prevalencia de los criterios de calidad en el 51% que establece el artículo 145.4 de la Ley.

En este procedimiento, se constituye lo que se denomina Mesa especial del diálogo competitivo a que se refiere el artículo 327 de la Ley. Se trata de una mesa que tiene la misma composición que las Mesas de Contratación, conforme al artículo 326.3 "a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo". El número de estas personas será igual o superior a 1/3 de los componentes de la Mesa y participarán en las deliberaciones con voz y voto.

#### 5. Observaciones. Buenas prácticas.

Ha de resaltarse que el procedimiento de diálogo competitivo parece que el legislador lo ha querido impulsar y reforzar. En este aspecto destaca la prescripción del artículo 173, que posibilita que en el documento descriptivo se establezcan "**primas o compensaciones para todos o alguno de los participantes en el diálogo**". Y en el supuesto de que no se reconozcan tales primas o compensaciones para todos los participantes, éstas se reconocerán a los que obtuvieron los primeros puestos en el orden de clasificación de las ofertas.

Ello no aparecía en el texto normativo anterior, que también contemplaba como procedimiento de adjudicación el diálogo competitivo en los artículos 179 al 183 del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre.

Por las razones expuestas, resulta un procedimiento que en el ámbito de la Arquitectura será bastante excepcional o singular su utilización y además, debe ser cuando concurren las causas previstas en el artículo 167 -que antes se analizó- de la LCSP, pero que naturalmente no debe ser excluido de tal posibilidad y siempre teniendo en cuenta los supuestos concretos que concurren.

Todo ello está justificado, teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento complejo, referido entre otros posibles supuestos a obras cuya dimensión sea excepcional o presenten dificultades técnicas singulares, como lo evidencia que en el artículo 172.4 hay una remisión al artículo 234 de la propia Ley, que se refiere a la adjudicación de proyecto y obra.

Como antes se ha señalado, en la propia Directiva 2014/24/UE, parece señalar que este procedimiento está previsto para proyectos muy complejos, es decir, para grandes proyectos de infraestructuras o proyectos innovadores y por tanto, no parece en principio un proyecto adecuado para la adjudicación de servicios de Arquitectura y Urbanismo con carácter general.

## **7.- Procedimiento de asociación para la innovación (artículos 177 a 182).**

### 1. Naturaleza del procedimiento.

Es un procedimiento especial, como se ha señalado. Sólo cuando concurren las razones o supuestos previstos en el artículo 177 de la Ley, los órganos de contratación pueden acudir al mismo.

Es un procedimiento novedoso en nuestra legislación de contratos del sector Pública, que se incorpora a la misma en virtud de las previsiones de la Directiva 2014/24/UE.

La propia Directiva Comunitaria 2014/24/UE (Considerando 49), explica cuál es la finalidad de este procedimiento nuevo. Señala que "cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad, en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores", añade que los poderes adjudicadores necesitan un procedimiento específico que les permita "establecer una asociación a la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores, siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes, sin necesidad de recurrir a un procedimiento independiente para la adquisición".

Y la exposición de motivos de la LCSP dice que está previsto este procedimiento "para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores para su posterior adquisición por la Administración".

El artículo 177 de la Ley, dispone que tiene por finalidad el desarrollo “de productos, servicios u obras innovadores” y la compra ulterior de los mismos resultantes. Ha de advertirse que se entiende por servicios u obras innovadoras, aquellos que no están disponibles en el mercado.

La característica esencial que define a este procedimiento de “asociación para la innovación”, es que permite integrar en el marco de un mismo contrato, todo el proceso de un producto, servicio u obra innovador, comprendiendo el ciclo completo, es decir, desde su investigación y desarrollo, su ejecución hasta la compra final de suministro o servicio u obra resultante. Ello se desprende claramente del contenido del artículo 177 y del resto de preceptos de la LCSP que regulan este procedimiento singular.

## 2. Ámbito de aplicación.

Su ámbito de aplicación, a diferencia de lo que ocurre con los anteriores procedimientos especiales, no está muy precisado en la LCSP. Es decir, no enumera o contempla unos casos precisos, concretos y determinados.

Del tenor literal del artículo 177, que se refiere a la caracterización del procedimiento, cabe inferir que el órgano de contratación podrá acudir a este procedimiento, cuando necesite un producto, un servicio o una obra innovadores “que no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado”. Esta es la razón o motivo esencial que justifica la opción por este procedimiento y por tanto en el expediente de contratación y en la justificación inicial de la necesidad del contrato, este aspecto deberá estar claramente establecido.

## 3. Procedimiento

El procedimiento esquemáticamente tiene cuatro fases o etapas diferenciadas:

- a) **Selección de candidatos.** La selección se efectúa con criterios objetivos de solvencia, referidos a la capacidad de los candidatos. Conforme al artículo 178 de la Ley, cualquier empresario puede presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación. El plazo mínimo para la recepción de solicitudes de participación será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación, si el contrato está sujeto a regulación armonizada. En otro caso, el plazo no podrá ser inferior a 20 días desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante.

- b) **Negociación con los licitadores seleccionados (artículos 178 y 179).** Una vez efectuada la selección, el órgano de contratación invita a los participantes seleccionados a que presenten proyectos de investigación e innovación para responder las necesidades a cubrir. En esta negociación, el órgano de contratación negocia con los candidatos seleccionados las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por éstos, excepto la oferta definitiva. No se negociarán los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación. La negociación puede desarrollarse en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas.
- c) **Adjudicación del contrato.** Una vez finalizadas las negociaciones, el órgano de contratación evalúa las ofertas definitivas y resuelve la adjudicación. Se adjudicará atendiendo a la mejor relación calidad-precio, según lo dispuesto en el artículo 145.2. Una nota singular de estos procedimientos es que puede haber varios adjudicatarios, que serán los socios con los que se estructure la asociación para la innovación.
- d) **Estructura para la asociación de la innovación.** Conforme al artículo 180 de la Ley, la Asociación (puede ser uno o varios socios), se estructurará en fases sucesivas, que puede incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras. Fijará unos objetivos que deben alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en los plazos adecuados. Debe precisarse que aunque se emplee el término "asociación", propiamente no tiene la naturaleza jurídica de una asociación, sino que más bien es una estructura colaborativa, como instrumento para lograr los reseñados objetivos.
- e) **Adquisiciones derivadas del procedimiento de asociación para la innovación.** Una vez finalizadas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación analizará los resultados y si alcanza los rendimientos y costes acordados, procederá la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes (artículo 181).

#### 4. Criterios de adjudicación y valoración

El artículo 179.2 de la Ley, hace una referencia -como hemos visto- a los criterios de adjudicación y en concreto, menciona el criterio de "la mejor relación calidad-precio, según lo dispuesto en el artículo 145.2". Ello supone una remisión a los criterios de adjudicación del contrato establecidos con carácter general en el citado artículo 145 y por ello habrá que entender que cuando el objeto de la adjudicación se refleja a contrato de servicios que tenga por objeto prestaciones de carácter

intelectual, como los son, entre otros, los de Arquitectura y Urbanismo, se tendrá que cumplir también el presupuesto de que los criterios relacionados con la calidad, representan al menos el 51% de la puntuación asignable de la valoración de las ofertas.

En cuanto al órgano de valoración de las proposiciones, también se efectúa a través de la llamada Mesa especial de procedimiento especial para la innovación, que tiene la misma composición que antes hemos visto para la Mesa especial del diálogo competitivo, conforme al artículo 327 de la Ley.

#### 5. Observaciones. Buenas prácticas

Se trata de un procedimiento nuevo en nuestra legislación de contratos del sector público, que se enmarca en la apuesta por la innovación en el marco de la estrategia europea 2020, es decir, la Estrategia de Lisboa, que entre sus objetivos figuran aumentar los objetos de la contratación pública en el campo de I+D, para incrementar el gasto público en este ámbito. De ahí que la innovación ocupe un lugar prioritario. En nuestro ordenamiento jurídico podemos citar la Ley 2/2011 de Economía sostenible y la Ley 14/2011 de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

La Directiva 2014/24/UE, contiene hasta más de 49 menciones a la palabra "innovación". Y en concreto, se define la innovación en el artículo 2.1, señalando que se refiere a la "introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se 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 resolver desafíos de la sociedad o apoyar la Estrategia Europea 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador".

Desde esta perspectiva, puede ser aplicable para los servicios de Arquitectura en la línea de que se contemplen propuestas innovadoras y en tal sentido, consideramos que es un procedimiento que puede tener un potencial del futuro importante.

### **VIII.- La regulación del concurso de proyectos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: análisis normativo y cuestiones interpretativas**

La regulación que contiene la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017 de 8 de noviembre, introduce modificaciones relevantes en varios aspectos, tales como: el ámbito de aplicación de este procedimiento; las reglas procedimentales del mismo, en particular, cuando el órgano de



contratación limita el número de participantes, es decir, cuando se acude a un procedimiento restringido; los criterios para la valoración de las propuestas: el derecho de los participantes a recibir compensación económica por los gastos incurridos por la participación en el concurso, en los supuestos que prevé la Ley; la composición del jurado y el carácter vinculante de sus fallos, entre otras innovaciones significativas en su regulación.

Nos centraremos en los aspectos que requieren de una adecuada interpretación, en orden a clarificar la aplicación práctica de algunas de estas cuestiones.

En concreto, abordaremos seis aspectos esenciales: (i) naturaleza jurídica del procedimiento de concurso de proyectos; (ii) definición legal y objeto del concurso de proyectos; (iii) las modalidades del concurso de proyectos y la naturaleza contractual del mismo; (iv) el ámbito de aplicación; (v) los límites normativos de los órganos de contratación, es decir, los supuestos en que una vez que resulte aplicable el concurso de proyectos, qué normas son de obligado cumplimiento o en su caso de carácter potestativo para aquellos; (vi) y por último, particularidades e innovaciones en la regulación.

Se examinan a continuación las seis cuestiones enunciadas.

## **1. Naturaleza jurídica del procedimiento de concurso de proyectos**

Una consideración previa debe efectuarse en orden al carácter o naturaleza jurídica de este procedimiento del concurso de proyectos.

Para un sector doctrinal -y también para determinados órganos jurisdiccionales-, el denominado concurso de proyectos no tendría el carácter de un procedimiento de adjudicación contractual, es decir, que como regla general no tiene una naturaleza contractual, sino que es más bien un "concurso de ideas" que se desvincula del posterior contrato de servicios y cuyo objeto es que el órgano de contratación selecciona la mejor idea o proyecto. Y luego, en base a esa idea, se convocará ya el correspondiente procedimiento de adjudicación del contrato y en consecuencia del proyecto<sup>19</sup>.

En este sentido, la resolución 380/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en un recurso interpuesto

---

<sup>19</sup> Esta es la tesis mantenida por Jiménez Aparicio, en la obra colectiva "Comentarios a la Legislación de Contratación Pública", Thomson Reuters Aranzadi 2009, Tomo II, página 168, que dice "no estamos ante la adjudicación de un contrato de redacción de proyectos, sino ante una fase anterior en la que la Administración, en vez de establecer ella misma un plan o proyecto básico o las características con arreglo a las cuales ha de adaptarse el proyecto de ejecución, convoca un concurso de ideas que en su caso podrá dar lugar a un contrato de consultoría o de servicios".

por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro, y en el que entre otras cuestiones se invocaba que debería haberse acudido al procedimiento de concurso de proyectos, sostiene que la Administración puede potestativamente, bien acudir al concurso de proyectos o bien a los procedimientos abierto y restringido previstos en la Ley y que "la redacción de proyectos de obra por la Administración, no precisa necesaria e inexcusablemente la convocatoria de un concurso de proyectos, sino que ello deberá valorarse discrecionalmente por la Administración, a la vista de sus necesidades y de las circunstancias concurrentes".

Pues bien, de entrada hoy esta posición del TACRC y también las que hemos señalado en el ámbito doctrinal, ya no podrán mantenerse.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público, en el artículo 183, relativo al ámbito de aplicación del concurso de proyectos, establece unos supuestos -que luego se analizan- en los que los órganos de contratación deben aplicar necesariamente el concurso de proyectos. Es decir, ha quedado desvirtuado ese carácter potestativo o discrecional, según el cual es la Administración convocante la que decide libremente si acude o no al concurso de proyectos.

En esta misma línea, ya se había pronunciado el Tribunal Supremo, en una importante sentencia de 23 de abril de 2012 (RJ 2012/6067), doctrina que también ha seguido el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias en sentencia de 4 de octubre de 2014 (JUR 2014/230135). Sentencia del Tribunal Supremo que luego será examinada con más detalle.

Es significativo que el TACRC en la resolución antes mencionada, en la que se invocó por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro esta sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril 2012, dice que no constituye Jurisprudencia porque es una única sentencia, y que además el Tribunal Supremo lo que hace es reproducir la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 11 de febrero de 2011.

Pues bien, lo que hace el Tribunal Supremo es hacer suya y asumir esa doctrina, que por tanto ya pasa a ser doctrina del Tribunal Supremo y que además analiza con detalle la misma y la normativa aplicable, señalándose en esta sentencia que "es evidente que, en función del objeto del contrato (art. 1 del pliego), el concurso litigioso debió regirse por las normas de la sección 6º, capítulo primero, título primero del libro III de la referida Ley, siendo, pues, nulo de pleno derecho el procedimiento seguido por la Administración, de conformidad con lo que previene el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Consideramos que la regulación que ahora se contiene en la nueva Ley de Contratos del Sector Público del Concurso de Proyectos, no sólo no contradice esta sentencia del Tribunal Supremo, que cuando menos es un precedente significativo del más alto Tribunal, sino que con los cambios normativos que se han introducido, se camina en la dirección de acentuar la obligatoriedad del concurso de proyectos, desde luego cuando menos en los supuestos contemplados en el citado artículo 183.3.

Sin perjuicio de ello, naturalmente que siempre podrá reclamarse en base a dicha doctrina del Tribunal Supremo y la propia naturaleza del concurso de proyectos, que la Administración convoque o acuda a este procedimiento, cuando el objeto sea precisamente la obtención de planos o proyectos en los campos de la Arquitectura, el Urbanismo, la Ingeniería y el procesamiento de datos, tal y como se menciona en el apartado 1 del mismo artículo 183.

Por otra parte, hemos de reafirmar nuestra opinión de que el procedimiento de concurso de proyectos sí tiene una naturaleza de procedimiento de adjudicación contractual con carácter general. Podríamos decir que es un procedimiento especial de adjudicación contractual que permite y posibilita que el órgano de contratación contrate un proyecto arquitectónico y en su caso la dirección facultativa, sobre la base de seleccionar la mejor propuesta a través de la figura de un jurado.

Esta posición que mantenemos, se basaría en los siguientes argumentos:

- d) En primer término, en la ubicación sistemática del concurso de proyectos como unas normas especiales reguladas en la Subsección 7ª, pero dentro del Libro II, Título I, Capítulo I, Sección 2ª, que se refiere a la "adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas" y el artículo 131 enumera los procedimientos de adjudicación y en concreto en el apartado 5 se alude precisamente al concurso de proyectos.
- e) La Directiva 2014/24/UE, que justamente traspone la Ley 9/2017, en su Título III, se refiere a los "régimenes de contratación particulares" y en el Capítulo II regula, en los artículos 78 a 82, las "normas aplicables a los concursos de proyectos", es decir, para la Directiva Comunitaria los concursos de proyectos es un régimen de contratación particular.

- f) El propio contenido del artículo 183 de la LCSP, en su apartado 2, establece dos tipos de concurso de proyectos. El primero, organizado en el marco "de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios". También se pueden conceder premios o pagos. En este primer tipo, no hay duda de que se produce la adjudicación del contrato. El segundo tipo al que se refiere el precepto legal, son concursos de proyectos con precios o pagos a los participantes. Si solamente contiene premios o pagos sin más, estaríamos ante el denominado concurso de ideas, sin adjudicación del contrato. Ahora bien, el apartado 4 del artículo 185, prevé la posibilidad de adjudicar también el contrato de servicios a través del contrato negociado sin publicidad al ganador o ganadores del concurso de proyectos. Lo que reafirma el artículo 168.d) de la propia Ley. Es decir, hay una preponderancia clara en cuanto que el concurso de proyectos va a suponer -salvo el caso estricto de que sólo contemplan premios o pagos- la adjudicación del contrato de servicios.
- g) Por último, hay una consideración esencial en este orden de ideas: ahora, el artículo 187, en su apartado 8 alude a que el jurado, cuando ya tiene adoptada la decisión correspondiente "la traslada al órgano de contratación para que este proceda a la adjudicación del concurso de proyectos al participante indicado por el primero". Este carácter vinculante del jurado, que pasa a tener ahora una función propia y exclusiva de adjudicación del concurso de proyectos, junto con las anteriores consideraciones, fundamentan nuestra opinión de que en líneas generales, salvo la excepción señalada, la naturaleza del concurso de proyectos es la de un procedimiento especial de adjudicación contractual.

## **2. Definición legal y objeto del concurso de proyectos.**

El artículo 183.1 de la LCSP -siguiendo la misma definición que ya se contenía en el artículo 184 del Texto derogado Real Decreto Legislativo 3/2011 (y en el texto del artículo 168 de la Ley 30/2007)-, dice que:

*"Son concursos de proyectos los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado".*

El apartado 2 de este mismo artículo 183 de la LCSP, dispone que:

*"Las normas de la presente sección se aplicarán a los concursos de proyectos que respondan a uno de los tipos siguientes: (...)".*

La Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, cuya trasposición al ordenamiento jurídico español se efectúa por esta Ley 9/2017 de 8 de noviembre, no contiene una definición propiamente como tal del concurso de proyectos, que regula en el Capítulo II del Título III (Regímenes de contratación particulares), con la denominación "normas aplicables a los concursos proyectos". Y en los artículos 78 a 82 se contienen las normas reguladoras de este procedimiento que por su propia naturaleza es especial, en el sentido que tienen que concurrir los supuestos legales establecidos para que el órgano de contratación opte por su aplicación. Sí se dice en el preámbulo de dicha Directiva Comunitaria que "tradicionalmente, los concursos de proyectos se han utilizado principalmente en los ámbitos de la ordenación territorial, el urbanismo, la arquitectura y la ingeniería y el tratamiento de datos".

De la definición legal del artículo 183.1 de la LCSP del concurso de proyectos, se desprende que es el objeto contractual el criterio delimitador esencial de este procedimiento. así, son concursos de proyectos aquellos procedimientos en los que el órgano de contratación se ve en la precisión y necesidad de obtener "planos o proyectos" principalmente en los campos de la Arquitectura, el Urbanismo, la Ingeniería y el procesamiento de datos.

Pues bien, con anterioridad a la nueva LCSP, se había pronunciado el **Tribunal Supremo en sentencia de 23 de abril de 2012**, que confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 11 de febrero de 2011.

Refiriéndonos a esta sentencia, los antecedentes de la misma se concretan en el recurso contencioso-administrativo que interpuso el Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias, contra una resolución de la Consejería de Sanidad del Gobierno Canario, que había convocado un concurso público por procedimiento abierto "para la contratación de los servicios para la redacción de los proyectos arquitectónicos e ingeniería, redacción del estudio de seguridad y salud y dirección facultativa por arquitecto e ingeniero de las obras del centro de atención especializada de Las Palmas Sur (Prudencia Guzmán)". Resultaba que no se seguían las normas de concurso de proyectos y en vez de Jurado se establecía una Mesa de Contratación, además de que la oferta económica alcanzaba una valoración preponderante entre los criterios de adjudicación.

Pues bien, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 11 de febrero de 2011, estimó el recurso del Colegio de Arquitectos de Canarias, conforme a la siguiente fundamentación, que hace suya y asume el propio Tribunal Supremo, que destaca:

*"La sentencia recurrida (JUR 2011, 378438) estimó el citado recurso con base en la siguiente fundamentación: " PRIMERO.- Según el art. 1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso en cuestión, el objeto del contrato es, exactamente, "la prestación del servicio de redacción de los proyectos arquitectónico e ingeniería, redacción del estudio de seguridad y salud, y dirección facultativa por arquitecto e ingeniero de las obras del Centro de Atención Especializada Las Palmas Sur (Prudencio Guzmán), así como, en su caso, la redacción de los proyectos modificados y complementarios que se puedan originar durante la ejecución del contrato, con el fin de atender y apoyar la culminación de los proyectos y obras de tipo sanitario". Añadiendo el art. 2 que "el órgano de contratación, que actúa en nombre de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, es la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Canario de la Salud. El mencionado órgano -continúa el precepto- tiene facultad para adjudicar el correspondiente contrato y, en consecuencia, ostenta las prerrogativas de interpretarlo, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta, con sujeción a la normativa aplicable".*

*Pues bien, el primero de los motivos impugnatorios de la demanda gravita, precisamente, sobre la facultad decisoria que el pliego atribuye a la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Canario de la Salud; ello porque, a juicio del Colegio de Arquitectos, tratándose de un concurso de proyectos, de conformidad con lo establecido en los arts. 168 y siguientes de la Ley 30/2007, ha de ser un Jurado el que resuelva el concurso.*

*Tiene razón la entidad actora. El artículo 168 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece en su ap. 1 que "son concursos de proyectos los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado".*

*Añadiendo el ap. 2 que "las normas de la presente sección se aplicarán a los concursos de proyectos que respondan a uno de los tipos siguientes: a) Concursos de proyectos organizados en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios".*

*Y dado que el art. 3 del pliego de cláusulas particulares expresamente admite que "la contratación a realizar se califica como contrato de servicios de carácter administrativo", **es evidente que, en función del objeto del contrato (art. 1 del pliego), el concurso litigioso debió***

***regirse por las normas de la sección 6º, capítulo primero, título primero del libro III de la referida Ley, siendo, pues, nulo de pleno derecho el procedimiento seguido por la Administración, de conformidad con lo que previene el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512 , 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.***

A continuación, el Tribunal Supremo analiza los motivos del recurso de casación y las alegaciones efectuadas por el Colegio de Arquitectos de Canarias, destacando que la cuestión a resolver “se centra en si resultaba procedente exigir que el contrato de servicios controvertido tuviera que sujetarse las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos, contempladas en los artículos 168 a 172 de la Ley 30/2007”.

Sigue la doctrina de esta sentencia del Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias en sentencia de 4 de octubre de 2014 (JUR 2014/230135).

### **3. Modalidades del concurso de proyectos.**

El apartado 2º del artículo 183 de la LCSP, señala que las normas de dicha sección se aplicarán a los concursos de proyectos que respondan a uno de los dos tipos siguientes:

*“a) Concursos de proyectos organizados en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, en los que eventualmente se podrán conceder premios o pagos.*

*El contrato de servicios que resulte del concurso de proyectos además también podrá tener por objeto la dirección facultativa de las obras correspondientes, siempre y cuando así se indique en el anuncio de licitación del concurso.*

*b) Concursos de proyectos con premios o pagos a los participantes”.*

Por tanto, hay dos tipologías de los concursos de proyectos:

- Los que se organizan dentro de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios. En tal sentido, el apartado 10º del artículo 187 de la Ley, establece que en lo no previsto en la sección, se aplicarán las normas del procedimiento restringido, en caso de que se limite el número de participantes; y en caso contrario, del procedimiento abierto. Así pues, los órganos de contratación en el

marco de los procedimientos de adjudicación en contrato de servicios, cuyo objeto sea por ejemplo la adjudicación de un proyecto de Arquitectura o de Urbanismo, podrán seguir el **procedimiento abierto o el procedimiento restringido**, en cuyo caso se aplicarán las reglas propias de tales procedimientos de adjudicación. El precepto contempla que también cabe como objeto del contrato de servicios, resultado del concurso de proyectos, **la dirección facultativa de las obras**. Ello debe indicarse de manera expresa en el anuncio de licitación.

- Los concursos de proyectos que tienen “premios o pagos a los participantes”. A su vez, caben dos modalidades de esta tipología:
  - a) Puede tratarse de un concurso de proyectos en el que sólo se contemplen premios a los ganadores, es decir, el denominado **“concurso de ideas”**. El órgano contractual convocante, lo que quiere es elegir una idea o una propuesta y adjudica unos premios a los ganadores. Sin adjudicación del contrato de servicios.
  - b) Y la otra modalidad es que estableciéndose esos premios a los ganadores, se prevea en el anuncio de licitación por el órgano de contratación, adjudicar ulteriormente el correspondiente contrato de servicios, es decir, la elaboración del proyecto. Esta adjudicación se efectúa a través del **procedimiento negociado sin publicidad**, conforme dispone el artículo 168.d) de la Ley, que contempla como uno de los supuestos de dicho procedimiento negociado sin publicidad el de que el contrato *“sea la consecuencia de un concurso de proyectos y, con arreglo a las normas aplicables, deba adjudicarse al ganador. En caso de que existan varios ganadores se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones”*. que precisamente señala que en los contratos de servicios, en los supuestos de que el contrato en cuestión sea la consecuencia de un concurso de proyectos.

#### 4. **Ámbito de aplicación.**

El apartado 3 del artículo 183 de la LCSP, dice:

*“Cuando el objeto del contrato de servicios que se vaya a adjudicar se refiera a la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad y, cuando se contraten conjuntamente con la redacción de los proyectos anteriores, a los trabajos complementarios y a la dirección de las obras, los órganos de contratación deberán aplicar las normas de esta sección”*.

Este apartado del artículo 183, se introdujo en el debate parlamentario del Proyecto de Ley del Congreso de los Diputados. No figuraba en el



texto del proyecto inicial, remitido por el Gobierno al Congreso. Y es un precepto también novedoso con respecto a lo que disponía el artículo 184 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -que ha quedado derogado con la nueva Ley-, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre.

Responde a la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, que parcialmente recogió la propuesta de enmienda que había elaborado el CSCAE, en orden a establecer la obligatoriedad de la aplicación de las normas especiales de los concursos de proyectos, cuando el objeto del contrato se refiera a la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y de urbanismo<sup>20</sup>.

De la motivación de la enmienda, se desprende que la finalidad de la misma era que los órganos de contratación "necesariamente" apliquen las normas especiales de los concursos de proyectos, cuando se proceda la adjudicación de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y de urbanismo.

El resultado final, como consecuencia de las transacciones parlamentarias entre los distintos grupos, fue el que aprobó la Comisión de Hacienda y Función Pública del Congreso y el que se ha reproducido literalmente este apartado 3 del artículo 183 de la LCSP.

Para interpretar adecuadamente el precepto, resulta significativo comprobar el redactado literal de la enmienda con el texto finalmente aprobado y que ha pasado a ser el precepto vigente.

Si en el texto de la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista el objeto se refería a la "redacción de proyectos arquitectónicos, de Ingeniería y de Urbanismo, trabajos complementarios y dirección de las obras", en el texto aprobado y que ha pasado al precepto vigente, se emplean dos adverbios temporales que por tanto indican dos supuestos diferentes. Así se dice "cuando el objeto del contrato de servicios que se vaya a adjudicar se refiera a la redacción de proyectos arquitectónicos (...)" y "cuando se contraten conjuntamente con la redacción de los proyectos anteriores (...)". Además se ha añadido a los referidos proyectos el concepto de que "revistan especial complejidad".

Por tanto, tanto de la interpretación gramatical por el empleo de dos adverbios temporales diferentes, como por el "iter parlamentario", se

---

<sup>20</sup> La enmienda nº 658 del Grupo Parlamentario Socialista de modificación del apartado 2 del artículo 181, proponía el siguiente tenor literal: "2. Cuando el objeto del contrato se refiera a la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería o de urbanismo, trabajos complementarios y dirección de las obras, deberán aplicarse las normas de la presente sección. Los concursos de proyectos pueden responder a uno de los dos tipos siguientes: (...)".

desprende inequívocamente que son dos supuestos los que han de ser analizados.

El primero de ellos, se refiere a que el objeto del contrato de servicios que se vaya a adjudicar se refiera a *“redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad”*.

Lo que resulte o se entienda por “especial complejidad” va a requerir de una concreción en el desarrollo reglamentario, que ya está previsto en el apartado 11 del artículo 187 de la Ley y desde luego de la doctrina de Juzgados y Tribunales. Estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado.

Por ello, al tratarse de una cuestión de aplicación e interpretación de la Ley, de lo que se trata es de subsumir en una categoría legal unas circunstancias reales determinadas. Es decir, la Administración no tendrá aquí un uso discrecional, por lo que el concepto puede ser fiscalizado judicialmente.

En todo caso, los propios órganos contractuales y la propia Administración competente pueden establecer pautas interpretativas sobre qué se entiende por especial complejidad a los efectos del artículo 183.3 de la LCSP.

Una acotación inicial se impone. El precepto del artículo 183.3 de la Ley, alude a la redacción de proyectos arquitectónicos, de Ingeniería y Urbanismo, que revistan “especial complejidad”. Parece una consideración obvia, pero importante, en el sentido de que de la interpretación literal del texto no necesariamente y no siempre todos los proyectos arquitectónicos y de urbanismo, tendrán especial complejidad a los efectos del ámbito de aplicación del concurso de proyectos.

O por decirlo en otros términos, el precepto legal contrapone “la complejidad” a “la sencillez”. Por tanto, entrarán en la categoría legal aquellos proyectos arquitectónicos que revistan complejidad, es decir, que no sean unos proyectos simples o que las soluciones no requieran complejidad en su desarrollo y formulación.

Atendiendo de una parte a los antecedentes legislativos, que se concretan en la enmienda reseñada del Grupo Parlamentario Socialista, cuyo objetivo era establecer la aplicación obligatoria del procedimiento del concurso de proyectos en determinados supuestos y a la vez, al criterio teleológico, que en la propia Ley aparece muy claro en varios preceptos y en la propia exposición de motivos, en el sentido de buscar y obtener con las prestaciones de carácter intelectual, como son los servicios de arquitectura e ingeniería, servicios de **“gran calidad”**

(artículo 145.4 de la Ley), el procedimiento especial del concurso de proyectos que atiende precisamente a la calidad de las propuestas y “sus valores técnicos, funcionales, arquitectónicos, culturales y medioambientales” (artículo 184.3 de la Ley), el concepto de complejidad nos remite al marco normativo regulador del proceso de la edificación y más en concreto a los requisitos básicos de la edificación, que precisamente están para garantizar intereses generales, como la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medioambiente (artículo 3 de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999).

**A los efectos del apartado 3 del artículo 183, pueden considerarse proyectos de especial complejidad, aquellos en los que se produzca una afectación concurrente en las condiciones de seguridad, accesibilidad y habitabilidad del edificio objeto del proyecto, tal y como se definen estos requisitos básicos de la edificación en el artículo 3 de la LOE.**

La razón de ello, es que cuando en un proyecto arquitectónico confluyen aspectos relativos a la vez que inciden y afectan a la seguridad, a la habitabilidad y a la accesibilidad del edificio, la elaboración del proyecto, por su propia naturaleza, implica complejidad y el propio proyecto, una vez elaborado y resueltas tales condiciones, es complejo por los requerimientos que inciden en el mismo, constituyendo además estos tres requisitos de la seguridad, la accesibilidad y la habitabilidad, conjuntamente, los aspectos sin duda más esenciales y complejos del proyecto edificatorio.

Cuando el objeto del contrato se refiera a un proyecto edificatorio en el que concurren las circunstancias anteriores descritas, cabe afirmar que es un proyecto que reviste complejidad y por tanto estaría justificado y encajaría en el supuesto legal del apartado 3 del artículo 183 de la LCSP. Además de responder a la finalidad -que hemos reseñado- que justifica la previsión legal contemplada.

Consideramos que este criterio general es acorde con los señalados propósitos y finalidades del precepto, en cuanto que un procedimiento especial, como es el concurso de proyectos, se referirá a aquellos en que concorra la circunstancia objetiva reseñada, que además tiene una referencia normativa en la Ley básica esencial del proceso de edificación, como es la LOE. No son pues criterios valorativos o subjetivos, sino que se hace referencia a dicho marco normativo. Y desde luego, aquellos proyectos en que concurren dichas circunstancias sin duda revisten complejidad. Por tanto, es un criterio que confiere seguridad jurídica a la interpretación normativa.

Además, este criterio interpretativo está en línea y encuentra un fundamento sólido en la doctrina jurisprudencial -muy reiterada y constante- del Tribunal Supremo, que cuando se refiere a proyectos de "complejidad técnica constructiva", para entender lo que es otro concepto jurídico indeterminado de la Ley 12/1986 el concepto de "proyecto arquitectónico", hace referencia a aquellas obras que incidan en aspectos de la seguridad, la accesibilidad y la habitabilidad -entre otras-. En especial, el concepto de seguridad en el sentido de que la garantía de la seguridad en la edificación es el criterio esencial que justifica la delimitación competencial -por ejemplo entre arquitectos y aparejadores- y por ello la formación del profesional que redacta el proyecto (sentencias del TS de 23 de mayo de 1992 -RJ 1992/4439-, 22 de marzo de 1994 -RJ 1994/2401-, 9 de octubre de 1995 -RJ 1995/7497- y 30 de marzo de 2000 -RJ 2000/4917-).

Este criterio de carácter general interpretativo de la "especial complejidad" de los proyectos arquitectónicos y de ingeniería, puede ser completado por unas pautas o criterios, en los que también concurren situaciones que hacen que tales proyectos sean de especial complejidad.

Así y sin ánimo exhaustivo, podemos señalar que cabe entender que un proyecto arquitectónico y de ingeniería reviste especial complejidad en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la interpretación y aplicación de las normas sectoriales referidas al proyecto, conlleve una tarea de dificultad considerable, en orden a la precisión y determinación de los requerimientos normativos.
- b) Cuando el proyecto contemple soluciones innovadoras.
- c) Cuando las obras objeto del proyecto, supongan intervención total o parcial en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico.
- d) Cuando el proyecto, contemple de manera especial características medioambientales, entre otras, la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética; utilización de energía procedentes de fuentes renovables, entre otros aspectos.
- e) Cuando los proyectos por su naturaleza y objeto requieran una especial consideración en cuanto a su calidad y sus valores técnicos, funcionales, arquitectónicos, culturales y medioambientales; así como características sociales.

A continuación, nos referiremos al segundo supuesto que contempla el artículo 183.3 de la Ley, para la aplicación del concurso de proyectos. Es decir, cuando se contrate juntamente con el proyecto arquitectónico, los trabajos complementarios y la dirección de las obras.

En este punto, hemos de señalar que los proyectos como tales tienen siempre ineludiblemente unos trabajos complementarios. Y así por ejemplo, en la propia regulación del contrato de obras, el artículo 233 de la Ley, cuando se refiere a los proyectos de obras, alude a los estudios de seguridad y salud y al estudio geotécnico, que son documentos que deben incluirse con el proyecto arquitectónico y edificatorio, aunque se refiera en general a proyectos de obras. Con lo que el tema de los "trabajos complementarios", en gran medida está resuelto porque los proyectos tienen que venir siempre acompañados de tales trabajos complementarios.

La Ley, en este artículo 183.3, alude a que no sólo ha de contratarse conjuntamente el proyecto arquitectónico con esos trabajos complementarios, sino también con la dirección de las obras.

En nuestra opinión, entendemos que el legislador ha establecido que el concurso de proyectos resultará de obligada aplicación en el caso de que el proyecto, además de los trabajos complementarios, conlleve la dirección de las obras, es decir, que se efectúe la contratación conjunta como objeto del contrato de servicios del proyecto y dirección de obras, tal y como se hace alusión ahora en el artículo 183.2.a) de la misma Ley y dentro de la regulación del propio concurso de proyectos.

Estamos en presencia de una norma especial, como es la del artículo 183.3 de la Ley y por tanto, es de prevalente aplicación con respecto a las normas generales que regulan los diferentes procedimientos de adjudicaciones de los contratos en los artículos 131 y siguientes de la propia Ley.

Es decir, esta Asesoría Jurídica entiende que siempre que en el anuncio de la licitación figure o el órgano de contratación decida adjudicar el proyecto y la dirección de la obra conjuntamente, en tal caso habrá de acudirse necesariamente al concurso de proyectos.

Hemos de señalar que la adjudicación conjunta del proyecto y la dirección facultativa de la obra, no sólo es posible y no sólo está ahora prevista legalmente, sino que es conveniente y deseable. Téngase en cuenta la vinculación y conexión directa que existe entre el proyecto y la dirección facultativa de la obra. Por remitirnos a la propia LCSP, el artículo 238, atribuye a la dirección facultativa la interpretación técnica

del proyecto y el dar instrucciones al contratista. El artículo 242, relativo a la modificación del contrato de obras, atribuye nada menos que al director facultativo de la obra, la posibilidad de considerar necesaria una modificación del proyecto, recabando del órgano de contratación autorización para tramitar el correspondiente expediente. Y que el artículo 243 de la misma LCSP, en una fase decisiva de la obra, como es la recepción, establece la necesidad de que en el acto de recepción esté presente el facultativo encargado de la dirección de la obra.

La propia Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999, en el artículo 12, enumera las funciones y obligaciones del director de la obra y de esta enumeración se constata que existe una estrecha y directa vinculación con el proyecto edificatorio. Así, el director de la obra tiene que verificar el replanteo "y la adecuación de la cimentación y la estructura proyectadas a las características geotécnicas del terreno"; por otra parte, le corresponde dictar las instrucciones precisas "para la correcta interpretación del proyecto" y también elaborar a requerimiento del promotor "eventuales modificaciones del proyecto que vengan exigidas por la marcha de la obra siempre que las mismas se adapten a las disposiciones normativas contempladas y observadas en la redacción del proyecto".

De la regulación señalada de la LOE se desprende que por la estrecha vinculación de la dirección de la obra con el proyecto edificatorio, quien está en mejores condiciones por su conocimiento previo completo del proyecto edificatorio, es el propio proyectista como autor del proyecto, lo que garantiza en gran medida una mejor prestación de las tareas de dirección de la obra y de su correcta y adecuada realización.

Resulta de especial interés, citar el informe 3/2003 de 12 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid<sup>21</sup>, que enumera con detalle las razones de la conveniencia de la realización conjunta en un mismo contrato, del proyecto y la dirección de la obra, señalando que las funciones de la dirección de obra que consisten esencialmente en el control del proyecto y la ejecución de la dirección de la obra "ambas en conexión directa con el contenido de los proyectos, por lo que la concurrencia en un mismo contrato de dichas prestaciones, no debe conducir a que se produzcan disfunciones, sino que bien al contrario **deben dar lugar a ventajas para la Administración por el mejor conocimiento del contenido del proyecto que tiene su autor y le faculta en mayor medida para realizar las funciones de interpretación del mismo, así como para llevar a cabo con más precisión las restantes funciones que conlleva la dirección de las obras, reduciendo la incidencia de modificados**".

---

<sup>21</sup> Informe 3/2003 de 12 de junio sobre celebración de contratos de consultoría y asistencia para la redacción de proyecto y la dirección facultativa de las obras.

Señala este informe la conexión que existe en la Ley de Contratos del Sector Público entre las tareas de la dirección de obra y el proyecto edificatorio, señalando que la interpretación del proyecto **“puede ser realizada con mayor acierto por los técnicos que han sido los redactores del proyecto”**. Además, según el mismo informe de la Junta Consultiva “la redacción conjunta de la redacción de proyecto y licitación de las obras, permite obtener ventajas en los precios del contrato ya que posibilita mejoras en las ofertas económicas”.

Concluye el informe señalando que “para salvaguardar los principios de seguridad y concurrencia de la contratación administrativa, se considera conveniente que en estos casos el órgano de contratación motive en el expediente la necesidad de la realización conjunta de estos contratos”.

#### **5. Límites normativos para los órganos de contratación en la aplicación del procedimiento del concurso de proyectos.**

Una vez que han sido analizadas las cuestiones anteriores, referidas a la definición legal del concurso de proyectos (artículo 183.1 de la Ley), así como las modalidades del mismo (artículo 183.2) y el ámbito de aplicación, con la novedad que instaura la nueva Ley de la necesidad imperiosa de su aplicación en los supuestos legales que han sido anteriormente analizados con detalle (artículo 183.3), debemos referirnos ahora al “iter procedimental” para dejar claro cuál es el marco de actuación que tienen los órganos de contratación, una vez que resulte aplicable el concurso de proyectos.

Podemos al respecto, establecer las siguientes consideraciones:

- a) Conforme al artículo 184.1 de la LCSP, las normas del concurso de proyectos se establecerán de conformidad con lo establecido en la subsección 7ª “Normas especiales aplicables a los concursos de proyectos” (artículos 183 a 187 de la LCSP). Es decir, los órganos de contratación cuando establezcan las bases del concurso y las reglas del procedimiento, deberán atenerse necesariamente a dicho preceptos normativos como norma básica esencial imperativa. Y en lo no previsto en dicha subsección, se aplicarán las normas del procedimiento restringido, cuando se limite el número de participantes o en otro caso, las normas del procedimiento abreviado; y también las disposiciones reguladoras de la contratación de servicios (fundamentalmente los artículos 308 a 313 de la Ley). Cabe añadir que -aunque no lo diga expresamente la Ley-, determinados preceptos del contrato de obras y en la medida de la relación de dicho contrato con el de servicios, teniendo en cuenta que estamos

hablando en términos generales de proyectos de obras, también resultarán aplicables los preceptos que regula el contrato de obras. Así pues, los órganos de contratación, cuando apliquen el procedimiento del concurso de proyectos, deberán atenerse a estas normas. No pueden por tanto "inventarse" otras normas de procedimiento, dado el carácter reglado de las mismas.

- b) El artículo 185.1 de la LCSP, dispone que el órgano de contratación **podrá** limitar el número de participantes en el concurso de proyectos. Por tanto, se establece como una opción o facultad dispositiva y potestativa del órgano de contratación. Si no opta por la limitación del número de participantes, se aplicarán las reglas del procedimiento abierto, por lo que constará de una única fase, con la característica esencial que cualquier interesado puede presentar una proposición. Si se opta por la limitación, estamos en presencia de un procedimiento restringido, caracterizado por la necesidad de dos fases (aquí no hay facultad potestativa del órgano de contratación). La primera fase es la de selección de los participantes entre los candidatos que hubieren presentado solicitud de participación. Y en la segunda, se invita a los seleccionados para que presenten "sus propuestas de proyectos" ante el órgano de contratación.
- c) El mismo artículo 185 en su apartado 3 establece, también con carácter facultativo por el órgano de contratación, ya que emplea el término "**podrá realizarse**", la posibilidad de realizar la segunda fase en dos sub-fases sucesivas, a fin de reducir el número de concursantes. En la primera sub-fase se invita por escrito a los candidatos seleccionados para que presenten "una idea concisa acerca de la idea del concurso" que se valorarán por el jurado conforme a los criterios de valoración establecidos. Y la segunda sub-fase, tiene lugar cuando los participantes ya seleccionados son invitados a presentar "sus propuestas de proyectos en desarrollo de la idea inicial", propuestas que son también valoradas por el jurado de conformidad con los criterios establecidos en las bases. En consecuencia, si el órgano de contratación opta por efectuar en la segunda fase la realización de dos sub-fases sucesivas, ha de atenerse a las reglas establecidas en el apartado 3 del artículo 185 de la LCSP. Por tanto, no puede introducir tampoco variaciones o modificaciones de las normas procedimentales fijadas en el precepto legal.
- d) Ha de precisarse que cuando el concurso de proyectos se siga en el marco de un procedimiento restringido, es decir, con restricción de concursantes, conforme a lo dispuesto en el artículo 185, en la primera de las fases, es decir, la fase relativa a la selección de los participantes, el apartado 2 del precepto legal citado dice que "la selección de éstos deberá efectuarse aplicando criterios objetivos,



claros y no discriminatorios, que deberán fijarse en las bases del concurso y en el anuncio de licitación". Añade que no puede limitarse a un determinado ámbito territorial y que en todo caso debe tenerse en cuenta la necesidad de garantizar una competencia real. Se hace necesario pues, concretar cuáles son esos criterios objetivos claros y no discriminatorios. Como quiera que se aplican supletoriamente las reglas del procedimiento restringido (apartado 10 del artículo 187 de la Ley), consideramos que los criterios de selección son los propios del procedimiento restringido, a los que se refiere el artículo 162.1 de la Ley, es decir, los criterios objetivos de solvencia señalados en los artículos 87 a 91. Y que para asegurar una competencia real, el número mínimo de participantes que se invite a participar a la segunda fase, no podrá ser inferior a 3.

## 6. **Novedades más relevantes en la regulación del concurso de proyectos.**

### a) Criterios de valoración de las propuestas.

La valoración de las propuestas se referirá a la calidad de las mismas y sus valores técnicos, funcionales, arquitectónicos, culturales y medioambientales. El precio o la oferta económica no figura entre los criterios de valoración de las propuestas.

Por tanto, en las bases de los concursos de proyectos, tendrán ineludiblemente que contemplarse estos criterios de valoración de las propuestas, referidos a la calidad de las mismas y a esos valores que menciona el propio precepto legal.

Por tanto, el precio o la oferta económica, no se encuentra ahora mencionado dentro de los criterios de valoración de las propuestas en los concursos de proyectos.

Sostenemos que -como antes se señaló- el artículo 184.3, cuando establece que "en los concursos de proyectos, la valoración de las propuestas se referirá a la calidad de las mismas, y sus valores técnicos, funcionales, arquitectónicos, culturales y medioambientales", está contemplando una norma especial aplicable exclusivamente a los concursos de proyectos, que por su propia naturaleza tienen ese carácter de procedimiento especial y también sus disposiciones. Aun cuando hay una remisión en el apartado 10 del artículo 187 a las normas del procedimiento restringido y abierto, lo es con carácter supletorio, al decir "en lo no previsto por esta Subsección". Aquí, no hay laguna que haya que suplir, porque el

apartado 3º del artículo 184, establece de manera nítida e inequívoca, cuáles son los criterios de valoración de las propuestas.

No es esa la única razón que avala que tales criterios son los propios y únicos a los que habrá de atenerse el jurado para valorar las propuestas.

Cabe añadir las dos siguientes consideraciones:

El artículo 187.5, que alude al jurado, dispone que el jurado "hará constar en su informe, firmado por sus miembros, la clasificación de los proyectos, **teniendo en cuenta los méritos de cada proyecto**". Es decir, alude justamente a la valoración de méritos del proyecto y por tanto remite a los aspectos que señala el artículo 184.3, entre los cuáles, no se encuentra desde luego la valoración de la oferta o propuesta económica.

En el anuncio de licitación, debe contenerse la información recogida en el Anexo III, al que remite el apartado 4 del artículo 135 de la Ley. Pues bien, en la Sección 8ª, que se refiere a la información que debe figurar en los concursos de proyectos el apartado 12 señala "**criterios que se aplicarán para valorar los proyectos**". Es decir, está hablando de criterios de valoración de la propuesta o proyectos, en línea con lo que venimos mencionando, y no alude para nada al precio o a la oferta económica.

La consecuencia de ello es que los órganos de contratación de las Administraciones Públicas y los poderes adjudicadores **en las bases en los concursos de proyectos, tendrán que establecer únicamente como criterios de valoración de las propuestas los referidos a su calidad y a los valores técnicos, funcionales, arquitectónicos, culturales y medioambientales.**

- b) Composición del Jurado: 2/3 de sus miembros deberán poseer cualificación profesional específica.

Se produce el cambio significativo y trascendente, de que el Jurado en los concursos de proyectos que requieran cualificación profesional, como es el caso de los concursos de Arquitectura, al menos 2/3 deberá poseer dicha cualificación, tal y como establece el artículo 187.3 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

**Se pasa de una composición del jurado en la que los miembros con cualificación profesional eran minoría, 1/3, a una composición que conforme a la nueva Ley tendrá una mayoría significativa de 2/3 de miembros con cualificación profesional.**

De esta manera, se refuerza el principio de especialidad y profesionalidad; asegurando con ello la mejor garantía en la valoración de las propuestas que por su propia naturaleza requieren de personas que tengan la adecuada cualificación profesional al respecto.

c) Carácter vinculante de la decisión del Jurado.

También aquí se produce otro cambio trascendente: el artículo 187.8, dispone:

“Una vez que el jurado hubiere adoptado una decisión, dará traslado de la misma al órgano de contratación para que este proceda a la adjudicación del concurso de proyectos al participante indicado por el primero”.

Se convierte así **el jurado, no sólo en el órgano que valora las propuestas de los concursantes, sino el que decide al indicar el ganador**, la propia adjudicación del contrato. De tal manera que el órgano de contratación, con la nueva regulación, tendrá que respetar necesariamente en la adjudicación la decisión y el dictamen del Jurado.

Hasta ahora -y con la regulación vigente en el Texto Refundido de 2011-, el Jurado emitía su dictamen y el órgano de contratación procedía a la adjudicación, debiendo motivar la decisión de la adjudicación cuando no se ajustase a la propuesta del Jurado<sup>22</sup>.

El cambio es trascendente. El Jurado queda con carácter vinculante. De tal manera que, en los concursos de proyectos, cuyo objeto sea proyectos de Arquitectura y Urbanismo, el Jurado decide el ganador y decide el adjudicatario del contrato.

d) Remuneración de los gastos de los trabajos presentados por los concursantes.

Se contienen dos prescripciones nuevas al respecto:

---

<sup>22</sup> Para los autores Razquin Lizarraga y Vázquez Matilla, en la obra antes citada “La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, el “órgano de contratación queda vinculado por el informe del jurado, lo que ahora queda enfatizado al afirmarse que procederá a la adjudicación del concurso de proyectos al participante indicado por el jurado, habiéndose suprimido la posibilidad excepcional, contemplada en el proyecto de Ley, de que el órgano de contratación pudiera separarse de la propuesta del jurado, con la justificación de dicha discrepancia”.

- i. Sobre la remuneración de los gastos, el artículo 184.2, prevé con carácter general que las bases del concurso, deberán indicar “la cantidad fija que se abonará en concepto de premios o bien en concepto de compensación por los gastos en que hubieran incurrido los participantes”.
- ii. En el artículo 185.3, que se refiere a la segunda subfase del procedimiento restringido que antes se ha mencionado, los participantes que hubieran superado esa primera subfase, tendrán derecho a percibir la compensación económica por los gastos en que hubieran incurrido, a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.

A la vista de los cambios introducidos por la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en la regulación del concurso de proyectos y del análisis comparativo que resulta con el texto ahora vigente del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, cabe afirmar que se instaura un nuevo modelo, toda vez que se han introducido innovaciones tan relevantes como el carácter obligatorio -en los supuestos legales que se contemplan del concurso de proyectos-; los criterios de valoración de las propuestas y la composición y funciones del jurado, que son elementos tan sustanciales que suponen un nuevo modelo o paradigma del concurso de proyectos.

### **IX.- La regulación del BIM en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.**

Procede analizar el alcance y los efectos jurídicos que se derivan de la regulación de la metodología BIM, como herramienta de modelado digital de la información de construcción o edificación, tal y como aparece en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017 de 8 de noviembre, que ha entrado en vigor el 9 de marzo del presente año de 2018.

En concreto, se trata de determinar si a partir de la vigencia de la LCSP, los órganos de contratación en las licitaciones públicas de contratos de servicios de Arquitectura, y en especial los referidos a proyectos edificatorios y direcciones de obras, pueden exigir o no el uso de esta herramienta electrónica específica o de modelado digital, que se emplea en el ámbito del proceso de la edificación. Y los efectos en el orden jurídico que se derivarían de que en dichas licitaciones y en concreto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, se introdujesen requerimientos con carácter obligatorio en cuanto al uso de la tecnología BIM.

Para estructurar sistemáticamente el informe, analizaremos tres cuestiones esenciales: la consideración de las herramientas electrónicas en la Directiva 2014/24/UE, que ha sido traspuesta por la Ley 9/2017 de 8 de noviembre (i); la regulación del BIM en la LCSP (ii); y por último, utilización de la tecnología BIM en las licitaciones de contratación pública y resolución de 26

de enero de 2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (iii).

A continuación, se desarrolla las tres cuestiones enunciadas.

### **1.- La consideración de las herramientas electrónicas en la Directiva 2014/24/UE, que ha sido traspuesta por la Ley 9/2017 de 8 de noviembre**

La Directiva 2014/24/UE, sobre Contratación Pública (que ha derogado la Directiva anterior 2004/18/CE), en su artículo 22, normas aplicables a las comunicaciones, en el ámbito de la contratación pública, se refiere al uso de lo que denomina "herramientas electrónicas específicas". La Directiva no menciona el BIM y no podría hacerlo, porque el BIM no deja de ser un sistema o método de trabajo patentado; por lo que la Directiva habla con carácter general de tales herramientas.

Entre esas herramientas, puede encontrarse el sistema BIM, que desde luego no aparece mencionado en la Directiva Comunitaria como tal. En el citado artículo 22, apartado 4, de la mencionada Directiva, se dice:

*"Para contratos públicos de obra y concursos de proyectos, los Estados miembros podrán exigir el uso de herramientas electrónicas específicas, como herramientas de diseño electrónico de edificios o herramientas similares. En esos casos, los poderes adjudicadores ofrecerán medios de acceso alternativos según lo dispuesto en el apartado 5 hasta el momento en que dichas herramientas estén generalmente disponibles en el sentido de la segunda frase del párrafo primero del apartado 1".*

El artículo 22.1, en la frase a la que remite el artículo 22.4, dice que:

*"Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación".*

Al respecto del alcance del contenido de lo dispuesto en la Directiva Comunitaria, cabe efectuar las siguientes apreciaciones:

- Toda Directiva Comunitaria, esencialmente contiene dos obligaciones: en primer lugar, la obligación de trasposición por parte de los Estados miembros y en este caso, existía un mandato de trasposición en la propia Directiva, señalando el artículo 90.1 que ha de efectuarse "a más tardar el 18 de abril de 2016". Por tanto, el Estado español disponía de

ese plazo para trasponer la Directiva 2014/24/UE al ordenamiento jurídico español, lo que implicará efectuar las correspondientes modificaciones o un nuevo texto normativo, como ha sucedido con la Ley 9/2017 de 8 noviembre que ha entrado en vigor el 9 de marzo de 2018. No se cumplió pues el plazo de transposición de dicha Directiva Comunitaria, si bien se ha incorporado al texto vigente el contenido de la prescripción del artículo 22.4 de la misma.

- En segundo lugar otro efecto jurídico derivado de una Directiva Comunitaria es alcanzar el resultado perseguido de la misma, es decir, el objeto y la finalidad que contiene. Para ello, los Estados pueden alcanzar ese resultado objetivo por los medios que elijan o escojan. Las disposiciones de una Directiva pueden contener una obligación completa, es decir, un mandato preciso, determinado y concretado, o dejar un margen de apreciación a los Estados, y no obligar, sino recomendar. La disposición que nos ocupa, contenida en el citado artículo 22.4, como se desprende claramente de su tenor literal, lo que contiene es una previsión o una propuesta, no imperativa, sino potestativa, para los Estados miembros, en el sentido de que en los contratos públicos de obra y concurso de proyectos **“podrán exigir”** el uso de herramientas electrónicas específicas o de diseño electrónico de edificios.
- En la Directiva Comunitaria 2014/24/UE, que ahora ha sido traspuesta por la Ley 9/2017, el uso de herramientas electrónicas específicas (no se mencionada específicamente ninguna de ellas y desde luego el BIM), quedaba supeditada esa exigencia y por tanto condicionada de manera expresa a que los poderes adjudicadores ofrezcan “medios de acceso alternativos” y esta condición se cumple cuando se dan los supuestos o requisitos del apartado 5 del mismo artículo 22, tales como: a) “gratuito acceso completo y directo a dichas herramientas electrónicas”; b) para los licitadores que no tengan dicho acceso o posibilidad de obtenerlo en el plazo fijado, se facilite la utilización de fichas provisionales disponibles gratuitamente, en línea; y c) se admita un canal alternativo para la presentación electrónica de ofertas. Junto con este requisito esencial de libre disponibilidad de forma general, como ya vimos, el apartado 1 del mismo artículo 22 añade que en todo caso y con carácter general estas herramientas y dispositivos electrónicos serán “no discriminatorias”; además “serán compatibles con los productos informáticos de uso general”; y “no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación”. Cuando se cumplan todas estas condiciones prescritas con carácter imperativo en la Directiva Comunitaria, será cuando el uso de la herramienta BIM puede ser exigible con carácter obligatorio en los procedimientos de contratación pública. Antes, es decir, cuando no se den todas y cada una de dichas circunstancias, la exigencia obligatoria sería contraria a la propia Directiva Comunitaria.

- El legislador español ha regulado el uso de la herramienta BIM en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017 en los términos que a continuación son objeto de análisis.

## **2.- La regulación normativa de la herramienta BIM en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.**

La Ley 9/2017 de 8 de noviembre (LCSP), ya en vigor, hace referencia a la herramienta electrónica BIM, en la disposición adicional decimoquinta, que lleva por título "Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley". Así, disponen literalmente los apartados 6, 7 y 8 de esta disposición adicional decimoquinta lo siguiente:

*"6. Para contratos públicos de obras, de concesión de obras, de servicios y concursos de proyectos, y en contratos mixtos que combinen elementos de los mismos, los órganos de contratación podrán exigir el uso de herramientas electrónicas específicas, tales como herramientas de modelado digital de la información de la construcción (BIM) o herramientas similares. En esos casos, ofrecerán medios de acceso alternativos según lo dispuesto en el apartado 7 de la presente Disposición adicional hasta el momento en que dichas herramientas estén generalmente disponibles para los operadores económicos.*

*7. Cuando sea necesario, los órganos de contratación podrán exigir la utilización de herramientas y dispositivos que no estén disponibles de forma general, a condición de que ofrezcan medios de acceso alternativos. Se considerará que los órganos de contratación ofrecen medios de acceso alternativos apropiados cuando:*

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

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

*c) admitan un canal alternativo para la presentación electrónica de ofertas.*

*8. Los medios electrónicos, informáticos y telemáticos utilizables deberán cumplir, además, los requisitos establecidos en la Disposición adicional decimosexta de la presente Ley”.*

Del análisis de la regulación normativa que se contiene en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

- En primer término, el ámbito objetivo al que podrá exigirse en su caso el empleo de estas herramientas digitales se refiere a “contratos públicos de obras, de concesión de obras, de servicios y concurso de proyectos, y en contratos mixtos que combinen elementos de los mismos”. Se observa que el texto normativo se refiere a cuatro tipologías de contratos: a) contratos de obras; b) contratos de concesión de obras; c) contratos de servicios; y d) concursos de proyectos. Junto con ellos, aquellos contratos mixtos que combinan elementos de ambos. Queda así precisado el ámbito objetivo que no coincide exactamente con lo que dispone el artículo 22.4 de la Directiva 2014/24/UE, que sólo alude a los contratos de obra y concursos de proyectos.
- En segundo lugar, la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, en la mención a que se hace estos contratos, a los que podrá exigirse el uso de la herramienta electrónica BIM, no precisa para nada o delimita su aplicación en función del valor estimado de los mismos. No obstante, entendemos que en la medida que la disposición adicional decimoquinta traspone la Directiva 2014/24/UE, por ello se aplicarán únicamente a los contratos sujetos a regulación armonizada, es decir, a los que se aplica la Directiva Comunitaria, regulados en los artículos 19 al 23 de la LCSP. En concreto, por lo que se refiere a los contratos de servicios, se aplicarán a aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a 135.000 €, cuando hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado y sus organismos; y 209.000 €, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entidades del sector público distintas a la Administración General del Estado y sus organismos.
- En tercer lugar, los términos literales que se utilizan en el apartado 6 de la disposición adicional decimoquinta, es muy similar o prácticamente idéntico al que vimos que se emplea en la Directiva 2014/24/UE en su artículo 24, en la Directiva se dice “los Estados miembros **podrán exigir** el uso de herramientas electrónicas específicas”. La disposición adicional decimoquinta en su apartado 6 dice “los órganos de contratación **podrán exigir** el uso de herramientas electrónicas específicas (...)”. por tanto, la expresión “podrán exigir” del texto de la LCSP es una trasposición literal de la propia Directiva 2014/24/UE. De ahí que la primera consideración esencial es que lo que establece el precepto normativo que analizamos es que abre la posibilidad de que los órganos de contratación exijan el uso de herramientas electrónicas específicas.



La Directiva Comunitaria no menciona ninguna en concreto y la LCSP después de aludir a herramientas de modelado digital de la información de la construcción, menciona el BIM entre paréntesis. Y añade -lo que es un mandato imperativo- "o herramientas similares". Después de emplear esa expresión, el mismo apartado 6 de la disposición adicional decimoquinta, añade que en esos casos "ofrecerán medios de acceso alternativos según lo dispuesto en el apartado 7 de la presente disposición adicional hasta el momento en que dichas herramientas estén generalmente disponibles para los operadores económicos".

- Por tanto, de la dicción literal del apartado 6 de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, se desprende que esa posibilidad de exigir la tecnología BIM o herramientas similares, es una posibilidad condicionada y supeditada por el propio precepto normativo a que se ofrezcan medios de acceso alternativos apropiados, entendiéndose que se cumple esta condición cuando los órganos de contratación se atienen a las prescripciones del apartado 7 de la misma disposición adicional decimoquinta y lo que dispone la disposición adicional decimosexta.
- Ha de observarse que de la interpretación gramatical y literal del apartado 6 de esta disposición adicional decimoquinta de la LCSP, después de referirse al BIM "o herramientas similares", la frase siguiente del mismo apartado 6, dice que "en esos casos" se ofrecerán medios de acceso alternativos. Es pues ya el propio legislador el que deja bien claro que la tecnología BIM o la herramienta BIM, no está generalmente disponible para los operadores económicos -aunque progresivamente se vaya utilizando- y precisamente por ello establece la obligación imperativa de ofrecer esos medios de acceso alternativos. Medios de acceso alternativos que en el apartado 7 de la misma disposición adicional decimoquinta reproduce lo que antes señalamos del artículo 22.5º de la Directiva 2014/24/UE. Y además, el apartado 8 de la misma disposición adicional decimoquinta, prescribe como norma general para los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, que deben cumplir las condiciones de la disposición adicional decimosexta. Esencialmente que no sean discriminatorios, disponibles de forma general, compatibles con los productos informáticos de uso general y que no restrinjan el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación (reproducción prácticamente literal del artículo 22.1 de la citada Directiva Comunitaria 2014/24/UE).

### **3.- Utilización de la tecnología BIM en las licitaciones de contratación pública. Resolución de 26 de enero de 2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**

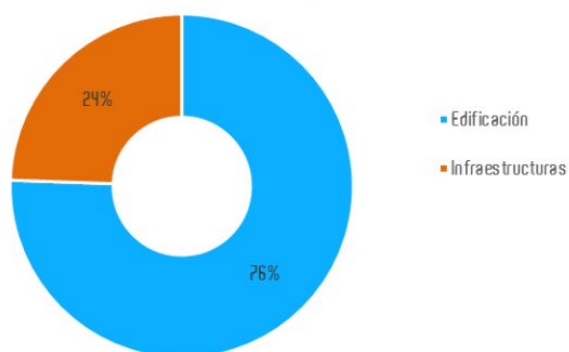
Con la vigencia de la LCSP y una vez que hemos examinado tanto la Directiva 2014/24/UE, como la regulación que de este tema del BIM se contiene en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, se plantea la cuestión práctica y el alcance jurídico de si los poderes adjudicadores y órganos de contratación pueden exigir el empleo de la herramienta BIM, particularmente refiriéndonos a licitaciones públicas sobre servicios de Arquitectura, en los que el objeto de la contratación se refiere a proyectos edificatorios y direcciones de obras.

Y si esta exigencia del empleo del BIM puede efectuarse cuando se incorpora en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, como un requisito de la solvencia técnica profesional; como en su caso un criterio de adjudicación o valoración de las ofertas o propuestas; y en último lugar, como una mejora valorable.

De hecho, ya se han producido licitaciones con empleo de la herramienta BIM. Así, el último informe de la Comisión BIM (que se contiene en el documento "Nuevo impulso de las Administraciones Públicas al uso de la metodología BIM"), señala que:

*"Entre los datos aparecidos en el observatorio, acotado en el periodo comprendido entre enero de 2016 y septiembre de 2017, nos encontramos con que hubo 42 licitaciones con requerimientos BIM (sólo 7 en 2016). Respecto al ámbito involucrado, el 76% pertenecía a la edificación y el 24% a las infraestructuras.*

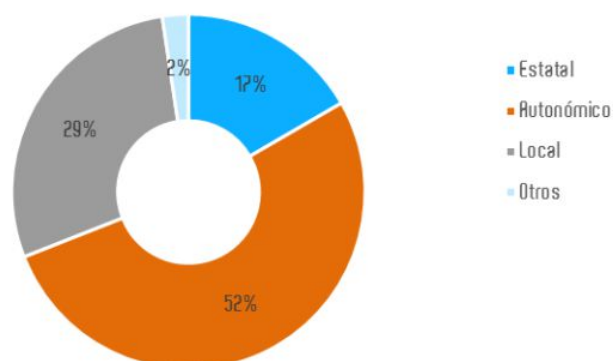
Distribución del nº de licitaciones según ámbito



Fuente: Observatorio de licitaciones BIM. Comisión es.BIM

*En cuanto a la distribución de licitaciones por tipo de Administración, las administraciones autonómicas, con un 52%, fueron las que lideraron la iniciativa dentro de las entidades adjudicatarias.*

### Distribución de las licitaciones por tipo de Administración



El documento "Observatorio de licitaciones BIM", cerrado a fecha septiembre de 2017, se considera obligatorio el uso del BIM si se estipula dentro de la solvencia técnica. Se considera valorable cuando se incluye dentro de los requisitos de la puntuación de la oferta presentada, que puede estar incluida dentro de la valoración subjetiva o mediante una fórmula de la oferta técnica presentada. Y se considera mejora cuando el uso del BIM se estipula como una prestación adicional o extraordinaria que pueden presentar los licitadores. En este informe, se precisa que el 24% de las licitaciones estipula el BIM como un requisito a tener en cuenta dentro de la solvencia técnica. El 43% se considera valorable dentro de los criterios de adjudicación y en el 14% se especifica como una mejora. Y destaca que en relación a la inclusión de usos BIM un 26% de las licitaciones incluye un uso BIM frente a un 74% que no hace referencia al mismo.

En este mismo documento, "Observatorio de licitaciones BIM", se establece un análisis cualitativo de la forma y modo en que se está requiriendo el uso BIM en las licitaciones analizadas, señalándose como conclusión que *"los organismos contratantes no cuentan con la suficiente madurez lo que conlleva la inclusión de requisitos muy genéricos en los pliegos de licitación y lo que se aprecia en algunos datos concluyentes:*

- ▶ *Más de un 70% de las licitaciones todavía no especifican que uso se va a dar a la introducción de BIM*
- ▶ *Más de un 80% no especifican el alcance*
- ▶ *El 93% no establece ningún tipo de estrategia de colaboración*
- ▶ *El 95% no indica ninguna estructuración de la información".*

Naturalmente, todos los datos y análisis que se contienen en dicho informe están referidos a licitaciones con anterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley de Contratos del Sector Público, Ley 7/2017 de 8 de noviembre.

Entrando ahora a analizar la procedencia o no de establecer requerimientos BIM en las licitaciones de contratos de servicios, referidos a proyectos y direcciones de obras de edificación, cabe reseñar que a salvo de la disposición adicional decimoquinta, apartado 6, el término "BIM" no aparece mencionado en el resto de preceptos de la LCSP. Ni tampoco hay mención alguna en los preceptos que hacen referencia a la solvencia técnica y profesional en los contratos de servicios (artículo 90); a los pliegos de cláusulas administrativas particulares (artículo 122); pliegos de prescripciones técnicas particulares (artículos 124 a 127); y criterios de adjudicación del contrato (artículos 145 a 148).

Analizaremos por separado si existe fundamento legal para la exigencia de la utilización de la herramienta electrónica BIM en cuanto a la solvencia técnica y profesional (i); criterios de adjudicación del contrato (ii); y mejoras (iii).

Por lo que se refiere a la exigencia del BIM como requisito de solvencia técnica y profesional, es decir, establecer para la acreditación de aquella algún requisito relativo a la exigencia de experiencia o formación en BIM, bien del licitador o licitadores o en su caso mediante adscripción en cuanto a la ejecución del contrato, a través de medios personales, conforme a la mencionada disposición adicional decimoquinta de LCSP, no resulta posible en el orden legal establecer tales exigencias en la solvencia técnica o profesional.

Esta consideración deriva de dos razones esenciales:

De una parte, porque con carácter general de la propia disposición adicional decimoquinta, se desprende que el BIM es una herramienta electrónica, que para el propio legislador no está hoy disponible de forma general para los operadores económicos o licitadores y por tanto, requiere medios de acceso alternativos en todo caso.

Y de otro lado, porque la regulación de la solvencia y en concreto, de la solvencia técnica o profesional, es una materia reglada en cuanto a los medios de acreditación de la misma y en concreto en el artículo 90 de la LCSP, sin que desde luego se contemple en modo alguno como medio posible para la acreditación de la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, la herramienta electrónica o tecnología BIM. Dicho precepto legal obliga al órgano de contratación a especificar los medios "de entre los recogidos en este artículo admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato". Y el apartado 1 del mismo artículo 90 enumera tales medios, sin que desde luego el uso de herramientas electrónicas y en concreto el BIM, figure entre tales medios tasados y determinados para la acreditación de la solvencia técnica y profesional.

Así pues, el empleo de la tecnología BIM o dispositivos o herramientas electrónicas en formato o modelado BIM, ni desde luego títulos o formaciones en BIM, pueden exigirse como requisito de la solvencia técnica y profesional, y en concreto en la contratación de servicios que tengan por objeto proyectos edificatorios y direcciones de obras.

En cuanto a la posibilidad de contener referencias al empleo de la tecnología BIM dentro de los criterios de adjudicación del contrato, en opinión de esta Asesoría Jurídica para que pueda introducirse entre los mismos como un criterio cualitativo en referencia a tecnología BIM o similares, de conformidad con lo dispuesta por cuanto si la disposición adicional decimoquinta sería inexcusable la necesidad de establecer medios de acceso alternativos. Solamente en el caso de que en la licitación se cumplan las prescripciones del apartado 7 de dicha disposición adicional decimoquinta, es decir, el acceso gratuito, completo y directo por medios electrónicos a dichas herramientas a partir del anuncio de la licitación y las demás condiciones establecidas, podría en tal supuesto el órgano de contratación incluir la utilización de la herramienta o tecnología BIM dentro de los criterios de adjudicación del contrato. Si no se cumple esa condición esencial y determinante, cualquier mención al BIM como criterio de adjudicación, sería nula e infringir el ordenamiento jurídico.

Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 145.5.b) de la LCSP, en relación con el artículo 1.1, los criterios de adjudicación deben respetar los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad. Si no se establecen esos medios de acceso alternativos, tales principios y en concreto los de igualdad y no discriminación, se vulneran abiertamente.

Por último, haremos referencia a si cabe en el orden legal fijar o introducir exigencias sobre la tecnología BIM, como una posible mejora, dentro de los criterios de adjudicación del contrato.

Al respecto, ha de reseñarse que las denominadas “mejoras” no dejan de ser un criterio de adjudicación, viniendo reguladas en la vigente LCSP, en el artículo 145.7. De esta condición que tienen las mejoras como criterio de adjudicación del contrato, se deriva o infiere que deben reunir los mismos requisitos que cualquier criterio de adjudicación, es decir, estar vinculadas al objeto del contrato; formularse de manera objetiva, garantizar que sean evaluadas en condiciones de competencia y desde luego, la introducción de mejoras en la adjudicación de los contratos, tiene que garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

Ha de añadirse que tienen que cumplir también las exigencias de concretarse adecuadamente los requisitos, los límites, las modalidades y

características de las mismas, como dispone el citado artículo 145.7 de la LCSP.

Si en una licitación que tenga por objeto la contratación de un proyecto edificatorio se establece en el pliego de prescripciones técnicas particulares el formato BIM para la formulación de la propuesta técnica, ha de entenderse que resulta discutible que ello pueda considerarse mejora como tal y desde luego en cualquier caso vulnera los principios reseñados de libre acceso a las licitaciones y no discriminación.

En efecto, encaja difícilmente en el concepto de mejora porque mejoras - como por ejemplo ha señalado la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, resolución 679/2017 de 27 de julio de 2017-, son "prestaciones adicionales a las propias del contrato licitado según los pliegos, que se pueden incluir en la única oferta a realizar para ser apreciadas como criterio de adjudicación de tipo residual, normalmente, y que tienen mero carácter accesorio o complementario de las prestaciones que integran el objeto del contrato licitado".

Establecer requerimientos en BIM, dada la entidad en cuanto a metodología del trabajo, como un modelo de información digital que abarca más allá de la fase de diseño, comprendiendo la ejecución del proyecto y extendiéndose a lo largo del ciclo de vida del edificio, por su complejidad técnica y por su impacto económico difícilmente puede considerarse una simple mejora de la prestación o un carácter accesorio complementario y además incide en el propio objeto del contrato.

En todo caso, y ello es lo relevante, la introducción de requerimientos BIM como mejora en una licitación, introduce un trato desigual entre los concursantes, cuando como ya hemos señalado, esta tecnología hoy todavía no está disponible de forma general para los operadores económicos, aspecto este que está objetivamente contrastado. Introduciría pues un factor de desigualdad y por tanto se infringirían las prescripciones tanto de la disposición adicional decimoquinta como del artículo 145.5 y artículo 1.1 de la LCSP.

Sin perjuicio de todo lo expuesto anteriormente, cabría plantearse si el empleo de la tecnología BIM en la redacción de proyectos arquitectónicos y de ingeniería, pueden constituir un objeto o prestación adicional del contrato y como tal, establecerse en la formalización del mismo, debiendo ser por tanto objeto de la correspondiente compensación y remuneración esta prestación adicional contractual.

Debemos concluir este informe refiriéndonos a que ya existe un pronunciamiento del **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), de 26 de enero de 2018 (Resolución 71/2018), recurso 1.261/2017C.A. Principado de Asturias 71/2018.**

En concreto, se trata de un supuesto de una licitación en la que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas, se establecían requerimientos y exigencias obligatorias en BIM. En concreto en cuanto a la solvencia y como documentación acreditativa de la adscripción de medios personales, se exigía que el licitador debería adscribir a la ejecución del contrato como mínimo un "técnico BIM (arquitecto/a, arquitecto/a técnico, ingeniero/a) con formación acreditada en BIM/Revit o experiencia acreditada documentalmente en modelado BIM". Y luego, en el pliego de prescripciones técnicas particulares, en cuanto al objeto del contrato, debería redactarse el proyecto técnico completo "en formato BIM Autodesk Revit (o compatible)". El proyecto básico tendría que venir "formato BIM LOD 250 al menos" y el proyecto de ejecución con el "formato BIM LOD 400 al menos".

El Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias impugnó dicha licitación y los referidos pliegos y aplicando ya la nueva Ley de Contratos del Sector Público y en concreto analizando la disposición adicional decimoquinta, en relación con el artículo 22.4 de la Directiva 2014/24/UE, en esta resolución el TACRC establece las siguientes consideraciones:

*"De modo que, acudiendo a los criterios de interpretación de las normas contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil, la voluntad del legislador determina que para los contratos públicos de obras, de concesión de obras, de servicios, concursos de proyectos, y mixtos, **cuando se establezcan herramientas de modelado digital de la información de la construcción, y entre ellas obsérvese que expresamente se cita la herramienta ahora controvertida (BIM) o similares, será necesario ofrecer medios de acceso alternativos según lo dispuesto en el apartado 7 ut supra transcrito**; exigencia que habrá de mantenerse hasta el momento en que dichas herramientas estén generalmente disponibles para los operadores económicos. Por lo que, el quid de la cuestión residiría en determinar el momento a partir del cual pueda considerarse que dichas herramientas están ya a disposición general de los operadores económicos.*

*Para el órgano de contratación, sería posible afirmar que tales herramientas están a día de hoy a disposición general de los operadores económicos, de hecho así se desprende de su informe cuando afirma que se trata de una metodología ampliamente implantada y accesible a los arquitectos y a sus colaboradores. Por el contrario, esta visión no es compartida por la recurrente, y de acuerdo con el tenor de la norma que ahora se analiza, tampoco lo es por el legislador, pues sólo en tal supuesto tendría sentido y aplicabilidad la previsión contenida en el apartado sexto de dicha disposición decimoquinta. Es decir, **si el legislador considerase que la metodología***

***BIM es, a día de hoy, una tecnología accesible con carácter general a los operadores económicos no habría regulado una norma específica en la que se prevé que cuando esta tecnología se exija será necesario ofrecer medios de acceso alternativos.***

*A mayor abundamiento, y a pesar de no haber sido invocado por la recurrente, cabe señalar que, tal y como resulta de la Resolución de este Tribunal 837/2015, el principio de neutralidad tecnológica puede decaer frente a la existencia de justificaciones objetivas que aconsejen optar por una tecnología determinada. Sin embargo, de acuerdo con la normativa expuesta, **el uso de metodología BIM exigiría** de conformidad con el artículo 22 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, y la interpretación que de él resulta a la luz de la disposición decimoquinta de la 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, **la obligación de ofrecer medios de acceso alternativos, lo que, tal y como denuncia la recurrente, no se ha realizado. Procediendo, por tanto, la estimación de este primer motivo**".*

Consecuentemente, se estimó por ese motivo el recurso especial interpuesto por el COA de Asturias, anulándose los pliegos en cuanto a la exigencia del uso de la metodología BIM.

Como conclusiones, cabe establecer las siguientes:

- a) De la regulación de la herramienta electrónica o metodología BIM, que se establece en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, se desprende que no puede en el momento actual introducirse obligatoriamente en las licitaciones públicas de contratos de servicios de Arquitectura y en concreto cuyo objeto sean proyectos edificatorios y/o direcciones de obras, toda vez que se requeriría ofrecer medios de acceso alternativos en los términos que se contemplan en el apartado 7 de la citada disposición adicional decimoquinta. Sin el cumplimiento de este requerimiento, no procede imponer la obligatoriedad del uso de la metodología BIM.
- b) No cabría su exigencia como requisito para la acreditación de la solvencia, como criterio de valoración o adjudicación de las ofertas, ni tampoco como mejora, al vulnerarse preceptos normativos imperativos que se han mencionado de la LCSP y desde luego, los principios que son esenciales en la contratación pública de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, recogidos con carácter general prescriptivo en el artículo 1.1 de la misma LCSP.



- c) Si se introdujesen en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas de licitaciones la exigencia obligatoria del uso de la metodología BIM o requerimientos de experiencia o titulaciones sobre BIM, sin ofrecer medios alternativos en los términos que prevé la LCSP, estas exigencias infringen el ordenamiento jurídico y vulneran la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, por lo que pueden ser objeto de impugnación a través del recurso especial previsto en la propia LCSP o a través de los demás recursos administrativos y jurisdiccionales que procedan. El TACRC ya se ha pronunciado al respecto en su resolución de 26 de enero de 2018, que se analiza en este informe.

### **X.- Consideraciones finales. Cuestiones de interpretación y aplicación de la Ley.**

Señalábamos al comienzo, que la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, es un texto normativo extenso y en muchas partes prolijo, con un desigual desarrollo, por cuanto hay partes del mismo que tienen un nivel de precisión y detalle más propio de un Reglamento, y sin embargo luego -en aspectos clave- aparecen conceptos jurídico indeterminados que requieren y van a requerir de las correspondientes interpretaciones y desarrollo reglamentario que la propia Ley ya contempla y de manera específica en la regulación de los concursos de proyectos.

Por ello, desde este momento y más especialmente desde la entrada en vigor de la Ley, su aplicación efectiva en la realidad práctica, va a requerir la puesta en acción de una serie de iniciativas y desde luego, además del conocimiento del texto normativo, una tarea general de asumir los nuevos cambios, que como ya ha quedado expuesto en varios aspectos son trascendentes y adquieren considerable dimensión.

Se trata por tanto de efectuar la adecuada interpretación y aplicación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

Desde esta perspectiva y para concluir, esbozamos a continuación algunas de las tareas y realizaciones que convendría efectuar:

- a) En primer término, resulta prioritario que los poderes adjudicadores -y especialmente las Administraciones Públicas-, realicen acciones de formación y divulgación de la Ley y de los cambios más relevantes. Y que en esta acción puedan participar entidades, sectores sociales y Colegios Profesionales. Nos consta que en varias áreas de la Administración Pública esta tarea ya ha comenzado y se está efectuando.

- b) En segundo lugar, también corresponde a las Administraciones Públicas la interpretación más auténtica del texto normativo y elaborar las estrategias y planes que permitan la puesta en práctica del desarrollo de la Ley, en especial en los aspectos innovadores que contiene. En esta línea, consideramos positiva la creación de la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública, en virtud del RD 6/2018 de 12 de enero; y el Real Decreto 94/2018 de 2 marzo, que creó la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública. Sería muy conveniente que con fundamento en lo que se dispone en dichos Decretos, los Colegios Profesionales y Consejos Generales y desde luego, en este sentido la organización colegial de la Arquitectura puede incorporarse y participar en dichas tareas, como entidad colaboradora con la Comisión. Si dicha Comisión Interministerial ha sido creada para desarrollar y poner en práctica en el ámbito de la contratación pública los criterios ecológicos, **podría plantearse también otra Comisión o Grupo de Trabajo con la misma filosofía y objetivos en cuanto a los criterios de calidad arquitectónica que van a ser ahora predominantes en la adjudicación de contratos de servicios de Arquitectura y Urbanismo.**
- c) La elaboración de **pliegos de cláusulas administrativas generales** por parte de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y entidades locales, parece oportuno que pueda plantearse conforme a la previsión del artículo 121 de la LCSP.
- d) Consideramos relevante la tarea que la LCSP atribuye a un nuevo órgano que se crea, como es la **Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación**, que va a tener unas funciones significativas de velar por la correcta aplicación de la legislación de contratación pública; verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia. Tiene la competencia de aprobar la estrategia nacional de contratación pública. Realizar encuestas. Remitir informes y la tarea importante de aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y aplicación de la Ley, elaborando recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación. Parece por tanto prioritario que se ponga en marcha este órgano colegiado, aprobando en su caso todas las disposiciones reglamentarias que sean precisas al efecto.
- e) Asimismo, constituye también tarea urgente la adaptación -con el desarrollo reglamentario correspondiente- de la **Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado**, que asume tareas trascendentes en este ámbito de la contratación pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 328 de la Ley.

- f) Deben desarrollarse todas las cuestiones relativas con la denominada **contratación electrónica**, desde la presentación en formato electrónico de las ofertas, hasta toda la publicación de las licitaciones, teniendo en cuenta que a partir de ahora, con la nueva Ley como prescribe el artículo 347, los perfiles de contratación de todos los órganos de contratación, deberán alojarse de manera obligatoria en la plataforma de contratación del sector público. Y establecerse y desarrollarse las disposiciones que permitan una coordinación con las normas contenidas en cuanto al procedimiento electrónico en las Leyes 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común y 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- g) Por último, hemos de hacer una referencia a los **Colegios Profesionales**. Consideramos que si ya han tenido un papel decisivo -y en concreto el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España- en el trámite parlamentario de la Ley, logrando la incorporación, a través de los contactos con los Grupos Parlamentarios, de significativas innovaciones y mejoras sustanciales en el texto normativo, de considerable significado, como ha quedado expuesto, su tarea no debe concluir ahí.
- h) La propia **Ley de Contratos del Sector Público, atribuye a los Colegios Profesionales funciones significativas**. Citaremos dos de ellas. En el artículo 115 de la LCSP, que regula las **consultas preliminares** del mercado, menciona expresamente a los Colegios Profesionales en tareas de asesoramiento a los órganos de contratación, con el fin de preparar correctamente las licitaciones, planificar los procedimientos de licitación, lo que se traducirá en que los pliegos de condiciones de las licitaciones puedan tener en cuenta los resultados de las consultas. Otra función que pueden desarrollar los Colegios Profesionales se contempla en el artículo 157.5 de la LCSP, que posibilita que el órgano competente para la valoración de las proposiciones, antes de formular la propuesta, solicite **informes a organizaciones representativas de la actividad al que corresponda el objeto del contrato**, para verificar entre otros aspectos, por ejemplo, las consideraciones ambientales y que se cumplen por parte de las ofertas, las especificaciones técnicas del pliego. También -como antes se ha apuntado-, las organizaciones profesionales deben participar en las Comisiones y grupos de trabajo que sobre esta materia se puedan crear y constituyan por las Administraciones Públicas. Y no podemos por menos que reseñar para concluir, la **nueva regulación del recurso especial** que se contiene en los artículos 44 a 60 de la Ley, destacando la nueva regulación de la legitimación en el artículo 48, que ha ampliado significativamente la legitimación de las personas jurídicas para poder interponer el recurso cuando sus derechos o intereses legítimos,

individuales o colectivos, se vean perjudicados o afectados y habiéndose ampliado también significativamente el objeto de este recurso especial.

Madrid, 25 de abril de 2018

Asesoría Jurídica CSCAE