9.18. Contratación de poderes adjudicadores no administración pública conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

Consulta del ICO sobre cuestiones relativas a la aplicación de la LCSP a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas: Contratos menores, procedimientos de adjudicación, instrucciones internas de contratación, régimen de recursos, criterios de desempate, autorizaciones para contratar, contratación de bases de datos y suscripción a publicaciones, duración y prórroga, mesas de contratación[1].

ANTECEDENTES

1.º) El Instituto de Crédito Oficial (en adelante, ICO), formuló consulta a la Abogada del Estado coordinadora del Convenio de asistencia jurídica suscrito entre dicha entidad y el Ministerio de Justicia (Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado), sobre diversas cuestiones relacionadas con la futura aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En concreto, el escrito de consulta del ICO se expresa en los siguientes términos:

«El ICO tiene la consideración de ser poder adjudicador no Administración Pública y, por tanto, se rige por el título I del Libro Tercero de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ("Ley"). Se suscitan las siguientes dudas en relación con la futura aplicación al ICO de la referida Ley (...):

1.ª El Libro Tercero de la Ley es el que establece el régimen de los contratos de los poderes adjudicadores no Administración (PANAPs), y en el artículo 318 a) establece que los contratos de valor estimado (inferior) a 40.000 euros en obras y 15.000 euros en suministros o servicios podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario, esto suscita la duda de si dichos contratos tienen la consideración de ser contratos menores y si, por lo tanto, aplican las limitaciones que al efecto establece el artículo 118 de la Ley.

2.ª En el artículo 318.b) se establece lo siguiente:

"Los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.225.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 209.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos

[1] Informe emitido el 17 de enero de 2018 por D.ª Raquel Ramos Vallés, Abogada del Estado Adjunta, Subdirección General Servicios Consultivos.

en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168".

(...)

¿Quiere esto decir que no hay que cumplir los requisitos que la Ley establece para la utilización de cada uno de los procedimientos y queda al criterio del poder adjudicador el procedimiento a utilizar? ¿Esto también sería aplicable para utilizar el procedimiento establecido en el apartado 6 del artículo 159, pudiéndose utilizar también, en cualquier importe y para aquellos contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual?

3.ª El hecho de que las Instrucciones Internas no se regulen en la Ley para los PANAPs entendemos que no impide que podamos dictar unas instrucciones o documentos con carácter interno que regulen la contratación. Ahora bien, la referencia a la necesidad de adaptarlas en un plazo de cuatro meses que contiene la DT quinta suscita dudas sobre su eliminación. ¿Es posible que durante los cuatro meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley podamos seguir con las Instrucciones?

4.ª El artículo 44.6 relativo al recurso especial en materia de contratación establece lo siguiente:

"Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria."

Por tanto, al ICO le sería de aplicación el segundo párrafo y se aplicaría a los actos de los contratos que no sean objeto de recurso especial, ahora bien, de acuerdo con el artículo 114 de la Ley 39/2015, ponen fin a la vía administrativa en los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa, por lo que no cabría el recurso de alzada ante el Ministro o, en este caso entiendo que el Secretario de Estado. No obstante, al haberlo establecido la Ley de contratos, sería admisible el recurso de alzada.

En consecuencia, ¿cualquier acto de cualquier contrato, sin tener en cuenta el importe, que no sea objeto de recurso especial en materia de contratación, sería objeto de recurso de alzada ante el Secretario de Estado?

5.ª El artículo 147 establece unos criterios de desempate sin tener en cuenta si en el procedimiento se utiliza un solo criterio (antigua subasta) o varios, por tanto,

¿Ha quedado derogado el artículo 87.2 del Reglamento que establecía que en caso de subasta el criterio de desempate es el sorteo?

6.ª De acuerdo con el artículo 324.5 y la disposición transitoria 2.ª, que establecen que los contratos cuyo valor estimado sea superior a 900.000 euros, deberán contar con la autorización del Secretario de Estado, entendemos, por tanto, que quedamos sometidos a dicho trámite.

7.ª En el artículo 29 se establece el plazo de duración de los contratos de suministros o servicios de prestación sucesiva en un máximo de cinco años incluyendo las prórrogas, sin establecer ningún tipo de limitación en cuanto a la duración de las prórrogas, entendemos por tanto, que es totalmente posible hacer un contrato de un año de duración y cuatro prórrogas de un año cada una.

8.ª La disposición adicional 9.ª establece que la contratación de acceso a bases de datos y suscripciones a publicaciones podrá efectuarse, cualquiera que sea su cuantía, siempre que no sea SARA, por las normas establecidas para los contratos menores, dado que el único requisito establecido ahora para los contratos SARA es el umbral, se entiende que si se trata de contratos que igualen o superen los 209.000 euros (es decir, SARA), su preparación y adjudicación se regirá por la Ley, no obstante, ¿se podría acudir al procedimiento negociado sin publicidad con base en el artículo 168.a.2.º?

9.ª El artículo 326 regula la mesa de contratación, e indica que los órganos de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una mesa de contratación, por tanto, no es de aplicación a los PANAPs. ¿Puede haber mesa de contratación en los PANAPs?»

2.º) La Abogada del Estado coordinadora del Convenio de asistencia jurídica suscrito con el ICO eleva consulta a este Centro Directivo sobre las referidas cuestiones, adjuntando la correspondiente propuesta de informe en el que recoge las respuestas jurídicas que, a su juicio, proceden en Derecho.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Este Centro Directivo confirma, con ciertas matizaciones puntuales, el criterio de la Abogada del Estado coordinadora del Convenio de asistencia jurídica suscrito con el ICO.

En aras de la claridad, y dado el interés doctrinal que pueden revestir algunas de las cuestiones planteadas por el ICO, se expondrá a continuación, directamente, el criterio de este Centro Directivo respecto de cada una de las cuestiones objeto de consulta:

1.º) Calificación o no como contratos menores, y sujeción o no a los requisitos del artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), de los contratos a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP (contratos de obras, concesión de obra y concesión de servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros, y contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros).

Los artículos 317 y 318 de la LCSP, incluidos en el Título I del Libro Tercero de dicho texto legal, relativo a los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública (caracterización que el ICO se reconoce en su escrito de consulta), disponen lo siguiente:

«Artículo 317. Preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada.

La preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada que concierten los poderes adjudicadores a que se refiere el presente Título se regirán por las normas establecidas en las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II de esta Ley.

Artículo 318. Adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada.

En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones:

a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

b) Los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.225.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 209.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168.»

Los preceptos transcritos tienen por objeto regular el régimen de contratación aplicable a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, en sustitución de la regulación contenida en los artículos 190 y 191 del todavía vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Las principales novedades que incorporan los artículos 317 y 318 de la LCSP respecto de la contratación de los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública —además de la supresión de las Instrucciones internas de contratación del artículo 191 del TRLCSP, a la que luego se aludirá—, consisten en la diferenciación de tres tipos de supuestos en función del importe de los contratos que celebren este tipo de entidades:

— Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros (en el caso de obra, concesión de obra y concesión de servicios) o a 15.000 euros (en el caso de servicios o suministros), «se podrán adjudicar directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto de contrato».

— Los contratos cuyo valor estimado supere los aludidos importes de 40.000 o 15.000 euros, respectivamente, pero no alcancen los umbrales previstos para los contratos sujetos a regulación armonizada (5.225.000 euros, en el caso de contratos de obras, concesión de obras y concesión de servicios, y 209.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros del ICO), se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Ley (Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP), salvo el procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168. A este supuesto se aludirá también posteriormente.

— Los contratos armonizados de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública se han de sujetar en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación, a las normas de las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del

Título I del Libro Segundo de la LCSP. Por tanto, a efectos de determinar el régimen de contratación de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, la LCSP atiende al valor estimado de los contratos que celebren este tipo de entidades y, en particular, a la circunstancia de que, por su importe, se trate de contratos sujetos a regulación armonizada (art. 317), de contratos de cuantía coincidente con la de los contratos menores (art. 318.a), o de contratos cuyo valor estimado se encuentre comprendido entre ambos importes —esto es, inferiores a los umbrales que delimitan los contratos sujetos a regulación armonizada pero superiores a los que definen los contratos menores— (art. 318.b).

En definitiva, para configurar el régimen de contratación de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública el legislador ha establecido tres tramos de contratos atendiendo a dos importes determinantes en el diseño general de la contratación del sector público: los que definen, con arreglo al Derecho comunitario, los contratos sujetos a regulación armonizada, y los que determinan, a nivel interno, los contratos menores. El artículo 318.a) no emplea, *nominatim*, el término «contratos menores», y tampoco contiene una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los que contienen la regulación general de dichos contratos menores. Sin embargo, se aprecia fundamento jurídico para concluir que la concreta mención del artículo 318.a) a los contratos de valor estimado inferior a 40.000, en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, y a 15.000 euros, en caso de contratos de servicios y de suministros (importes plenamente coincidentes con los previstos para los contratos menores en el artículo 118.1 de la LCSP), unida a la previsión de que los mismos «podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato» (expresión idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores), no es una mera casualidad o coincidencia, sino una decisión deliberada del legislador, que está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores. Dado que, conforme a lo indicado, debe concluirse que los contratos a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP son conceptualmente coincidentes con los contratos menores, no se advierte razón legal que excluya la aplicación a estos contratos del artículo 318.a) de los requisitos que, con carácter general, establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP, con arreglo al cual:

«1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.»El artículo 118 de la LCSP contiene, en aras de la seguridad jurídica, las reglas aplicables a la tramitación del expediente de contratación en los contratos menores, e incorpora ciertas cautelas tendentes a evitar su uso abusivo y fraudulento, previsiones, todas ellas, que parece lógico considerar aplicables a los contratos menores que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, habida cuenta de que el objetivo de la Ley es, como declara su Preámbulo, «diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro», «persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad».

Por lo expuesto, procede concluir en este primer punto que los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros, y los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros, a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP, coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto. 2.º Posibilidad de que, con base en el artículo 318.b) de la LCSP, los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública apliquen, a su libre elección, cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP, sin tener que cumplir los requisitos que la Ley establece para la utilización de cada uno de ellos (salvo en el caso del procedimiento negociado sin publicidad). En concreto, determinación de si ello es posible respecto del procedimiento establecido en el apartado 6 del artículo 159, con independencia del importe de los contratos y de la circunstancia de que éstos tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual.

Como ya se ha indicado, el artículo 318.b) de la LCSP establece lo siguiente:

«Los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.225.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 209.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168».

Resulta esclarecedor en este punto el Preámbulo de la LCSP, en el que se afirma lo siguiente:

«En el Libro III se recoge la regulación de los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, en donde la principal novedad es la supresión de las instrucciones de contratación, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, estableciéndose claramente la regulación que les resulte aplicable. En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los

mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que sólo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones. Por otra parte, cabe destacar la introducción de la necesaria autorización, previo dictamen del Consejo de Estado, de la Administración de tutela o adscripción para modificaciones superiores al 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, en el caso de contratos de importe superior a seis millones de euros».

A juicio de este Centro Directivo, del artículo 318.b) y del fragmento del Preámbulo de la LCSP que se ha transcrito resulta con claridad que lo que se reconoce a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, para los contratos que celebren con un valor estimado superior al de los contratos menores e inferior al de los contratos sujetos a regulación armonizada, es la opción de elegir entre «los mismos» procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones Públicas (a excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que sólo será aplicable en los supuestos previstos en el artículo 168 de la LCSP). Ello implica una remisión *in totum* a la regulación aplicable a cada uno de dichos procedimientos, algunos de los cuales (procedimiento abierto, restringido, diálogo competitivo, asociación para la innovación), serán, en principio, intercambiables o susceptibles de aplicación indistinta a elección del órgano de contratación, mientras que otros (el procedimiento negociado, el procedimiento abierto simplificado del artículo 159, y el procedimiento abierto más simplificado del apartado 6 del citado artículo 159), habrán de entenderse aplicables siempre y cuando lo permita el valor estimado del contrato en cuestión (que ha de ser igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y a 100.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicio, en el procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1, e inferior a 80.000 euros, en el caso de obras, y a 35.000 euros, en suministros y servicios, para el procedimiento abierto más simplificado del artículo 159.6 de la LCSP), así como su caracterización y objeto.

De los artículos 317 y 318 de la LCSP se desprende la voluntad del legislador de aproximar al máximo la contratación de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas al régimen de contratación propio de éstas, lo que se manifiesta en:

1. La aplicación en bloque de las normas de la LCSP (secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II) a la adjudicación de sus contratos armonizados, con desaparición de las excepciones y matizaciones que recoge el artículo 190 del todavía vigente TRLCSP;

2. La supresión de las Instrucciones Internas de contratación para los contratos de estas entidades de valor estimado inferior a los umbrales que definen los contratos sujetos a regulación armonizada, «estableciéndose claramente la regulación que les resulta aplicable» en el artículo 318.b de la LCSP, lo que se concreta en que «deben adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que sólo podrá hacerse uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones».

3. La admisión expresa de la posibilidad de adjudicar los contratos de obras, concesiones de obras y servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros y los de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros, como contratos menores. No parece que sea el designio del legislador que contratos de los poderes

adjudicadores de un valor estimado muy próximo al de los contratos sujetos a regulación armonizada terminen, a la postre, adjudicándose por un procedimiento (el del artículo 159.6 de la LCSP) legalmente concebido para ser tramitado con extrema agilidad por razón, precisamente, del reducido valor estimado de los contratos que pueden acogerse a él, ni que se termine generalizando la aplicación de reglas especiales (eximir a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, no exigencia de garantía definitiva...), que sólo se han previsto y admitido el legislador en atención a la escasa cuantía del contrato. 3.º Posibilidad de que, tras la entrada en vigor de la LCSP, los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública aprueben instrucciones o documentos con carácter interno que regulen su contratación, y posibilidad, a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria quinta de la LCSP, de que durante los cuatro meses siguientes a la entrada en vigor de la LCSP dichos poderes adjudicadores conserven sus Instrucciones Internas de contratación.

Como ya se ha indicado, es clara la voluntad del legislador de suprimir, con la LCSP, las Instrucciones Internas de contratación previstas en el artículo 191.b) del TRLCSP para la contratación no armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, tal y como se desprende del artículo 318.b de la LCSP y como, con toda rotundidad, declara el Preámbulo de dicha Ley («En el Libro III se recoge la regulación de los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, en donde la principal novedad es la supresión de las instrucciones de contratación...». «En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones...»).

Resulta, pues, clara la voluntad del legislador de poner fin, en aras de la claridad y la seguridad jurídica, a la diversidad de regímenes de contratación aplicables a los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública, procedimientos que, bajo la vigencia del TRLCSP, han llegado a ser tantos y tan diversos como cuantos se regulan en las Instrucciones Internas que han ido aprobando este tipo de entidades. Siendo claro el mandato del legislador, también ha de ser clara la consecuencia: desde la entrada en vigor de la LCSP los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública han de adjudicar sus contratos no armonizados conforme al artículo 318.b) de dicho texto legal, quedando suprimidas desde ese momento las Instrucciones internas de contratación del artículo 191.b) del TRLCSP.

La posibilidad de que, pese a no estar previstas ni contempladas en la nueva LCSP, los poderes adjudicadores aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable sólo puede admitirse a efectos meramente internos, explicativos y, especialmente, organizativos, sin que tales instrucciones o documentos internos puedan sustituir el régimen jurídico que declara aplicable el artículo 318.b) de la LCSP ni evitar la sujeción de estas entidades a los procedimientos que elijan aplicar de los regulados en las Sección 2.ª del capítulo I del Título I del Libro Segundo de la nueva Ley. En caso de aprobarse instrucciones (lo que, se insiste, ya no contempla ni regula la LCSP), las propias instrucciones deberían declarar expresamente su eficacia meramente interna, reproducir el mandato del artículo 318.b), y explicitar que su aprobación no desplaza la aplicación obligatoria de los correspondientes preceptos legales; por lo demás, tales instrucciones o documentos

internos, de eficacia, se insiste, meramente interna, no serían oponible frente a los terceros licitadores, ni deben ser objeto de publicación en el perfil del contratante, ni requieren tampoco el informe de la Abogacía del Estado, informe que, en caso de llegar a solicitarse y emitirse al amparo de los convenios de asistencia jurídica suscritos, debería aclarar esta eficacia meramente interna y organizativa.

La disposición transitoria quinta de la LCSP, con una redacción ciertamente desafortunada y descoordinada con el articulado de la Ley, establece que «Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos». La alusión en dicha disposición transitoria a «los entes a los que se refiere el Título Tercero» resulta ciertamente equívoca, pues no aclara a qué Libro de la LCSP se entiende referido ese Título Tercero. Sólo los Libros Primero y Cuarto de la LCSP cuentan con sendos Títulos terceros, aunque ninguno de los mismos resultaría aplicable al caso, si se atiende a su contenido (el Título III del Libro Primero se refiere al «Objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión», y el Título III del Libro Cuarto regula la «Gestión de la publicidad contractual por medios electrónicos, informáticos y telemáticos»). Por su contenido (relativo a las instrucciones internas de contratación), y de acuerdo a un criterio sistemático (dada la cita de los artículos 318 y 321 de la Ley), dicha disposición transitoria parece querer aludir, pese a su literalidad, al «Libro» Tercero de la LCSP. Pero, para ser coherente con la regulación del artículo 318, no debería referirse a los entes regulados en dicho «Título» (Libro), sino tan sólo a los poderes no adjudicadores (Título II del Libro Tercero), que son los únicos que mantienen las instrucciones internas de contratación (art. 321.1), y los únicos a los que, en consecuencia, puede resultar aplicable el mandato de adaptación de las instrucciones internas recogido en esa norma de derecho transitorio.

Sea como fuere, una norma de derecho transitorio como la que se examina no define el derecho sustantivo aplicable, sino que regula los efectos temporales del propio derecho sustantivo. Toda norma transitoria parte necesariamente de una norma sustantiva cuyo régimen intertemporal pretende disciplinar. De ahí que la disposición transitoria quinta de la LCSP (que regula el plazo de adaptación de las instrucciones de contratación a las previsiones de la nueva Ley) no pueda desvirtuar ni prevalecer sobre el mandato sustantivo de dicho texto legal, plasmado en los artículos 318 y 321 de la LCSP, y reforzado con los pronunciamientos categóricos del Preámbulo, con arreglo a los cuales las Instrucciones Internas de contratación desaparecen respecto de los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores y sólo subsisten respecto de los poderes no adjudicadores que, en consecuencia, son los únicos que deben adaptar el contenido de sus instrucciones a la nueva Ley en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de su entrada en vigor, quedando sin efecto las Instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública desde la entrada en vigor de la LCSP.

4.º Régimen de recurso aplicable a los actos impugnables de los contratos de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, que no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación (interpretación del párrafo segundo del artículo 44.6 de la LCSP).

El artículo 44.6 de la LCSP, bajo la rúbrica «Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles», establece lo siguiente:

«Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria».

El precepto parcialmente transcrito regula el régimen de impugnación de los actos dictados en los procedimientos de adjudicación que no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación, configurando, respecto de los emanados de poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, un recurso de alzada impropio ante el titular del departamento, ente u organismo de adscripción o tutela. Dada la diversa tipología de entes que pueden reunir la condición de poderes adjudicadores no Administraciones Públicas (sociedades estatales, fundaciones, entidades públicas empresariales...), el legislador ha querido residenciar la impugnación de aquellos actos que no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación en la Administración de adscripción o tutela, acudiendo para ello a la figura del recurso de alzada impropio.

Cabe añadir que son varios los preceptos de la nueva LCSP que residencian el control de los actos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública en la Administración de adscripción o tutela. Puede citarse, a estos efectos, el artículo 41.3 (que atribuye al titular del departamento u organismo de adscripción o tutela la competencia para declarar la nulidad o lesividad de actos preparatorios y de adjudicación de contratos de entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública); el artículo 72.4 (que atribuye la competencia para declarar la prohibición de contratar en los casos en los que la entidad contratante no tengan el carácter de Administración Pública, al titular del departamento, presidente o director del organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela o control), o el artículo 319.1, párrafo segundo, de la LCSP (que somete a autorización del Ministerio de adscripción o tutela las modificaciones de contratos de poderes adjudicadores de importe igual o superior a 6.000.000 euros, cuando la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, sea superior al 20 por ciento del precio inicial del contrato). Existen también preceptos similares respecto de los poderes no adjudicadores: así, el artículo 312.4 de la LCSP permite al Ministerio de adscripción o tutela controlar, en los términos que se determinen reglamentariamente, la aplicación de los apartados 1 a 3 del artículo 321 por los poderes no adjudicadores, y el artículo 321.5 residencia los recursos contra actuaciones de preparación y adjudicación de contratos de poderes no adjudicadores en el titular del departamento, ente u organismo de adscripción o tutela. Pues bien, el régimen de impugnación regulado en el artículo 44.6, párrafo segundo de la LCSP prevalece, en tanto norma del mismo rango legal, pero posterior en el tiempo y especial, por razón de la materia, sobre lo dispuesto con carácter general en el artículo 114.2.d) de la Ley 39/2015 que, además, admite

expresamente excepciones por norma con rango legal, como es el caso («...en el ámbito estatal ponen fin a la vía administrativa los actos y resoluciones siguientes: d) En los Organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa»).

5.º Aplicación de los criterios de desempate del artículo 147 de la LCSP en todos los casos, y vigencia o derogación del artículo 87.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece la regla del sorteo como criterio de desempate en las subastas.

Hasta la promulgación de la LCSP, la determinación de las reglas aplicables para resolver situaciones de empate en las ofertas de los licitadores sólo estaba regulada respecto de la subasta (procedimientos de adjudicación con un único criterio de adjudicación, el precio), al disponer el artículo 87.2, *in fine*, del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), que «en las subastas, si se presentasen dos o más proposiciones iguales que resultasen ser las de precio más bajo, se decidirá la adjudicación mediante sorteo».

El artículo 147 de la LCSP responde a la necesidad de suplir la laguna legal existente respecto de los empates que puedan producirse en los procedimientos de contratación con varios criterios de adjudicación, y a la conveniencia de establecer una regulación general, actualizada y acorde con los criterios sociales de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

El artículo 147 de la LCSP permite a los órganos de contratación, en su apartado 1, establecer en sus pliegos criterios específicos de desempate —vinculados al objeto del contrato y referidos a alguno de los aspectos sociales que en dicho apartado se enumeran—, para los supuestos en los que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas. Y, en defecto de previsión expresa en los pliegos, el apartado 2 establece una serie de criterios sociales que habrán de aplicarse por su orden para resolver el desempate, mencionando la regla del sorteo, en último término, cuando la aplicación de los anteriores criterios no hubiera permitido el desempate.

El artículo 147 no distingue ni refiere su aplicación a supuestos concretos, por lo que se ha de entender aplicable a todo tipo de procedimientos de contratación, ya se trate de contratos que se adjudiquen con base en un solo criterio (antigua subasta), ya se trate de contratos sujetos a varios criterios de adjudicación (antiguo concurso). Resulta significativo, a estos efectos, que sistemáticamente el artículo 147 se ubique inmediatamente después del artículo 146, relativo a la «Aplicación de los criterios de adjudicación», y comprensivo tanto de los supuestos en los que sólo se utilice un criterio de adjudicación (apartado 1), como una pluralidad de criterios (apartado 2), y también que dicho artículo 147 se incluya en la Subsección 1.ª («Normas generales») de la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo.

En definitiva, por aplicación del principio de jerarquía normativa ha de entenderse que el artículo 147 de la LCSP prevalece sobre la norma reglamentaria preexistente (el artículo 87.2 del RGLCAP), y que el nuevo precepto legal recoge los criterios generales de desempate aplicables a todos los procedimientos de contratación de las Administraciones

Públicas (y, por mor de los dispuesto en los artículos 317 y 318.b) de la LCSP, también a los contratos armonizados y no armonizados de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública). 6.º Sujeción del ICO y, en general, de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, a la autorización prevista en el artículo 324.5 y en la disposición transitoria 2.ª, para la celebración de contratos cuyo valor estimado sea superior a 900.000 euros.

El artículo 324 de la LCSP regula las autorizaciones para contratar en el sector público estatal. Y su apartado 5 dispone lo siguiente:

«5. Los Secretarios de Estado, o en su defecto, los titulares de los departamentos ministeriales a que se hallen adscritas las entidades que tengan la consideración de poder adjudicador en virtud de lo establecido en el apartado 3 del artículo 3 de la presente Ley podrán fijar el importe del valor estimado a partir del cual será necesaria su autorización para la celebración de los contratos.

A tal efecto, dichas entidades podrán elevar a la Secretaría de Estado a la que se hallen adscritas, o en su defecto, al titular del departamento ministerial de adscripción, la correspondiente propuesta».

Por su parte, la disposición transitoria segunda de la LCSP, bajo la rúbrica «Determinación de cuantías por los departamentos ministeriales respecto de las entidades que tengan la consideración de poder adjudicador y que estén adscritos a los primeros», establece lo siguiente:

«Hasta el momento en que los Secretarios de Estado, o en su defecto, los titulares de los departamentos ministeriales fijen la cuantía para la autorización establecida en el apartado 5 del artículo 324 será de aplicación la cantidad, calculada de conformidad con el artículo 101, de 900.000 euros.»

La autorización del artículo 342.5 de la LCSP, y su concreción transitoria, recogida en la disposición transitoria segunda, resultan aplicables, desde la hecha de entrada en vigor de la LCSP, a todos los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública. 7.º Admisión o no, conforme al artículo 29 de la LCSP, de un contrato de servicios o de suministros de un año de duración y cuatro prórrogas de un año cada una.

El artículo 29.4 de la LCSP establece lo siguiente:

«4. Los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante.

Excepcionalmente, en los contratos de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del servicio será objeto de desarrollo reglamentario.

El contrato de servicios de mantenimiento que se concierte conjuntamente con el de la compra del bien a mantener, cuando dicho mantenimiento solo pueda ser prestado por razones de exclusividad por la empresa que suministró dicho bien, podrá tener como plazo de duración el de la vida útil del producto adquirido.

Asimismo podrá establecerse en los contratos de servicios relativos a los servicios a las personas un plazo de duración mayor cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente.

No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario».

La redacción del apartado 1 del artículo 29 acota el plazo máximo de duración de los contratos de suministro y de servicios, incluyendo sus prórrogas, en un periodo global de 5 años, sin requisitos expresos en cuanto a la duración de cada una de las posibles prórrogas (frente a la regulación del contrato de servicios en el artículo 302.1 del todavía vigente TRLCSP, que establece una duración máxima de cuatro años, con posibilidad de prórroga por mutuo acuerdo siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, «y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente»).

Por lo tanto, bajo la vigencia de la nueva LCSP se podrán celebrar contratos de servicios y suministros de un año de duración y cuatro prórrogas de un año cada una de ellas, siempre respetando las condiciones y límites establecidos en las normas presupuestarias aplicables a la entidad contratante. 8.º Posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad conforme al artículo 168.a).2.º, para la contratación de acceso a bases de datos y suscripciones a publicaciones cuando el valor estimado del contrato supere los 209.000 euros.

La disposición adicional novena de la LCSP, siguiendo en este punto lo establecido en la disposición adicional novena del TRLCSP, contiene normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción de publicaciones. En concreto, permite aplicar, cuando el valor estimado del contrato no supere los umbrales de los contratos sujetos a regulación armonizada, las normas previstas para los contratos menores, y con sujeción a las condiciones generales que aplique el proveedor:

«1. La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del

precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

2. Cuando los contratos a que se refiere el apartado anterior se celebren por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, las entidades del sector público contratantes tendrán la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.»

En este tipo de contratos, cuando, por superarse el umbral establecido para los contratos sujetos a regulación armonizada, no proceda la aplicación de la disposición adicional novena de la LCSP ni, consecuentemente, la contratación del acceso a bases de datos o la suscripción de publicaciones por las normas establecidas para los contratos menores, sólo podrá acudirse al procedimiento negociado del artículo 168.a).2.º, cuando objetivamente concurran los presupuestos a los que se supedita la aplicación de dicho precepto, que permite aplicar el procedimiento negociado sin previa publicación de un anuncio de licitación «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». Y añade, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 32.2.b) de la Directiva 2014/24/UE que «La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán 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». En definitiva, deberá acreditarse debidamente en el expediente, caso por caso, que no existe una alternativa o sustituto razonable en el mercado, cuestión técnica sobre la que no corresponde pronunciarse a este Centro Directivo, que sólo puede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, los supuestos que permiten acudir al procedimiento negociado sin publicidad son un *numerus clausus* y han de ser objeto de una interpretación estricta. Como señala el Considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE, «en razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales», y «cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, éstas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular». 9.º Admisión, a la vista de lo dispuesto en el artículo 326 de la LCSP, de mesas de contratación en los procedimientos de adjudicación de contratos de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas.

Aunque el artículo 326 de la LCSP refiere la regulación de la mesa de contratación a «las Administraciones Públicas», y aunque el Libro Tercero de la Ley, relativo a los contratos de otros entes del sector público, no contiene previsiones expresas al respecto, se ha de entender que la intervención de la mesa de contratación es preceptiva en los procedimientos de contratación de las Administraciones Públicas que se indican en el citado artículo 326, y facultativa en otro caso, por lo que nada obsta a que los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública (como también los poderes no adjudicadores) decidan constituir mesas de contratación, como órganos de asistencia técnica especializada, en sus procedimientos de contratación. Dicha posibilidad ya se admitió expresamente por este Centro Directivo en la

Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles estatales y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado que, examinando la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y tras poner de manifiesto que la exigencia de mesa de contratación en los procedimientos abiertos, restringidos y negociados con publicidad sólo resultaban aplicable respecto de las Administraciones Públicas, indicaba que «ello no obstante una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, que el artículo 1 de la LCSP exige salvaguardar en toda la contratación del sector público, aconseja el establecimiento, en los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado, de un órgano de valoración que, con una composición preestablecida, se encargue de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, siendo posible, e incluso aconsejable, que su composición se inspire, en la medida de lo posible y con las adaptaciones que resulten necesarias, en los dispuesto en el artículo 295.3 de la Ley para las Administraciones Públicas.