

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS

EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
A SEGUIR POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO
ANDALUZ (dPA) Y LA OFICINA ANDALUZA
CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN (OAAF)





Índice

1. Introducción: presentación y justificación de la Guía	5
2. Aspectos preliminares: bases sobre las que asentar la actividad contractual de organizaciones públicas	7
2.1. La necesaria planificación en materia de contratación: el plan anual.	7
2.2. El principio de integridad en los procedimientos de licitación.	9
2.3. La elaboración de pliegos tipo como instrumento de agilización y simplificación de los procedimientos de contratación	10
2.4. La publicidad de la actividad contractual de las instituciones implicadas.	10
2.5. La conveniencia de la organización interna para la tramitación de los procedimientos	11
2.6. La necesaria profesionalización y formación continua de los implicados en los órganos de contratación	11
3. Las fases del contrato: aspectos críticos y pautas a seguir.	12
3.1. Preparación	12
3.1.1. Las consultas preliminares de mercado.	13
3.1.2. La proporcionalidad de los criterios de solvencia	14
3.1.3. La elección del procedimiento de adjudicación.	14
3.1.4. La división en lotes del contrato	16
3.1.5. La delimitación del valor estimado, presupuesto y precio del contrato	17
3.1.6. La definición de los criterios de adjudicación	18
3.1.7. La incorporación de cláusulas sociales y medioambientales	19
3.1.8. La minimización de riesgos de cesión ilegal de trabajadores en los contratos de servicios.	21
3.1.9. El papel de los pliegos de prescripciones técnicas.	22
3.1.10. La debida e indispensable coordinación con la Intervención como órgano fiscalizador del gasto	23
3.2. Adjudicación.	23
3.2.1. Identificación de riesgos en esta fase	23
3.2.2. Publicidad vs confidencialidad y transparencia.	24
3.2.3. La imparcialidad e independencia de los órganos que intervienen en la contratación.	25



1. Introducción: presentación y justificación de la Guía

La contratación pública es un instrumento estratégico de la actuación de los poderes públicos, con una indudable importancia económica y muy presente en el diseño y ejecución de las políticas públicas.

La centralidad de la contratación pública se manifiesta también en el establecimiento de un marco jurídico “integral” en el ámbito de la Unión Europea, que actualmente emana de las denominadas “Directivas de cuarta generación”.

En España, la transposición de dichas Directivas dio lugar a la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), en vigor desde el 8 de marzo de 2018. Dicha norma se fundamenta en principios rectores “clásicos” de la contratación pública, tales como la publicidad, la igualdad de trato entre licitadores o la libre competencia, a los que se han sumado nuevos principios, de marcado carácter transversal, como el de integridad y transparencia, así como la incorporación al clausulado contractual de criterios sociales o medioambientales.

La aplicación de la LCSP a nuestras instituciones plantea alguna particularidad derivada de su adscripción parlamentaria.

Así, el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo Andaluz, aprobado por la Mesa del Parlamento de Andalucía el 20 de noviembre de 1985, modificado por Acuerdo de esta de 12 de febrero de 1997, prevé, en su artículo 36, que “el régimen de contratación y de adquisición en general del Defensor del Pueblo Andaluz será el que rija para el Parlamento de Andalucía”.

De forma análoga, el artículo 32.3 de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, dispone expresamente que el régimen de contratación de la OAAF será el del Parlamento de Andalucía.

Dichas previsiones deben ponerse en conexión con la disposición adicional cuadragésimo-cuarta de la LCSP, que extiende el régimen de contratación de las Administraciones Públicas a los órganos constitucionales del Estado y a los órganos legislativos y de control autonómicos.

Sin perjuicio de lo anterior, el Parlamento de Andalucía cuenta también con sus propias Normas de Contratación, aprobadas por Acuerdo de la Mesa del Parlamento el 20 de marzo de 2013 y objeto de diversas modificaciones posteriores, al amparo del artículo 102.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que dota a dicha institución de plena autonomía presupuestaria y administrativa.

Además, para adaptar tal régimen a las peculiaridades y características organizativas del Defensor del Pueblo Andaluz y a las normas que le son de aplicación en materia de contratación administrativa, dicha institución cuenta con sus propias normas de contratación, aprobadas por Resolución de su titular de 2 de diciembre de 2016.

A pesar de la completud de esta normativa, desde las dos instituciones se ha considerado conveniente la fijación de pautas de actuación adicionales, que contribuyan a una gestión más transparente y eficaz de sus procesos de contratación pública.

La aplicación de estas recomendaciones en nuestra gestión contractual se inscribe en el objetivo de la prevención y lucha contra la corrupción que instaura, como unos de sus pilares, las Directivas comunitarias sobre contratación pública y la propia LCSP, y persigue, en última instancia, una mejora en términos de calidad de los servicios que sea percibida y valorada por los ciudadanos destinatarios de los mismos.

Entendemos que la creación de un entorno de integridad y transparencia en los sistemas de contratación pública exige dar un paso adelante y dotarse de una “autorregulación” en esta materia, que permita actuar en una línea preventiva, identificando los riesgos de incumplimiento de las obligaciones normativas e instaurando los mecanismos necesarios para evitar que tales riesgos se materialicen. Además, la implantación de estas prácticas debe tener carácter transversal, esto es, debe comprender las fases de preparación, adjudicación y ejecución de los contratos públicos.

No obstante, esta primera versión de la Guía, que se presenta como un documento dinámico, abierto y en permanente revisión, se centra en las fases de preparación y adjudicación. El siguiente paso será incorporar las previsiones necesarias para la fase de ejecución.

Para finalizar esta introducción, debemos señalar que la colaboración tejida entre el dPA y la OAAF en el ámbito descrito, viene determinada por la singular posición de ambas instituciones en la organización autonómica.

En el caso de la OAAF, son sus propios fines organizativos -la necesidad de prevenir y erradicar el fraude, la corrupción, los conflictos de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros del sector público- los que justifican y aconsejan la participación en aquellas actuaciones institucionales que contribuyan a la consecución de los mismos, especialmente en un ámbito central de la actuación pública, como es la contratación.

En lo que respecta al dPA, su participación en este proyecto, no solo viene avalada por su condición de institución pública, sino más específicamente por las funciones que estatutariamente se le atribuyen en defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución y en el Título I del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entre los cuales se encuentra el derecho a una buena administración (artículo 31), que es precisamente uno de los ejes fundamentales del sistema de contratación pública de la UE.

Creemos que el cumplimiento de nuestros fines institucionales en nuestra actuación *ad extra*, es decir, frente al resto de poderes públicos y en general, al conjunto de la ciudadanía, solo es concebible si partimos de las mejores prácticas *ad intra*, esto es, en el seno de nuestras respectivas organizaciones, sin perjuicio de que dichas prácticas sean susceptibles de ser exportadas posteriormente a los distintos niveles administrativos por cada una de las Instituciones, en el ejercicio de sus competencias.

2. Aspectos preliminares: bases sobre las que asentar la actividad contractual de organizaciones públicas

Antes de entrar a proponer actuaciones y prácticas concretas en los procesos de contratación de nuestras instituciones, es importante sentar los pilares que deben guiar dicha actividad. En tal sentido, creemos que es posible destacar los siguientes aspectos.

2.1. La necesaria planificación en materia de contratación: el plan anual

La planificación de la contratación es una herramienta fundamental para lograr un sistema de contratación pública eficiente, transparente e íntegro. Y prueba de ello, es su expresa positivización en el artículo 28.4 de la LCSP, conforme al cual: *“Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada”*.

Esta planificación tiene un doble efecto positivo: a nivel interno, permite detectar las necesidades de contratación a medio/largo plazo y con ello, una mejor gestión de los procesos y en la toma de decisiones, y una mayor eficiencia en la gestión de los recursos; a nivel externo, la publicidad de la planificación contribuye decisivamente a la transparencia de la organización y con ello también, a facilitar a las empresas, singularmente a las PYMES, la preparación de las ofertas.

Por el contrario, como señala la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en el documento titulado *“La Planificación como herramienta para impulsar la competencia y la eficiencia en el aprovisionamiento público (G-2019-02)”*, **las carencias en la planificación provocan diferentes patologías en la gestión**, tales como la utilización abusiva de procedimientos poco favorecedores de la competencia (menores y negociados), falta de transparencia y publicidad, fraccionamiento injustificado de los contratos, y falta de claridad en los criterios de adjudicación, entre otros.

Atendiendo a estos presupuestos, entendemos que el documento de planificación contractual debe cumplir, al menos, los siguientes requisitos:

1. Debe ser anual, coincidiendo con el ejercicio presupuestario, pues ello permitirá acompañar la gestión contractual a las disponibilidades presupuestarias.

En este aspecto, resulta fundamental alinear la actividad contractual de la Institución con sus objetivos anuales, con la finalidad de que los objetivos que conlleven compromisos de gastos puedan cumplirse en plazo.

2. Debe asegurar la gestión de los contratos en plazo. Para ello, podemos partir de una duración “media” de tramitación de los procedimientos de contratación: procedimiento abierto de contratos SARA (8 meses), procedimiento abierto de contratos no SARA (4 meses), procedimiento abierto simplificado (2 meses) y procedimiento abierto simplificado abreviado o supersimplificado (1 mes).

Partiendo de estas estimaciones, pueden fijarse también plazos intermedios respecto a las siguientes actuaciones en cada uno de los procedimientos.

- Fecha de publicación de anuncios.
- Fecha final de presentación de ofertas.
- Fecha final de evaluación de ofertas.
- Fecha de adjudicación y/o formalización.
- Fecha de inicio del contrato.

A estos plazos debemos sumar actuaciones preparatorias, tales como la elaboración de la memoria justificativa de la propuesta de contratación o la confección del pliego de prescripciones técnicas y del pliego de cláusulas administrativas particulares y el cuadro resumen.

3. Debe anticipar y resolver problemas futuros. En este sentido, algunos elementos o criterios para eliminar dilaciones o ineficiencias son los siguientes:

- Descartar la contratación menor para satisfacer necesidades recurrentes y repetitivas y evitar riesgos de fraccionamiento.
- Asegurar, en los contratos con posibilidad de prórroga, que ésta se acordará con la antelación necesaria (2 meses) y que, por tanto, será obligatoria para la contratista.
- Asegurar, en los contratos sin posibilidad de prórroga, que la nueva licitación se publicará con la antelación necesaria y, en todo caso, tres meses antes de la finalización del contrato para poder recurrir a la prórroga forzosa prevista en el artículo 29.4 de la LCSP, si fuera necesario por demorarse la adjudicación de la licitación en curso.
- Recurrir, siempre que sea posible, a los anuncios de información previa.
- Contemplar la posibilidad de utilizar sistemas de racionalización de la contratación para satisfacer necesidades recurrentes, especialmente de bienes de uso corriente.
- En contrataciones complejas, contemplar los plazos necesarios para realizar consultas preliminares de mercado.

2.2. El principio de integridad en los procedimientos de licitación

Lógicamente, los principios rectores de la contratación pública, positivizados actualmente en el artículo 1 de la LCSP (igualdad de trato, transparencia y libre concurrencia, etc.), tienen un valor interpretativo fundamental que ha de guiar toda la actividad contractual de las Instituciones.

No obstante, como novedad fundamental, el referido precepto incorpora expresamente el principio de integridad, que se convierte en otro de los principios fundamentales de la actuación de los poderes públicos y, por tanto, también en el ámbito de la contratación pública.

La preocupación por la creciente corrupción ha tenido reflejo en la adopción de distintas medidas en el ámbito internacional, pudiendo destacar, como primer hito, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, suscrita en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

En el ámbito de la Unión Europea, son múltiples las iniciativas adoptadas pues, sin ir más lejos, el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, impone a la Unión y a los Estados miembros la obligación de combatir el fraude y cualesquiera actividades ilegales que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea.

Concretamente, en materia contratación pública, la Directiva 2014/24/UE adopta diversas **medidas para luchar contra la corrupción en la contratación pública**, regulando los conflictos de intereses, las ofertas anormalmente bajas, las consultas preliminares o los modificados contractuales.

En el ámbito interno, debemos destacar muy especialmente la introducción del artículo 64 de la LCSP, que impone a los órganos de contratación la adopción de las medidas adecuadas para la lucha contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

A estos efectos, el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Además, aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación

A lo largo del presente documento, se ofrecerán pautas o criterios que tienden a reforzar la integridad en los procesos de licitación de ambas Instituciones.

2.3. La elaboración de pliegos tipo como instrumento de agilización y simplificación de los procedimientos de contratación

Otra medida estratégica en la contratación pública es la elaboración de pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares, posibilidad expresamente prevista en el artículo 122 de la LCSP y a la que han recurrido tradicionalmente las Administraciones públicas.

Se trata, sin duda, de un instrumento que contribuye a la simplificación de los procedimientos de contratación y que genera certidumbre en los operadores económicos. No obstante, la confección de los pliegos debe garantizar también el suficiente grado de flexibilidad, que permita su adaptación a las singularidades de cada contrato, sin necesidad de recurrir a prácticas inadecuadas como, por ejemplo, incluir cláusulas jurídicas en las especificaciones técnicas.

2.4. La publicidad de la actividad contractual de las instituciones implicadas

La publicidad es otro de los pilares fundamentales de la actividad contractual de cualquier organización pública.

En tal sentido, cobra una especial relevancia el perfil del contratante que cuenta actualmente en la LCSP con una regulación muy exhaustiva, lo que le otorga “un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad” (Preámbulo de la LCSP).

Así, el artículo 63 de la LCSP, dispone que los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos. Además, el referido artículo contempla la información que debe publicarse preceptivamente en el Perfil, concentrándose ésta en las fases de preparación y adjudicación de los contratos.

Por otra parte, el artículo 347 LCSP obliga a que los perfiles de contratante se alojen en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP), si bien las Comunidades Autónomas pueden optar por establecer sus propios servicios de información para alojar sus perfiles.

Tampoco debemos perder de vista las previsiones en materia de publicidad activa recogidas en la normativa de transparencia, que afectan también al ámbito de la contratación pública (artículos 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y 15 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía).

Así las cosas, desde las Instituciones a las que resulta de aplicación la presente guía, se ha de prestar especial atención al rigor y cumplimiento de dichas medidas, atendiendo a la finalidad que cumple la transparencia como sistema de información a la ciudadanía de la gestión de los asuntos públicos, procurando presentar la información de la forma más clara, accesible y entendible para las personas que deseen acceder a ella.

2.5. La conveniencia de la organización interna para la tramitación de los procedimientos

Se aludía en los epígrafes precedentes al sometimiento, tanto del dPA como de la OAAF, al régimen de contratación previsto para el Parlamento de Andalucía. Además, señalábamos que, tanto el Parlamento de Andalucía como el Defensor del Pueblo Andaluz, cuentan con normas propias de contratación para adaptar la actividad contractual a sus características organizativas.

Respetando este marco normativo, entendemos que también puede resultar muy útil la fijación de instrucciones internas, como la presente, que coadyuven a homogeneizar la preparación de los documentos contractuales, implicando a todas las unidades gestoras.

De hecho, puede resultar conveniente desarrollar un protocolo que facilite la coordinación entre las diferentes unidades implicadas en la tramitación del expediente de contratación previo a la convocatoria de la licitación: desde la unidad técnica que formaliza la memoria para impulsar el inicio del expediente y elabora el pliego de prescripciones técnicas hasta el órgano de contratación, al que compete la aprobación del expediente, pasando por la unidad de gestión económica, que deberá asegurar el crédito necesario, y la unidad jurídica, que se encargará de la elaboración del pliego de cláusulas administrativas.

La diligencia en la actuación de cada una de las unidades implicadas en esta fase, previa a la apertura del procedimiento de adjudicación, es esencial para que pueda impulsarse el expediente en tiempo y forma.

Cuanto más clara sea la definición de estos flujos de información, menor será el plazo para la publicación de los anuncios y por ende, para la licitación en cuestión.

2.6. La necesaria profesionalización y formación continua de los implicados en los órganos de contratación

Finalmente, no podemos dejar de referirnos a la necesaria y progresiva profesionalización de los empleados públicos. Se trata de otro elemento fundamental para lograr una gestión eficiente y eficaz de los procesos de contratación pública, hasta el punto de que la Comisión Europea ha instado expresamente a los Estados miembros a la consecución de dicho objetivo a través de la Recomendación (UE) 2017/1805, de 3 de octubre de 2017.

La centralidad de este ámbito de actuación en el sector público y, al mismo tiempo, la complejidad de la materia, aconsejan que las organizaciones públicas se doten de personal con la experiencia y capacitación necesaria y que además se ofrezca la posibilidad de formación permanente ante los continuos cambios normativos en este ámbito.

Para la consecución de este fin, se ha de procurar la inclusión en los planes de formación de ambas Instituciones de actividades que contribuyan a la adquisición de competencias en la materia.

Por supuesto, también es fundamental contar en las Instituciones con unidades especializadas con dedicación exclusiva a la gestión de la contratación.

3. Las fases del contrato: aspectos críticos y pautas a seguir

3.1. Preparación

La fase de preparación es crucial en la vida de cualquier contrato público, pues en ella se deben sentar las bases para la elección de la oferta económicamente más ventajosa y la debida ejecución de la prestación a contratar.

Para ello, resulta fundamental la correcta confección de los pliegos reguladores del contrato, que son los documentos que van a regir la “vida del contrato”, pues, como es sabido, según una jurisprudencia más que aquilatada, los pliegos constituyen “la ley del contrato”.

El papel central de los pliegos en todo contrato público, unido a la necesaria rigidez a la que está sujeta su eventual modificación, en aras a salvaguardar la efectividad de los principios de concurrencia e igualdad de trato entre los licitadores, evidencian la extraordinaria importancia de definir adecuadamente las especificaciones contractuales en este momento inicial del contrato.

Sin embargo, la preparación del contrato no se agota en la elaboración de los pliegos, pues en el expediente de contratación se deberán justificar otros aspectos fundamentales para su desarrollo, como son el procedimiento de licitación, la clasificación o los criterios de solvencia, el valor estimado o la decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato (artículo 116.4 de la LCSP).

Por ello, es fundamental también la elaboración de una memoria justificativa debidamente motivada sobre los elementos fundamentales del contrato. Muchas estimaciones de recursos en materia contractual vienen determinadas precisamente por una deficiente motivación de dicha memoria.

Por las razones apuntadas, entendemos que en la fase de preparación se han de concentrar la mayor parte de los esfuerzos de las unidades proponentes y gestoras tendentes a evitar la materialización de los múltiples riesgos inherentes a cualquier procedimiento de contratación pública. Y por ello también, esta primera versión de las Instrucciones de contratación se ha centrado prioritariamente en las actuaciones preparatorias, sin perder de vista la fase de adjudicación.

3.1.1. Las consultas preliminares de mercado

Para la elaboración de los pliegos reguladores del contrato, especialmente las especificaciones técnicas, es habitual recabar información de los operadores intervinientes en el mercado, de tal forma que se puedan cubrir los déficits de conocimiento de la entidad contratante.

Resulta obvio señalar que, en todo procedimiento de contratación, hay que evitar la filtración de la información de la que se dispone en beneficio de determinados operadores económicos, pues ello situaría a los eventuales beneficiarios en una clara situación de ventaja competitiva respecto a los restantes licitadores.

Ahora bien, a nadie se escapa tampoco que habitualmente es necesario contar con dichos operadores para concretar las especificaciones contractuales, sobre todo las de índole técnica o económica, que, por su complejidad o especialidad, no pueden ser abordadas en su integridad por el personal de las entidades contratantes.

Para hacer frente a estas carencias, la LCSP contempla un mecanismo público y transparente: las consultas preliminares de mercado.

En palabras del Tribunal Central de Recursos Contractuales (Resolución nº 1093/2017) dicho sistema constituye *“el conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben para la realización de estudios y evaluaciones del mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios, principalmente en entornos en los que las prestaciones contratadas son particularmente complejas”*.

Así, si bien tradicionalmente la normativa de contratación pública prohibía la participación de las personas licitadoras en la confección de los pliegos, la vigente LCSP, en cumplimiento de las exigencias de la Directiva comunitaria 2014/24/UE, posibilita dicha participación a través de las consultas preliminares de mercado, reguladas actualmente en el artículo 115 de la LCSP.

Las exigencias fundamentales para llevar a cabo dichas consultas son las siguientes:

- Publicidad en el Perfil de Contratante del objeto de las consultas y los participantes.
- Prohibición de que, como resultado de las consultas, se configure un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados.
- Constancia del resultado de las consultas a través de informe y publicidad del mismo, que formará parte del expediente.
- Prohibición de revelar a los participantes en las consultas las soluciones propuestas por los otros participantes.
- La participación en la consulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de licitación.

Estas exigencias legales pueden completarse con otras más específicas, como las recogidas en el Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia nº 091/16, de 6 de octubre:

- En los casos en los que sea conveniente realizar estas consultas, que las mismas se hagan mediante los vehículos oficiales del sistema (por ejemplo, la Plataforma de Contratación del Estado) y no dirigidas exclusivamente a los incumbentes.
- Evitar realizar consultas a operadores concretos.

- No dirigir activamente y seleccionar la identidad de destinatarios de correos electrónicos, sino instrumentar sistemas pasivos, en los que los operadores, voluntariamente, indiquen el interés en ser contactados (por ejemplo, notificaciones electrónicas, newsletter o similar).
- Valorar el empleo adicional de medios de comunicación apropiados, de lectura habitual de los potenciales licitadores.
- Nunca remitir correos electrónicos o comunicaciones de otra índole a los operadores con visibilidad entre ellos.
- Prudencia a la hora de analizar la información suministrada por los operadores proveedores de información, atendiendo a la información que sitúa en una situación de desventaja a la Administración frente a los licitadores.
- Seguimiento y análisis de los resultados de la consulta para detectar, en su caso, indicios de concertación en las respuestas al formulario y evitar posibles casos de colusión entre licitadores.
- Valorar el empleo de otras medidas complementarias o incluso sustitutivas de la consulta como el estudio de licitaciones similares tramitadas por otros entes públicos u obtener información a partir de otras fuentes públicas para una mejor redacción de los Pliegos. Nos pueden ayudar mejor a preparar y entender los resultados de la consulta.

Por tanto, las recomendaciones en este apartado, dirigidas fundamentalmente a las unidades proponentes de los contratos, son claras:

1. Evitar a toda costa los contactos informales con los operadores económicos que persigan, como fin directo o indirecto, la obtención de la información necesaria para la definición de las especificaciones contractuales.
2. Canalizar la obtención de dicha información a través de las consultas preliminares de mercado, atendiendo a las pautas antes descritas.

3.1.2. La proporcionalidad de los criterios de solvencia

En la elección de los requisitos de solvencia, se han conjugado los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, con la necesidad de garantizar la buena marcha del contrato a través de adjudicatarios solventes. Para ello, resulta una vez más clave, la adecuada motivación que se recoja en el expediente de contratación.

3.1.3. La elección del procedimiento de adjudicación

El artículo 26 de la Directiva 2014/24/UE obliga a los poderes adjudicadores a ajustarse a los procedimientos de adjudicación de los contratos previstos en las normativas nacionales.

Por su parte, el artículo 131 LCSP fija cinco procedimientos de adjudicación, que podemos clasificar en ordinarios y extraordinarios o especiales. Entre los primeros, se incluyen el procedimiento abierto, en sus diversas modalidades, y el procedimiento restringido. En la categoría de procedimientos extraordinarios, se encuentran el procedimiento negociado, con y sin publicidad, el diálogo competitivo y la asociación para la innovación.

En última instancia, tampoco es posible obviar el contrato menor, modalidad de adjudicación directa prevista para contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros (obras) y 15.000 euros (suministros y servicios).

Dadas las características de nuestras Instituciones, la utilización del procedimiento restringido, el dialogo competitivo, la asociación para la innovación y negociado con publicidad será meramente residual, pues dichos procedimientos tienen carácter tasado y están pensados para prestaciones de cierta complejidad, que no parece tener encaje en las actividades de nuestras instituciones.

Respecto al procedimiento negociado sin publicidad, debe recordarse su carácter igualmente tasado; por tanto, su utilización debe contemplarse como algo excepcional.

Habitualmente, la decisión respecto al procedimiento de adjudicación a seguir se centrará fundamentalmente en discernir si procede el procedimiento abierto ordinario o si recurriremos a su variante simplificada o super-simplificada (reguladas ambas en el artículo 159 de la LCSP).

La elección de una u otra modalidad procedimental vendrá determinada por los siguientes criterios:

- El recurso al procedimiento abierto simplificado solo es posible en contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o inferior a 2.000.000 de euros o en contratos de suministros y servicios inferiores al umbral fijado para los contratos sujetos a regulación armonizada en la Administración General del Estado (actualmente, 140.000 euros) y que además, entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no supere el 25% del total o el 45% en contrato de carácter intelectual.
- El recurso al procedimiento abierto simplificado abreviado o supersimplificado está reservado para contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y para contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 60.000 euros y no es de aplicación a prestaciones de carácter intelectual, ni permite la fijación de criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor.

En definitiva, lo que va a determinar la posibilidad de acudir o no a las modalidades simplificadas de tramitación del procedimiento abierto es el tipo de prestación, su importe y la presencia o no de criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor.

Sentado todo lo anterior, tampoco podemos olvidar que nos podemos encontrar con necesidades contractuales que no se satisfagan adecuadamente a través de los procedimientos señalados por su escasa cuantía y/o carácter recurrente.

En estos casos, cabría pensar *a priori* en el contrato menor como fórmula jurídica más adecuada para encauzar las necesidades contractuales. Sin embargo, debemos dejar claro que dicha modalidad contractual es excepcional y su aplicación ha de ser restrictiva, precisamente porque en ella se exceptúa la aplicación de los principios rectores de la contratación pública. Así, la Resolución de 6 de marzo de 2019 de la OIRESCON establece que debe evitarse el contrato menor para satisfacer necesidades recurrentes.

Entonces, ¿cómo hacer frente a este tipo de necesidades contractuales (de pequeña cuantía y recurrentes)?

- En primer lugar, a través de una adecuada planificación de la actividad contractual, que contribuya a minimizar el riesgo de fraccionamiento del contrato mediante la división de su objeto de forma artificiosa y/o la contratación de una prestación como necesidad puntual, cuando en realidad es recurrente.

- En segundo lugar, mediante la utilización de las técnicas de racionalización de contratación previstas en la LCSP, como los sistemas dinámicos de adquisición o los acuerdos marco, para determinadas contrataciones periódicas.

Debemos destacar muy especialmente los sistemas dinámicos de adquisición, técnica de contratación abierta durante toda su vigencia a cualquier empresa interesada que cumpla con los criterios de selección, que no limita el número de empresas participantes y garantiza el principio de publicidad, al tiempo que permite incrementar la competencia y el abaratamiento de los precios de adquisición.

Este sistema de contratación se ha mostrado, en la práctica, especialmente idóneo para adquisición de material fungible, aunque se encuentra abierto también a obras y servicios. Por ello, uno de los objetivos de ambas Instituciones ha de ser el fomento de estas técnicas de contratación.

A la vista de todo lo expuesto, podemos señalar que las necesidades contractuales de las Instituciones deberán satisfacerse:

- Ordinariamente, a través del procedimiento abierto, en sus modalidades ordinaria, simplificada y super-simplificada, así como mediante los sistemas de racionalización de la contratación -fundamentalmente, acuerdos marcos y sistemas dinámicos de adquisición-, cuando se trate de necesidades recurrentes y de escasa cuantía.
- Excepcionalmente, y solo en los casos tasados legalmente, a través del procedimiento negociado sin publicidad y del contrato menor (para necesidades puntuales de escasa cuantía y solicitando, siempre que sea posible, al menos tres ofertas como aconseja la referida Instrucción de la OIRESCON).

3.1.4. La división en lotes del contrato

A fin de impulsar la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública, la Directiva 2014/24/UE fomenta la división del contrato en lotes, hasta el punto de que, si no se lleva a cabo esta división, se deberá justificar debidamente en el expediente.

Atendiendo a esta previsión, el artículo 99 de la LCSP, determina que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes.

Podemos decir que la división en lotes constituye el reverso positivo del fraccionamiento del contrato, pues la misma se lleva a cabo sin merma alguna de los principios de publicidad y concurrencia, ya que el valor estimado se calcula sumando los importes de los lotes.

Como señala el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 1149/2021, de 9 de septiembre: “ (...), el artículo 99 pretende, como señala la recurrente, promover que los órganos de contratación dividan en lotes las licitaciones para promover la concurrencia de pequeñas y medianas empresas. Ahora bien, siempre y cuando i) la naturaleza del contrato lo permita y ii) no existan motivos válidos que justifiquen la no división”.

En resumen:

- a. La obligación de dividir en lotes tiene una finalidad específica, que es promover la concurrencia de las PYMES en los contratos del sector público.
- b. Esa obligación se encuentra especialmente justificada cuando se licitan grandes contratos.
- c. El órgano de contratación debe ser libre de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas la magnitud de cada expediente y de cada lote.
- d. En caso de que se decida no dividir en lotes, deben indicarse las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.
- e. Los motivos válidos a que se refiere el artículo 99 son de carácter enunciativo, pudiendo existir otros.

Por tanto, de cara a la configuración de los expedientes, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos:

- Cuando se decida no dividir en lotes, se deberá justificar las razones por las que se adopta tal acuerdo. En tal sentido, la citada resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales ha señalado que *“el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes, margen que está sujeto también a la doctrina de la discrecionalidad técnica, debiendo, eso sí, explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división, razones que han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del precepto, esto es, la concurrencia de las PYMES”*.

Al mismo tiempo, el Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 49/2020, ha establecido que la motivación de la no división del objeto no puede ser meramente formal y genérica.

- En el caso de que se acuerde la división en lotes:
 - La configuración de los lotes en que se divide el contrato debe tener en cuenta el acceso de las PYME a la licitación, de tal modo, que no se deben configurar lotes extraordinariamente grandes, tanto cuantitativa como cualitativamente, que hagan inaccesible el contrato para la mayoría de las empresas del sector.
 - Se deberán utilizar criterios que no resulten discriminatorios ni subjetivos si se establece alguna limitación en el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador.
 - Se valorará la posibilidad de reservar algún lote para centros especiales de empleo o empresas de inserción.
 - Aunque no exista una exigencia expresa en la LCSP, la configuración de los lotes no puede ser artificial o forzosa.

3.1.5. La delimitación del valor estimado, presupuesto y precio del contrato

La adecuada definición de los elementos económicos del contrato es otra piedra angular en cualquier expediente de contratación.

El valor estimado determina el régimen jurídico aplicable al contrato y muy especialmente, la publicidad del mismo. Por ello, para su cálculo, se toman en consideración el importe total de costes que pueden ser imputables a un contrato (IVA excluido), incluyendo posibles prórrogas que se prevean, así como el de las posibles modificaciones.

El presupuesto base de licitación, por su parte, es el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el IVA. No se incluye en el mismo el valor de eventuales prórrogas o modificaciones.

Finalmente, el precio del contrato es el que resulta de la adjudicación y lo que percibirá el contratista por la ejecución de la prestación contratada. En dicho importe se incluye el IVA, si bien, ha de desglosarse como partida independiente.

A este respecto, resulta esencial el adecuado desglose de los costes, como ha señalado la Resolución 210/2018, de 6 de julio, del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, indicando que, para el cálculo del valor estimado, deberán tenerse en cuenta como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, los costes resultantes de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, debiendo dentro del presupuesto base de licitación consignarse de manera desglosada los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación.

3.1.6. La definición de los criterios de adjudicación.

El artículo 131.2 LCSP dispone que *“La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio (...)”*.

Así pues, es también trascendental el diseño de los criterios de adjudicación para obtener obras, suministros y servicios que garanticen la mejor relación calidad-precio, mediante la valoración de criterios económicos y cualitativos, entre los que se podrán incluir aspectos técnicos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida.

Además, el artículo 145.1 de la LCSP consagra la pluralidad de criterios como regla general, debiendo justificarse el recurso a la relación coste-eficacia como criterio único.

Atendiendo a estas premisas y al resto de la regulación contenida en la LCSP, junto con su interpretación por los órganos consultivos en materia de contratación pública y por los tribunales administrativos de recursos contractuales, podemos estimar que los criterios de adjudicación deben ajustarse a los siguientes requisitos:

- Deben estar vinculados con el objeto del contrato, si bien se incluye en este sentido cualquier aspecto del ciclo de vida de tal objeto, de modo que, por ejemplo, en la licitación de un servicio de cafetería, podría entenderse relacionado con el objeto del contrato -y valorarse por tanto como criterio de adjudicación-, el tratamiento que las empresas licitadoras propongan dar a los restos aprovechables del servicio.
- Deben formularse de manera objetiva, precisa y clara, incluyendo subcriterios y desglosándose la puntuación correspondiente a cada uno, si fuera necesario.

El TARCJA ha expresado en sus resoluciones que la falta de objetividad se manifiesta en:

- Criterios sujetos a juicio de valor con aspectos de evaluación abiertos (ej. Resoluciones 192 y 354/2019). Se trata de criterios que utilizan el “etcétera” o expresiones como “otras características” que luego no se describen en el pliego a la hora de definir los aspectos evaluables.

- La ausencia de pautas o reglas de ponderación (Resolución del TARJCA nº 331/2019).
En algunos pliegos se establece una escala de calificaciones, con sus respectivas puntuaciones, escala que puede ir desde óptima o excelente (mayor puntuación) a apta (menor puntuación), pasando por calificaciones intermedias de muy buena y buena, pero sin indicar:
 - qué elementos se tomarán en consideración para alcanzar cada una de esas calificaciones, como sería por ejemplo ofertar o no en todos los aspectos evaluables o establecer cuál tiene más preponderancia en la asignación de puntos o si todos tienen el mismo valor.
 - las cualidades, atributos o ventajas que permitirán considerar una oferta como excelente, óptima, buena o mínima.
- Deben garantizar que las ofertas puedan ser evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Cabe señalar, a este respecto, el riesgo que pueden comportar la fijación de criterios de adjudicación aparentemente neutros, como aquellos que valoran la reducción de plazos de ejecución, que posteriormente pueden convertirse en una barrera de entrada para los proveedores de servicios alternativos al adjudicatario, especialmente en el ámbito de servicios complejos como los del sector TIC [puede verse en este sentido el Informe de la CNMC con referencia INF/CNMC/136/2018 sobre el Contrato de servicios consolidados de telecomunicaciones de la Administración General del Estado y otras entidades públicas (p. 22)].

En cuanto a la aplicación de los criterios de adjudicación, siguiendo la Guía Práctica de Contratación Pública para Profesionales, elaborada por la Comisión Europea en febrero de 2018, podemos realizar las siguientes indicaciones:

- El criterio del precio más bajo, solo se recomienda como criterio único si los poderes adjudicadores definen de antemano las especificaciones técnicas y los requisitos mínimos de calidad. En tal sentido:
 - Las ofertas financieras deben incluir todos los elementos de precio.
 - Se deben investigar debidamente las ofertas que parecen anormalmente bajas
- Si se elige la oferta económicamente más ventajosa basada en el criterio de la mejor relación calidad-precio, se ha de contar con las capacidades necesarias para realizar una evaluación basada en el precio y la calidad el valor técnico y las características funcionales.

3.1.7. La incorporación de cláusulas sociales y medioambientales

Como se ha señalado al inicio del presente documento, entre las novedades incorporadas por la LCSP, destaca el mandato de integrar de manera transversal, esto es, a toda la actividad contractual, los criterios sociales y medioambientales (artículo 1.3).

Estas cláusulas pueden configurarse en los pliegos como requisito de admisión a la licitación, como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución exigible a quien resulte adjudicatario (artículo 122).

Ahora bien, como ha señalado la doctrina, especialmente en cuanto a los criterios sociales, no siempre es fácil su aplicación en todas las fases de la licitación, ni con la misma intensidad, debiendo tenerse presentes los riesgos que puede implicar cada una de las configuraciones apuntadas. De ahí, la importancia de delimitar adecuadamente estas cláusulas en la fase de preparación de la licitación.

Así, por ejemplo, la introducción de estas cláusulas entre los criterios de solvencia, puede convertirse una barrera de entrada al mercado para determinados operadores y una ventaja injustificada para otros.

La guía “Consideraciones sociales y ambientales (y otras novedades) en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, elaborada por el Comisionado de Inclusión Social y Lucha contra la Pobreza del Gobierno de Canarias, apunta también a posibles criterios de adjudicación en estos ámbitos.

Así, las características medioambientales podrán referirse, entre otras:

- A la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero.
- Al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato.
- Al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades:

- Al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social.
- La subcontratación con centros especiales de empleo o empresas de inserción.
- Los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres.
- El fomento de la contratación femenina.
- La conciliación de la vida laboral, personal y familiar.
- La mejora de las condiciones laborales y salariales.
- La estabilidad en el empleo.
- La contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato.
- La formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo.
- La aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual.
- O los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

No obstante, la incorporación de estas cláusulas como criterio de adjudicación puede resultar más compleja de lo que parece, pues a menudo se plantean como criterio de adjudicación aspectos que, en realidad, son criterios de solvencia. Y es que los criterios de adjudicación deben referirse a aspectos que redunden en la mejora de la prestación objeto del contrato.

En tal sentido, la citada Guía apunta a que *“podrán valorarse, a efectos de adjudicación, medidas de conciliación concretas aplicables al personal que se proponga adscribir a la ejecución del contrato, por ejemplo, siempre que pueda entenderse que aquellas incidirán en la calidad de la prestación. No podría valorarse como tal, sin embargo, la tenencia de un certificado general de igualdad en la gestión de la empresa, que constituiría en realidad un criterio de solvencia”*.

Precisamente, debido a las dificultades que plantea introducir las cláusulas sociales y medioambientales por las vías analizadas, es habitual incorporarlas como condición especial de ejecución, cumpliendo así además la exigencia del art. 202 de la LCSP.

No obstante, esta fórmula tampoco está exenta de dificultades, pues es frecuente encontrar pliegos cuyas condiciones especiales de ejecución se limitan a exigir el cumplimiento de la normativa vigente y, en los casos en que van más allá de los estándares legales mínimos, existe siempre el riesgo de quedar en un simple compromiso o declaración de intenciones si el órgano de contratación carece de medios para controlar su cumplimiento durante la ejecución.

En definitiva, sin perder de vista la extraordinaria importancia de este tipo de cláusulas, habrá que ser especialmente cuidadoso en su definición, a fin de garantizar la efectividad de los principios rectores de la contratación pública.

3.1.8. La minimización de riesgos de cesión ilegal de trabajadores en los contratos de servicios

Establece la disposición adicional primera, párrafo primero, del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, bajo la rúbrica “Medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratados por la Administración”, de forma literal, lo siguiente:

“Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.”

En cumplimiento de tal mandato, la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía aprobó la Recomendación 1/2012, de 4 de diciembre, en relación con los trabajadores de las empresas en los contratos de servicios, que viene a recoger una serie de pautas en la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Dichos criterios de actuación serán también asumidos en la elaboración de los documentos contractuales por parte de las Instituciones.

- Sin perjuicio de su consulta y análisis más detallado, recogemos a continuación los aspectos más destacados de dicho documento:

Identificar con precisión las prestaciones del contrato, procurando su clara diferenciación con las actividades comunes de la Administración. No deben concebirse como contrataciones destinadas a integrar personal en los equipos de trabajo de personal propio, ni deben implicar, ni siquiera indirectamente, ejercicio de funciones reservadas por el Estatuto Básico del Empleado Público a los funcionarios públicos.

- Procurar la autonomía de las actividades contratadas respecto del conjunto de actividades de la Administración a través de medidas como las siguientes:
 - Exigir un estudio organizativo del servicio presentado por las licitadoras.
 - Exigir a la contratista que aporte su propia dirección y gestión del contrato, dirigiendo los medios organizativos que pone a disposición del contrato, y que asuma el riesgo empresarial.
 - Si es necesario, recoger que el establecimiento de horarios y la gestión de licencias y permisos del equipo de trabajo son facultades del empleador, y por tanto competen exclusivamente al delegado o delegada de la contratista.
 - Cuando sea necesario que parte del equipo de trabajo disponga de un local en las oficinas públicas, debe constar expresamente en los pliegos de contratación qué medios materiales corresponde aportar a la contratista y qué medios aportará la Administración, indicándose la obligación de la contratista de disponer de un seguro de responsabilidad civil que cubra los posibles daños a los bienes públicos.
 - Reforzar la figura del responsable del contrato, especificando, por ejemplo, que sus instrucciones nunca deben ir dirigidas directamente al personal de la empresa sino al interlocutor de la misma con la Administración.

3.1.9. El papel de los pliegos de prescripciones técnicas

Las pautas recogidas hasta ahora se refieren esencialmente al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los elementos esenciales de todo expediente de contratación.

Sin embargo, dentro de las actuaciones preparatorias también reviste extraordinaria importancia el documento de prescripciones técnicas.

La recomendación fundamental para la elaboración de dicho documento es que ésta sea asumida por personal de la propia entidad, sobre la base de su conocimiento técnico y evitando la mera reproducción de especificaciones similares de contrataciones anteriores. De no existir personal técnico especializado, se podrá acudir a fórmulas de consultas previas aludidas anteriormente.

Además, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, se entenderá por prescripción o especificación técnica, aquella especificación que figure en un documento en la que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o sus dimensiones; asimismo, los requisitos aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso, los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida del suministro o servicio, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad (artículo 125 de la LCSP).

Como contrapunto de la anterior recomendación, debe evitarse siempre la inclusión de cláusulas propias del pliego de cláusulas administrativas en el pliego de prescripciones técnicas, pues tal confusión puede conllevar incluso la anulación de la licitación. Recordemos que, conforme al artículo 122 de la LCSP, el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares es el siguiente:

- Los criterios de solvencia y adjudicación del contrato.
- Las consideraciones sociales, laborales y ambientales que, como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan.
- Los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato.
- La previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.
- La obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación.

Por último, no podemos dejar de señalar la necesidad de motivar debidamente aquellas prescripciones técnicas que puedan ser restrictivas de la concurrencia (art. 126 de la LCSP).

3.1.10. La debida e indispensable coordinación con la Intervención como órgano fiscalizador del gasto

La colaboración y coordinación con la Intervención General del Parlamento de Andalucía, órgano de control interno de la actividad económico-financiera de ambas Instituciones, debe ser otro elemento presente para garantizar la eficacia y eficiencia del proceso de contratación.

Así, es habitual que los órganos fiscalizadores dispongan de guías de fiscalización acerca del contenido de los expedientes de gastos, siendo fundamental el ajustarse a los requerimientos de dichas guías o reglas, en los procedimientos de contratación, para la elaboración y presentación de la documentación a la Intervención, en orden a la fiscalización de los expedientes de contratos, en fase de autorización del gasto, compromiso y reconocimiento de obligaciones y pago o eventuales modificaciones.

3.2. Adjudicación

3.2.1. Identificación de riesgos en esta fase

Tal y como hemos señalado anteriormente, creemos que buena parte de los esfuerzos de las unidades proponentes y gestoras de la contratación, se concentran en la fase de preparación, ya que en ella se han de sentar las bases del contrato, fundamentalmente a través de los pliegos reguladores del mismo. Aun así, no nos encontramos ante una fase exenta, ni mucho menos, de riesgos.

En el documento de la Oficina Antifraude de Cataluña, “Riesgos en la contratación pública”, se indica que los riesgos en esta fase se articulan en torno a tres vulnerabilidades específicas:

1. Un cierto margen de discrecionalidad para resolver la adjudicación del contrato por parte del órgano de contratación, tanto por la posibilidad de separarse de la propuesta de adjudicación que eleve la mesa de contratación, como por la de no adjudicar, no suscribir el contrato o desistir del procedimiento de adjudicación antes de la formalización.
2. La oportunidad de incluir, en el documento en que se formalice el contrato, cláusulas que podrían implicar una alteración de los términos de la adjudicación o que, incluso, puedan llegar a perjudicar el interés general.

3. La coincidencia en la misma persona de dos funciones que colisionan inherentemente y colocan al órgano de contratación en una situación de conflicto: la de decidir a quién adjudicar y la de resolver los recursos a su propio acuerdo de adjudicación, de forma que el órgano de contratación se convierte en juez y parte.

Como contrapartida, la LCSP establece límites que se concretan en la obligación de motivar las decisiones y la de transparencia frente a la discrecionalidad, en la prohibición de la introducción de cláusulas en la resolución de adjudicación o en el contrato que implique alterar los términos de los pliegos frente a los abusos en la oportunidad, y el recurso especial a resolver por un órgano diferenciado del de contratación en los contratos de más cuantía.

Además de las vulnerabilidades indicadas, conviene tener en cuenta otros riesgos que pueden parecer menores pero cuya probabilidad e impacto en esta fase no debe desdeñarse, por lo que es aconsejable evaluarlos y, en la medida de lo posible, introducir medidas de control para evitarlos.

Cabe señalar, en este sentido, el eventual incumplimiento de las normas de publicación en la PLACSP y/o en el DOUE, en su caso; la conveniencia o no de requerir referencias técnicas que no van a ser objeto de valoración y los efectos de su no presentación; o las dificultades que pueden plantearse para aplicar criterios de adjudicación inicialmente formulados como criterios automáticos y que, como consecuencia de ello, se incrementa el riesgo de impugnación de la adjudicación. El recurso más efectivo para evitar este último riesgo es la formulación adecuada de los criterios de adjudicación, cuestión que se ha analizado en el apartado anterior.

3.2.2. Publicidad vs confidencialidad y transparencia

La adjudicación de los contratos por parte de las Administraciones Públicas debe ajustarse a los principios de igualdad, transparencia, libre competencia y confidencialidad de acuerdo con los artículos 132 y 133 LCSP.

Ello sin perjuicio de las especialidades que pueda comportar la tramitación de determinados procedimientos de adjudicación, cuya elección no puede realizarse en ningún caso con la intención de eludir los requisitos de publicidad o de restringir artificialmente la competencia (art. 132.2 LCSP); y sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a información pública y de las disposiciones de la propia LCSP sobre publicidad, por lo que respecta al principio de confidencialidad.

Ahora bien, la norma advierte también que el deber de confidencialidad no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación, ni tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados.

Conforme a esta regulación, **los órganos de contratación deben preservar el adecuado equilibrio entre el deber de confidencialidad y los principios de publicidad y transparencia**, que son a su vez fundamentales para garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores.

También debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 138 de la LCSP, referido a las consultas o aclaraciones que pueden formular los licitadores durante el plazo de presentación de ofertas. Tanto las consultas como las respuestas se canalizarán a través de la PLASCP a fin de garantizar la igualdad y concurrencia de la licitación.

3.2.3. La imparcialidad e independencia de los órganos que intervienen en la contratación

A este respecto, recordemos la previsión recogida en el artículo 64 de la LCSP sobre la ausencia de conflicto de intereses de los miembros del órgano de contratación.

Dicha previsión se debe concretar en una declaración responsable, extensible al personal al servicio de los órganos de contratación que participe en los procedimientos de licitación, los miembros de la Mesa de Contratación y del propio órgano de contratación, en la que se deje constancia de que éstos no tienen directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera comprometer su imparcialidad e independencia en el contexto de ese concreto procedimiento de licitación. A tal efecto, se deberán aprobar los correspondientes modelos de declaración responsable.

