

Los poderes adjudicadores no Administración pública ante la Ley de contratos del sector público (Ley 9/2017): Contratos menores y libertad de elección en los procedimientos de adjudicación

Alejandro Blázquez Lidoy

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Rey Juan Carlos*

EXTRACTO

La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público ha modificado la regulación aplicable a los poderes adjudicadores no Administración pública (sociedades mercantiles, fundaciones del sector público). El objeto de este trabajo se limita a examinar el alcance e interpretación del artículo 318 de la LCSP que regula la adjudicación de estas entidades, y donde se ha determinado cómo se adjudican los contratos inferiores a 15.000 euros (suministros y servicios) y 80.000 (obras), y los contratos por importe superior a dichos umbrales, pero no sometidos a regulación armonizada, así como la información que hay que publicar en el perfil del contratante. En concreto, se analiza la Recomendación de la Junta Consultiva de 28 de febrero de 2018 y de la Instrucción 3/2018 de la Abogacía General del Estado, que han dado soluciones que consideramos no ajustadas a Derecho. Se mantiene que las soluciones de los órganos consultivos van más allá en su interpretación de lo que la ley ha regulado. No se limitan a interpretar, sino que parecen convertirse en legisladores sin cumplir los procedimientos legales a los que la creación jurídica está sometida. En este trabajo se ofrece una interpretación alternativa, que tiene una incidencia muy significativa en el funcionamiento de los poderes adjudicadores no Administración pública.

Palabras clave: poderes adjudicadores no Administración pública; contratos menores; perfil del contratante; procedimientos de adjudicación.

Fecha de entrada: 17-03-2018 / Fecha de aceptación: 05-04-2018

Non Public Sector Awarding Authorities in the Spanish Public Procurement Act (Law 9/2017): Low-value Contracts and Freedom of Choice in Tender Offering Procedures

Alejandro Blázquez Lidoy

ABSTRACT

Spanish Law of Contracting for the Public Sector, Law 9/2017, has modified the regulation applicable to adjudicating power but not a local government power (commercial companies, public foundations). The goal of this paper is to examine the scope and interpretation of article 318 of the Law 9/2017 that regulates the award of the procurement contract of these entities. This article has determined how contracts of less than 15.000 euros (for supplies and services) are awarded, and the procedure for contracts for amounts exceeding that thresholds, but not subject to harmonized regulation. Also, it is examined the information that must be published in the contractor's profile. Specifically, it is analyzed the Recommendation of the Advisory Board of February 28, 2018 and Instruction 3/2018 of the State Attorney General, which have given solutions that we consider not to be in accordance with the law. It is maintained that the solutions of the advisory bodies go further in their interpretation of what the Law has regulated. They do not just interpret, but they seem to become legislators without complying with the legal procedures to which the legal creation is subject. This paper offers an alternative interpretation, which has a very significant impact on the functioning of the adjudicating power but not a local government power.

Keywords: adjudicating power but not a local government power; minor contracts; profile of the contracting party; awarding procedures.

Sumario

1. Introducción
2. Una cuestión previa; la no aplicación del régimen de preparación de los contratos
3. Contratos menores versus contratos inferiores a 15.000 euros
 - A) Régimen legal de los contratos menores (art. 118)
 - B) ¿Es aplicable el régimen del artículo 118 a los poderes adjudicadores no Administración pública?
4. La libertad de elección de procedimientos de adjudicación en los contratos no armonizados
 - A) Efectos de la libertad de procedimientos sobre la división en lotes
5. Instrucciones internas de contratación, preparación del contrato y perfil del contratante
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas

Cómo citar este estudio:

Blázquez Lidoy, A. (2018). Los poderes adjudicadores no Administración pública ante la Ley de contratos del sector público (Ley 9/2017): Contratos menores y libertad de elección en los procedimientos de adjudicación. *Revista Ceflegal*, 208, 93-120.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) es una norma que introduce cambios muy significativos con relación al régimen legal aplicable a los llamados «poderes adjudicadores no Administración pública» (en adelante, PANAP)¹. Es, además, una norma diseñada para las Administraciones públicas en sentido estricto, pero cuya aplicación se exige en parte de su articulado a estos PANAP. Y, en este ámbito, es una norma poco precisa y técnicamente inconsistente en su forma de abordar la regulación. La deficiencia técnica legislativa ha hecho necesario que los órganos consultivos del Estado se hayan pronunciado sobre cómo interpretar el régimen legal aplicable para los PANAP. La Junta Consultiva ha emitido una recomendación, no vinculante, «en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público» de fecha 28 de febrero de 2018. Y la Abogacía del Estado ha dictado la Instrucción 3/2018, de 6 de marzo, «sobre la contratación de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública y de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores»². Aunque, en ambos casos, no se ha afrontado la totalidad de los problemas existentes.

El objeto de este trabajo se limita a examinar el alcance e interpretación del artículo 318 de la LCSP que regula la adjudicación de estas entidades, y donde se ha determinado cómo se adjudican los contratos inferiores a 15.000 euros (suministros y servicios) y 80.000 (obras), y los contratos por importe superior a dichos umbrales pero no sometidos a regulación armonizada (221.000 euros para suministros y servicios y 5.548.000 para obras). Y, en concreto, se analizan las soluciones que la Recomendación de la Junta Consultiva y de la Instrucción de la Abogacía del Estado han dado en estos casos, que van más allá en su interpretación de lo que la Ley ha regulado. No se limitan a interpretar, sino que parecen convertirse en legisladores sin cumplir los procedimientos legales a los que la creación jurídica está sometida³. Sin embargo, lo cierto

¹ Algunos autores están usando el acrónimo PANAP (poderes adjudicadores no Administración pública) para referirse a estos entes (o PANAPS en plural). *Vide*, por ejemplo Gimeno Feliu (2018). A lo largo de este trabajo haremos mención al término PANAP, tanto para el singular como para el plural.

² Previamente a esta Instrucción, puede consultarse el Informe 2/18 emitido por el Abogado General del Estado Eugenio López Álvarez al Instituto de Crédito Oficial de fecha 17 de enero de 2018 y de un contenido casi idéntico a la instrucción.

³ No es lo mismo lo que de *lege ferenda* podría/debería ser, con lo de que es de *lege data*, y la interpretación no permite ir en contra de los propios textos legales. Pueden verse multitud de sentencias donde se afirma, en diversos órdenes, que «si el legislador hubiera querido...» habría dado otra redacción al texto legal o lo «habría previsto expresamente» o «si el legislador hubiera querido otra cosa de forma expresa lo hubiera dicho» (a título de ejemplo,

es que el ascendente que estos órganos tienen sobre los poderes adjudicadores harán que muchas entidades apliquen estas recomendaciones de manera automática, convirtiendo así una interpretación en una suerte de camino vinculante.

No compartimos, como veremos a lo largo de este trabajo, las interpretaciones que sostienen la Junta Consultiva y la Abogacía del Estado con relación al artículo 318 de la LCSP y los PANAP. No es que estas entidades no puedan adoptarlas voluntariamente. Se trata de que no tienen obligación de hacerlo en tanto la ley no les exija hacerlo. Y no puede/debe instaurarse vía recomendación lo que el legislador no obliga vía regulación.

2. UNA CUESTIÓN PREVIA; LA NO APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS

En el ámbito de la contratación, y con arreglo a la teoría de los actos separables, es necesario reseñar la existencia de cuatro fases distintas del procedimiento de contratación: preparación, adjudicación, ejecución y resolución del contrato. En el caso de los PANAP, el artículo 317 (preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada) expresamente señala que «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». La sección 1.^a es la que regula la «preparación de los contratos de las Administraciones públicas» y la sección 2.^a la «adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas».

La redacción del artículo 318 es, sin embargo, distinta. Ya en el título del precepto delimita su ámbito de aplicación a la «*adjudicación* de contratos no sujetos a regulación armonizada». Y el contenido determina que:

«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,

vide las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2017, rec. núm. 1153/2015; de 9 de marzo de 2016, rec. núm. 972/2014; de 28 de octubre de 2016, rec. núm. 3663/2015; de 10 de diciembre de 2014, rec. núm. 2843/2013). Aunque sea a efectos tributarios, sería aplicable, *mutatis mutandis*, la idea señalada en la STS de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 572/2017) donde se indica que «sería forzar la voluntad del legislador e iría más allá de lo que permite la analogía, como técnica de integración normativa –ex art. 4.1 CC–, extender al régimen general de duración de las actuaciones tributarias –el art. 104.1 LGT– una norma especial –el art. 150.5 LGT– prevista para un tipo singular de procedimiento que el propio legislador ha querido sustraer del mismo, el de inspección».

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 5.548.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 221.000 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».

El artículo 316 de la LCSP determina que los contratos de los PANAP «se regirán por las normas del presente título»⁴. A su vez, el artículo 317, referido a los contratos armonizados, remite a las normas tanto de *preparación* como de *adjudicación*, mientras que el artículo 318 excluye en los contratos no armonizados la sujeción a la normativa de preparación. Es decir, no sería aplicable a los PANAP, y para los contratos no sometidos a regulación armonizada, la sección 1.^a del capítulo I del título I del libro II de la ley (*vide*, en este sentido, González-Varas Ibáñez, 2017, p. 1.020 y Vidal Monferrer, 2018, p. 1.011), limitándose a la normativa de la adjudicación.

Esta exclusión resulta, como veremos posteriormente, fundamental a la hora de la regulación de los «contratos menores», en tanto el artículo 118 se encuentra ubicado en las normas de preparación (artículos 115 a 130). Pero resulta igualmente esencial para delimitar la necesidad de diseñar unas instrucciones internas de contratación o para determinar el alcance de la información que debe registrarse en el perfil del contratante.

Por otro lado, la exclusión de la preparación de los contratos como norma aplicable a los PANAP produce, a nuestro juicio, una falta de coordinación con relación al régimen de recursos contractuales. El artículo 27.1 c) de la LCSP determina que «serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las siguientes cuestiones: [...] Las referidas a la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales [...] de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública». Resulta complejo que el orden contencioso-administrativo, que debe verificar la legalidad de los actos, pueda resultar competente en materia de preparación de contratos no sometidos a la regulación armonizada de los PANAP cuando a estos no se les aplica dicha normativa. Por tanto, cabe entender que, con relación a la preparación, el régimen de recursos se limita a los contratos sujetos a la regulación armonizada.

⁴ Artículo 26.3 de la LCSP determina que «los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación».

3. CONTRATOS MENORES VERSUS CONTRATOS INFERIORES A 15.000 EUROS

La regulación de los contratos menores está dando lugar a una enconada disputa sobre su aplicación a los PANAP⁵. El artículo 318 a) dispone que «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». Como puede verse, en el artículo 318 a), no califica formalmente estos contratos formalmente como menores, por lo que se ha cuestionado si el artículo 118 de la LCSP es aplicable a los PANAP.

A) RÉGIMEN LEGAL DE LOS CONTRATOS MENORES (ART. 118)

Uno de los grandes desvelos en el ámbito contractual público ha sido el uso de los contratos menores y adjudicaciones directas⁶. Como consecuencia, el régimen jurídico que se ha regulado de los mismos se ha endurecido en todas sus fases. Básicamente, las cuestiones esenciales de su régimen son las siguientes:

1. Tienen la consideración de 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 (art. 118.1). Estas cantidades no toman en consideración el IVA.
2. 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 (art. 118.1)
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

⁵ Se trata de una cuestión que no es baladí, teniendo en consideración la responsabilidad que tienen los gestores de fondos públicos. La disposición adicional vigésima octava de la LCSP determina en su apartado 2 que «la infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones públicas dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia». En el trabajo de Martínez Fernández (2017) se recogen sentencias de carácter penal vinculadas a los contratos de menores.

⁶ Vide el trabajo de Martínez Fernández (2017).

- que consta en el apartado primero de este artículo (art. 118.3). Es este, quizás, el precepto más relevante en la contratación menor. A los efectos de delimitar el alcance del mismo, la Junta Consultiva ha emitido los Expedientes 41/2017 y 42/2017. Las principales conclusiones de la Junta Consultiva son dos. En primer lugar, y para evitar efectos *absurdos*, «la exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido debe interpretarse de modo que lo que la norma impide no es que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico sin límite alguno, sino que la conducta prohibida y que, por consecuencia, debe ser objeto de la necesaria justificación, consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos: bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores». Parece, por tanto, que confina de manera muy significativa la limitación legal. De esta manera, no se aplicará este límite cuando «sus objetos sean cualitativamente distintos o cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico». En segundo lugar, y con relación al ámbito temporal, debe entenderse que el plazo es el legal de un año (art. 29), y que este plazo debe contarse desde el momento de la perfección del primer contrato menor considerado⁷.
4. El artículo 63.4, relativo al perfil del contratante, determina que la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente, y debe contener, como mínimo, su objeto, duración, el importe de adjudicación (IVA incluido) y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. No se publican aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores. No se publica, por tanto, la licitación.

⁷ Una posición distinta se sostiene en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, referente a la «Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores». Así, afirma que la regla de incompatibilidad que establece el artículo 118.3 «debe operar respecto de anteriores contratos menores de la misma tipología que aquel que pretenda adjudicarse de manera sucesiva. Es decir, respectivamente entre los contratos de obras, o de servicios o de suministros anteriormente adjudicados respecto al concreto contrato de obras, o de servicios o de suministros que pretenda adjudicarse». De esta forma, la «no adjudicación previa de un contrato menor de obras por importe superior a 15.000 euros no sería obstáculo para la adjudicación al mismo operador económico de otros contratos de servicios –o de suministros hasta llegar a sumar esa cantidad–». Y también tiene una opinión distinta con relación a la dimensión temporal. En este caso, el criterio a emplear es el de la base del ejercicio o anualidad presupuestaria. Por tanto, se podría celebrar un contrato menor el 1 de diciembre por importe de 14.000 euros, y otro el 15 de enero por 13.000 euros.

5. Los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga (art. 29.8).
6. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (art. 131.3 y art. 153.6). Si el órgano de contratación quisiera emplear otro sistema de contratación al objeto de que no se apliquen los límites del artículo 118, debería acudir a cualquiera del resto de los procedimientos de adjudicación establecidos en la ley, especialmente el simplificado (art. 159.6)⁸. Así, acudiendo a este procedimiento de adjudicación se pueden firmar varios contratos de importe inferior a 15.000 euros con el mismo contratista.
7. En los contratos menores no es necesaria la formalización (art. 36.1 y 37.2), y se acreditará su existencia con la aprobación del gasto y la factura (art. 153.3).

B) ¿ES APLICABLE EL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 118 A LOS PODERES ADJUDICADORES NO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

El artículo 318 a) de la LCSP determina que «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». La cuestión es si se trata de un artículo de remisión al 118 de la ley, con todo lo que conlleva, o, por el contrario, es un precepto especial, que queda al margen del régimen general de los contratos menores.

Una primera interpretación es la que aboga por su carácter especial, ajeno a los contratos menores. Las razones que sostendrían esta posición son las siguientes:

1. El artículo 318 a) no usa la terminología de contratos menores. Es un argumento que no es baladí, pues no solo es el nombre, sino la referencia al régimen jurídico.
2. El artículo 118 de la LCSP pertenece al ámbito de la preparación de los contratos y, como hemos señalado, el artículo 318 limita su ámbito de aplicación a la adjudicación. Es más, el artículo 131.3, que sí se encuentra en sede de adjudicación, remite de manera expresa al artículo 118.
3. El artículo 118 hace mención a que los contratos que superen el umbral determinado «podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar». Sin más, no establece mayores requisitos o exigencias.

⁸ Vide el Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, referente a la «Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores»

4. Por último, incluso para las entidades que no son ni siquiera poderes adjudicadores, el texto y la redacción es idéntica (art. 321.2 a).

A favor de esta posición se ha mostrado Arroyo (2018), quien afirma que el artículo 318 a) no categoriza «de contratos menores ni remite a su regulación, con lo cual no se han de seguir en su preparación las previsiones contenidas en el artículo 118 de la LCSP, aplicable exclusivamente a las Administraciones públicas. Así, la entidad adjudicadora no Administración pública no tendrá que elaborar un informe motivando la necesidad del contrato, la aprobación del gasto o la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que, individual o conjuntamente, superen las mencionadas cifras. El matiz es importante, una cosa es que se pueda adjudicar de forma directa a través del procedimiento que la entidad adjudicadora no Administración pública considere oportuno, y otra que se haya de observar con rigurosidad la cumplimentación del expediente de contratación en los contratos menores previsto en el artículo 118 de la LCSP para las Administraciones públicas. Son dos cuestiones diferentes». De la misma manera, Díez Sastre (2017a) defiende que «si la entidad adjudicadora no es Administración pública, no se habla en ningún momento de contrato menor, simplemente se prevé la adjudicación directa con otros requisitos y con límites mucho más amplios. Este detalle no es baladí. Es cierto que los umbrales económicos son los mismos que los propios del contrato menor, pero esa es la única coincidencia. El contrato menor es un tipo de contrato que se reserva para las Administraciones públicas. En el resto de casos el legislador establece los requisitos aplicables para adjudicar los contratos de cuantías equivalentes a las del contrato menor. La respuesta a la pregunta planteada en el título de esta reflexión es, por tanto, negativa. No hay una unificación del régimen jurídico aplicable al contrato menor para todos los entes del sector público». Defiende esta autora que «en el supuesto de los poderes adjudicadores que no son Administración pública hay que recordar que el Derecho europeo solo proyecta los principios generales de la contratación sobre contratos no armonizados cuando exista interés para el mercado interior». Para esta autora «pueden adjudicarse directamente siempre que el empresario tenga capacidad de obrar y que cuente con la habilitación que sea necesaria, en su caso, para llevar a cabo la prestación que es objeto del contrato (arts. 318 a) y 321.2 a) LCSP). Esos son los únicos requisitos vinculados a la utilización de una adjudicación directa en contratos con una cuantía especialmente baja. Se trata de una regla de minimis, que justifica separarse del régimen general de adjudicación de contratos no armonizados en estos casos»⁹.

Frente a esta interpretación, se ha situado tanto la Junta Consultiva como la Abogacía General del Estado (AGE). En la Instrucción 3/2018, la AGE mantiene que aunque el artículo 318 no emplee el término contratos menores, ni contenga una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los preceptos que contiene la regulación general de los contratos menores, se «está aludiendo, sin embargo, a un supuesto coincidente con el de los contratos menores». Y ello porque se trata de «importes exactamente coincidentes con los previstos para los contratos

⁹ González-Varas Ibáñez (2017, p. 384) suscribe también la interpretación de esta autora.

menores en el artículo 118.1 de la LCSP» y, además, la redacción sobre la adjudicación del artículo 318 es «idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores». Y, como consecuencia, se puede «concluir que no estamos ante una mera casualidad o coincidencia, sino ante una decisión deliberada del legislador, que en el artículo 318 a) de la LCSP está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores». Por tanto, son aplicables «los requisitos que, con carácter general, establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP». Y señala que «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 que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones públicas [...]. No tendría sentido alguno que, refiriéndose el artículo 318.1 a) de la LCSP a los contratos menores conforme se ha indicado, se estableciese un diferente régimen según que la entidad contratante sea una Administración pública (régimen más rígido al tener que aplicarse la regla del artículo 118.3) o un poder adjudicador que no ostentase la condición de Administración pública (régimen menos rígido de no aplicarse la regla del artículo 118.3) cuando lo que se ha pretendido es evitar prácticas fraudulentas».

Y similares argumentos emplea la Junta Consultiva en su informe de 28 de febrero de 2018. Esta afirma que «existe fundamento jurídico suficiente para concluir que la voluntad de la norma es asimilar ambos conceptos y regímenes jurídicos. En efecto, no cabe considerar superflua o inútil la circunstancia de que los importes de los contratos y sus categorías jurídicas sean en ambos preceptos 118 y 318 a) plenamente coincidentes, aspecto que debe añadirse a la cristalina referencia a la adjudicación directa «a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato», referencia que contiene una expresión idéntica a la empleada en el artículo 131.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público para aludir a los contratos menores». Sigue argumentando que «la finalidad del artículo 118 es cohonestar el incremento de la seguridad jurídica en los contratos de menor cuantía que realizan las entidades del sector público que tengan la condición de poderes adjudicadores con la sencillez y celeridad máxima del procedimiento, que permite adjudicar directamente el contrato al operador económico que cumpla las condiciones de aptitud necesarias para ejecutarlo». «Esta conclusión es perfectamente compatible con la finalidad que se observa en la Ley en el sentido de aproximar el régimen de preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas y de los poderes adjudicadores, aspecto este que se observa con nitidez en todo el Título I del Libro III de la Ley en los artículos 316 a 320».

A mi entender, tanto la AGE como la Junta Consultiva van más allá en su interpretación de lo que el legislador ha dispuesto de manera clara. La argumentación de la AGE y la Junta Consultiva presenta varios inconvenientes que hace que no la podamos compartir:

1. En ningún momento se pronuncian sobre cómo se puede superar el hecho de que el artículo 118 esté ubicado en la parte de la norma vinculada a la preparación de los contratos. Como hemos señalado, el artículo 318 es claro a los efectos de limi-

- tar la aplicación de la LCSP a la adjudicación, excluyendo a la preparación, que sí es exigible, sin embargo, en los contratos sometidos a la regulación armonizada. Es más, resulta cuando menos sorprendente la afirmación de la Junta Consultiva referente a «la finalidad que se observa en la Ley en el sentido de aproximar el régimen de preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas y de los poderes adjudicadores, aspecto este que se observa con nitidez en todo el Título I del Libro III de la Ley en los artículos 316 a 320» cuando la dicción del artículo 318 es clara a los efectos de no exigir la parte de la normativa afecta a la preparación. De hecho, de ser aplicable el artículo 118, la redacción del párrafo inicial debería ser otra distinta.
2. Acudir al argumento semántico, afirmando que los importes del artículo 318 son iguales que los del artículo 118, y que la dicción del artículo 318 es idéntica a la del artículo 131, no es de mayor peso que el argumento semántico contrario. El artículo 318 evita emplear el término «contrato menor» a pesar de que es utilizado de manera reiterada en el texto legal. Y, además, el artículo 318 regula estos contratos en fase de «adjudicación», no de «preparación», por lo que carece de sentido la remisión.
 3. El argumento semántico que se emplea es incompleto. La redacción del artículo 131.3 no es idéntica a la del artículo 318 a). El artículo 131.3 determina que los contratos menores «podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación», dicción idéntica que el artículo 318 a), pero el 131.3 añade que «cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118», lo que no se refleja en el artículo 318 a). Lo cual, por otro lado, es lógico, pues el artículo 118 pertenece al ámbito de la preparación. Sin embargo, el artículo 131 sí está ubicado en la fase de adjudicación, que es aplicable a los PANAP con arreglo a lo que determina el propio artículo 318. Y por dicha razón se justifica que la redacción sí sea idéntica. Es decir, teniendo en consideración que la verdadera naturaleza de un contrato menor es la de un «procedimiento de adjudicación», el artículo 318 ha establecido un sistema concreto de adjudicación para los PANAP, donde no se remite a la fase de preparación¹⁰.
 4. Si aceptamos la interpretación de la Junta Consultiva y de la AGE, llegaríamos a la conclusión de que el artículo 318 a) es redundante. No tendría un contenido autónomo en sí mismo, a pesar de que el artículo 318 es una norma especial pensada para los poderes adjudicadores¹¹.

¹⁰ El Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, referente a la «Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores» afirma que «la verdadera naturaleza jurídica del contrato menor es, precisamente, la de un procedimiento de adjudicación».

¹¹ Se pueden traer a colación los argumentos sobre el legislador racional y no redundante. Por todos, Ezquiaga (1994, pág. 94), advierte que «partiendo del principio de no redundancia en el ordenamiento jurídico, según el cual cada dis-

5. Acudir a criterios lógicos, como los de prácticas fraudulentas (señala el abogado del Estado que «no tendría sentido alguno que, refiriéndose el artículo 318.1 a) de la LCSP a los contratos menores conforme se ha indicado, se estableciese un diferente régimen según que la entidad contratante sea una Administración pública [régimen más rígido al tener que aplicarse la regla del artículo 118.3] o un poder adjudicador que no ostentase la condición de Administración pública [régimen menos rígido de no aplicarse la regla del artículo 118.3] cuando lo que se ha pretendido es evitar prácticas fraudulentas») tampoco creemos que sea relevante. Los criterios lógicos dependen del presupuesto de partida inicial. Por ejemplo, si partimos de la base de que un PANAP no es lo mismo que una Administración pública, es lógico entender que su régimen jurídico sea distinto (no se puede tratar igual a lo desigual). Abrir la tesis de las razones lógicas basadas en los principios de la ley, de cualquier tipo, llevaría a la necesaria revisión de toda la normativa de la LCSP que no fuera directamente aplicable a los PANAP para adivinar en qué casos existen «razones lógicas» para aplicar analógicamente la ley, como sucedería en todo lo aplicable a la preparación del contrato. Pero las razones lógicas parece que se emplean solo en lo que perjudica a estas entidades, pues nadie aboga, por ejemplo, que a estos poderes adjudicadores se les pueda aplicar las potestades que sí tienen las Administraciones Públicas¹². ¿Es lógico que solo se extienda vía interpretación imponer las restricciones de las Administraciones públicas pero no sus prebendas?

A mi juicio, el texto legal es claro¹³. Y los argumentos y justificaciones que presentan tanto la AGE como la Junta Consultiva está más en lo que debería ser que en la realidad legal de la norma. Si la LCSP hubiera querido que el régimen aplicable de los contratos menores fuera aplicable a los PANAP lo hubiera regulado de manera expresa. Bastaba con decir que serán aplicables las normas sobre la adjudicación y, además, el artículo 118 de la LCPS. Sin embargo, no lo ha dicho. Puede que, *de lege ferenda*, o con arreglo a criterios de buena gestión, fuera recomendable que estos poderes adjudicadores adoptaran de manera voluntaria el régimen del artículo 118. Pero una cuestión es que fuera aconsejable, y otra, distinta, que sea obligatorio. En este sentido, pueden verse los argumentos que tanto la Junta Consultiva como la AGE emplean sobre las

posición legal debe tener una incidencia autónoma, un particular significado, y no constituir una mera repetición de otras disposiciones legales, el argumento de la no redundancia justifica que, entre dos (o más) significados posibles de un enunciado, sea rechazado aquel (o aquellos) que supongan una mera repetición de lo establecido por otra disposición del ordenamiento». Y continúa señalando que «el intérprete no debe poner de manifiesto la redundancia del legislador al atribuir significado a los enunciados normativos, puesto que hacerlo supondría ir en contra de la voluntad del legislador racional, que es siempre que cada disposición tenga su significado específico».

¹² Como señala la Instrucción 3/2018 los PANAP no tienen las prerrogativas establecidas en el artículo 190 de la LCSP y «carecen también de la facultad de acordar con fuerza obligatoria para la otra parte la resolución del contrato y determinar los efectos de esta (autotutela declarativa), así como proceder ejecutivamente contra el contratista (autotutela ejecutiva), cuestiones que habrán de dirimirse, en caso de oposición del contratista, ante la jurisdicción civil».

¹³ Como defiende Arroyo (2018), «no existe margen de duda interpretativa».

mesas de contratación. En el caso de los PANAP concluyen que su constitución es *facultativa*, lo que no obsta, conforme ya señalaba la Instrucción 1/2008 de la AGE, que su constitución fuera una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia, y que se aconsejaba su establecimiento. En este caso se distingue claramente entre lo que es (no hay obligación de constituir una mesa de contratación) de lo que debe ser (su constitución se vincula a la consecución de los principios esenciales de la contratación). Pero no se da el salto de aplicar criterios lógicos, y entender que teniendo en consideración cuál es la razón de ser y finalidad de las mesas de contratación en la Administración pública, su constitución fuera obligatoria fuera de ese ámbito.

En este sentido, compartimos las palabras del profesor Tejedor Bielsa (2018) cuando afirma, al hacer referencia a las consideraciones sobre los contratos menores de la Instrucción 3/2018 y la Recomendación de 28 de febrero de 2018, que quizás quepa «considerar que lo que el legislador pretende es precisamente lo contrario y de ahí la letra de la Ley [...]. El "espíritu" tal cual lo ven algunos se impone a la letra que leemos todos; lo que algunos querían que la Ley dijese prevalece sobre lo que la Ley dice». Es decir, la letra de la ley es, como nosotros mantenemos, clara y no puede compartirse la opinión de la AGE y de la Junta Consultiva¹⁴.

Como he señalado, a mi juicio no es aplicable el régimen jurídico del artículo 118 de la LCSP, y, por tanto:

1. No es necesario el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato.
2. No es necesario que en el expediente se justifique que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación. Sin embargo, sí es de aplicación el artículo 99.2 de la LCSP, por lo que en todo caso debe acreditarse que no se está fraccionando el contrato¹⁵.
3. No es de aplicación el límite vinculado a que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo (art. 118.3), con independencia de la interpretación amplia que ha dado la Junta Consultiva a este requisito.

¹⁴ Advierte Tejedor Bielsa (2018) que la Junta Consultiva y la Abogacía del Estado «sientan unas bases, en general, que siempre tienden a la interpretación más restrictiva de la norma, basada en el principio de desconfianza en el gestor subyacente en la nueva LCSP y que nos aleja del derecho europeo. El interés general, en ese contexto, pasa a un segundo plano». Como señala este autor, «es el de la contratación pública un sector en el que la opinión empieza a pesar más que la norma».

¹⁵ A mi juicio, esto coincide con la interpretación que la Junta Consultiva ha dado sobre los contratos menores (Expediente 41/2017 y Expediente 42/2017), al afirmar que los límites de la adjudicación de los contratos menores a un solo licitador no se aplicarán «sus objetos [cuando] sean cualitativamente distintos o cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico».

4. No debe publicarse en el perfil del contratante los contratos menores de forma trimestral. Sí se aplica el artículo 335, referente a la información que debe remitirse a los órganos externos de fiscalización, en la medida en que exige que se remita «una relación del resto de contratos celebrados incluyendo los contratos menores, excepto aquellos que siendo su importe inferior a 5.000 euros se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores». Dentro del «resto de contratos» se incluirían los del artículo 318 a) de la LCSP. Y, de una manera más clara, el artículo 346.3 determina el deber de comunicar al Registro de Contratos «los datos básicos de los contratos por ellos adjudicados, entre los que figurará la identidad del adjudicatario, el importe de adjudicación de los mismos, junto con el desglose correspondiente del impuesto sobre el valor añadido», con el mismo límite de los 5.000 euros en el caso de anticipo de caja fija. En ambos casos, el problema es cómo interpretar el límite de los 5.000 euros, pues el concepto de anticipo de caja fija es de carácter presupuestario, vinculado a entidades públicas en sentido estricto y que no se aplica a los PANAP¹⁶. A mi juicio, siendo el nivel de sujeción de estos entes a la LCSP de una menor rigurosidad, y teniendo en consideración que sus contratos se han excluido del régimen de contratos menores, no sería necesario comunicar ningún contrato por importe superior a 5.000 euros.
5. No se les aplica los límites de la duración superior a un año ni lo que afecta a la prórroga, sin perjuicio de que para determinar el importe estimado del contrato y el procedimiento aplicable deba acudir al artículo 101 de la LCSP.

4. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN LOS CONTRATOS NO ARMONIZADOS

La segunda de las cuestiones controvertidas alcanza a la interpretación que debe darse al artículo 318 b) de la Ley 9/2017. Dicho precepto determina que «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 5.548.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 221.000 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». A su vez, el preámbulo de la norma advierte que los PANAP deben «adjudicar estos

¹⁶ El artículo 74.7 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, establece que «tendrán la condición de anticipos de caja fija las provisiones de fondos de carácter permanente que se realicen a Cajas Pagadoras para la atención inmediata y posterior aplicación al capítulo de gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto del año en que se realicen, de gastos periódicos o repetitivos, tales como dietas, gastos de locomoción, material no inventariable, conservación, tracto sucesivo y otros de similares características».

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 solo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones».

En la normativa existen distintos tipos de procedimientos regulados en los artículos 156 y siguientes, donde se recogen los procedimientos abiertos (art. 156); el procedimiento abierto simplificado (art. 159) que se puede emplear para los contratos cuyo valor estimado sea menor de 100.000 euros (para los contratos de servicios y suministros) y siempre que los criterios por juicios de valor no sean superiores al 25% (o 45% si es de carácter intelectual); el procedimiento «simplificadísimo» (art. 159.6), aplicable para contratos cuyo valor estimado sea inferior a 35.000 euros en suministros y servicios (80.000 en obras); el procedimiento restringido (art. 160), caracterizado por que empresarios presentan su «solicitud» para participar, y es la fundación quien «selecciona» a los que invita a presentar su oferta (mínimo de cinco y se puede establecer un máximo) y donde no se puede negociar; el procedimiento con negociación (art. 166); el diálogo competitivo (art. 172); y la asociación para la innovación (art. 177).

Lo que se ha cuestionado es si el PANAP tiene plena libertad para elegir cualquier procedimiento con independencia de límites económicos y objetivos. Es decir, si, por ejemplo, podría usar un procedimiento abierto simplificado por valor superior a 100.000 euros o simplificadísimo por valor superior a 35.000 euros. Gallego Córcoles (2018b) defiende que los anteriores límites no se aplica a las fundaciones públicas, aunque en el caso del procedimiento simplificadísimo entiende que aunque no aplique el límite, «la configuración del procedimiento es inidónea para ser empleado en procedimientos distintos»¹⁷. Arroyo (2018) mantiene que «el legislador deja opción a la entidad adjudicadora a que pueda escoger el procedimiento que considere más oportuno dentro de los previstos en esa Ley, sin sujetarse a los supuestos o condiciones habilitantes establecidos en los citados preceptos, como, por ejemplo, podrían ser las cuantías de los mismos. La utilización de los términos "pueda" y "cualquiera" avalan esta interpretación, de forma que la utilización del procedimiento correspondiente es potestativa para la entidad, dentro de los previstos en la Ley, pero no en los supuestos expresamente regulados allí. Ello se vería refrendado por el hecho de que cuando el legislador ha decidido establecer que sí que se deberán utilizar en los casos específicamente regulados en la norma, así lo ha regulado expresamente. A título de ejemplo, el citado artículo 318, letra b) de la LCSP, después de declarar la libertad de elección de procedimiento para este tipo de poderes adjudicadores, especifica que se exceptiona de ese elenco el negociado sin publicidad, que "únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168"». Y afirma este autor que «no podemos pasar por alto que el Consejo de Estado llegó a la misma conclusión que la aquí alcanzada en su Dictamen núm. 1.116/2015 de 10 de marzo de 2016 sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público». En el mismo sentido, Razquin Lizarraga y Vázquez Matilla (2017) mantienen que «estas entidades tienen una

¹⁷ En otra publicación, esta autora defiende Gallego Córcoles, (2018a, p. 1.080) que para los PANAP todos los procedimientos de licitación, a excepción del procedimiento negociado sin publicidad, tienen «carácter ordinario» en los supuestos que no estén sometidos a regulaciones armonizadas.

gran libertad de elección del procedimiento de adjudicación, puesto que pueden optar por cualquiera de ellos, salvo el negociado sin publicidad, que solo se podrá utilizar cuando concurran los supuestos excepcionales previstos en la LCSP».

Frente a estas opiniones, la Instrucción 3/2018 de la AGE mantiene que debe interpretarse que el artículo 318 b) da la «opción de elegir entre "los mismos" procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones públicas (a excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que solo será aplicable en los supuestos previstos en el artículo 168 de la LCSP)». Así, señala que el artículo 318 b) «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), habrán de entenderse aplicables siempre y cuando lo permita el valor estimado del contrato en cuestión [...]. 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, como 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 puedes 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 la garantía definitiva...), que solo se ha previsto y admitido el legislador en atención a la escasa cuantía del contrato»¹⁸.

Y con una argumentación muy parecida se pronuncia la Recomendación de la Junta Consultiva de 28 de febrero de 2018, donde se afirma que «tal remisión no puede entenderse ajustada a derecho si no alianza también el cumplimiento de los requisitos de acceso a cada uno de ellos, tal como ocurre, por ejemplo, en el caso del procedimiento abierto simplificado del artículo 159 en sus dos modalidades, los cuales se podrán emplear siempre y cuando se cumplan los requisitos sustantivos que permiten su uso, esto es, el relativo al valor estimado del contrato en cuestión, la limitación de la utilización de los criterios sujetos a un juicio de valor y los procedimentales que les son propios [...]. Otra solución conduciría a situaciones ajenas a la intención evidente del legislador. La omisión de los requisitos de acceso al procedimiento más simplificado permitiría flexibilizar injustificadamente la selección del contratista en contratos de los poderes adjudicadores de un valor estimado muy próximo al de los contratos sujetos a regulación armonizada. Tal circunstancia no es coherente con la finalidad de la norma y no debe reconocerse como ajustada a derecho».

¹⁸ En el Informe 2/18 emitido por el abogado general del Estado Eugenio López Álvarez al Instituto de Crédito Oficial de fecha 17 de enero de 2018 el texto es casi idéntico al de la Instrucción 3/2018. En este informe se mantiene igualmente que los distintos procedimientos «habrán de entenderse aplicables siempre y cuando lo permita el valor estimado del contrato en cuestión» pero, sin embargo, se añade que para la elección de los procedimientos debe respetarse «su caracterización y objeto».

A mi entender, tanto la AGE como la Junta Consultiva van más allá de lo que el legislador ha dispuesto. Debe distinguirse entre la *finalidad* de la norma plasmada en el texto legislativo, de una supuesta voluntad del legislador no recogida en el mismo. Así, entendemos que la tesis de la AGE y la Junta Consultiva presenta varios inconvenientes:

1. Dar por válida la interpretación del artículo 318 b) que hace la AGE y la Junta Consultiva supondría vaciar de contenido dicho precepto y hacerlo redundante. Si la voluntad del legislador hubiera sido que se aplicaran los mismos procedimientos y en las mismas condiciones que las Administraciones públicas, el artículo 318 b) sería innecesario y la redacción debería haber sido distinta. No tiene sentido señalar que «en la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones» si lo que se hace es aplicar *in totum* el mismo régimen jurídico¹⁹.
2. La mención del artículo 318 b) en el que se puede adjudicar por cualquiera de los procedimiento salvo en el caso de «procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168», carecería de alcance. Si, como entienden la AGE y la Junta Consultiva, hay una remisión *in totum* a los procedimientos de aplicación, la mención al artículo 168 sería superflua, pues en la remisión general estaría incluido el propio 168.
3. La argumentación de que el artículo 318 b) da «la opción de elegir entre "los mismos" procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones Públicas (a excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que solo será aplicable en los supuestos previstos en el artículo 168 de la LCSP)», no parece aceptable con arreglo a técnicas hermenéuticas. La opción de elegir entre los mismos procedimientos que las Administraciones públicas no parece que sea ninguna «opción» en sí misma. Sería, en su caso, una «remisión» a un régimen jurídico.
4. Desde un punto de política legislativa, esta interpretación supondría unificar el procedimiento para las Administraciones públicas y los PANAP cuando el legislador solo ha limitado dicha opción para los contratos sometidos a regulación armonizada²⁰.

¹⁹ El argumento es el mismo que empleamos sobre los contratos menores, donde hacíamos mención a criterios lógicos de interpretación basados en un legislador racional y no redundante (*vide* nota al pie 11 de este trabajo).

²⁰ La interpretación de este precepto no ha sido sencilla. El Consejo de Estado, en su Dictamen 1116/2015, examinado el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, ya señalaba que había tres posibles interpretaciones. Una sería entender que el recurso a los procedimientos mencionados expresamente ha de verificarse en términos imperativos, «aunque con esta solución se aproximarían notablemente, en materia de adjudicación, las regulaciones correspondientes a contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 316) y a contratos no sujetos a regulación armonizada». «La otra opción sería considerar que la aplicación de tales procedimientos tiene carácter potestativo y que los órganos competentes de las respectivas entidades pueden aprobar normas internas que regulen los procedimientos de contratación. Incluso cabe una tercera interpretación (Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento), que consiste en entender que los procedimientos de adjudicación han de ser los previstos en la Ley, pero que se pueden utilizar en supuestos distintos a los fijados legalmente». Defendía el Consejo de Estado que estas dos últimas opciones son las más acordes con el carácter de no sujetos a regulación armonizada de estos contratos.

5. El preámbulo del legislador, en este caso como manifestación de su voluntad, es claro; se «permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo se podrá hacer uso de él en los mismos supuestos que las citadas Administraciones». La interpretación de la AGE y la Junta Consultiva supondría dejar sin contenido la supuesta voluntad del legislador manifestada en el preámbulo.
6. El argumento lógico de que aquellos contratos por un valor estimado muy próximo a los contratos armonizados pudieran adjudicarse por el procedimiento más simplificado (el del artículo 159.9) contraría la finalidad de la norma y presenta, a nuestro parecer, varios inconvenientes. Así, tanto la Junta Consultiva como la AGE parecen centrar el argumento tomando como punto de comparación el procedimiento simplificadísimo (art. 159.6), que es un procedimiento muy específico, pero dejan al margen del razonamiento lógico al procedimiento simplificado (art. 159)²¹. ¿Cuál es el inconveniente en emplear este procedimiento en el caso de contratos inferiores a 221.000 euros? Por otro lado, no es suficiente con señalar que dicha opción «no parece que sea el designio del legislador» o que «conduciría a situaciones ajenas a la intención evidente del legislador». Sería necesario que examinaran, entonces, cuál es la finalidad del legislador con el artículo 318 de la LCSP, que exime de las reglas de la preparación de los contratos a estos poderes adjudicadores y que tiene unas normas especiales para la libertad de elección de procedimiento. ¿Por qué no existe un pronunciamiento sobre esta finalidad? Es más, el designio del legislador legalmente reflejado ha sido establecer un régimen distinto para los PANAP que para las Administraciones públicas pues, no en vano, una sociedad mercantil o una fundación pública no es una Administración; ni tienen su capacidad de gestión, ni los privilegios de las prerrogativas en los contratos (art. 190 de la LCSP), ni las facultades de autotutela²². ¿Por qué razón, entonces, tiene que obviarse este marco legal e igualar totalmente el régimen con las Administraciones públicas?

²¹ Resulta cuando menos curioso que la Instrucción 3/2018 de la AGE señale, con relación a las garantías, que no se puede aceptar 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 la garantía definitiva...), que solo ha previsto y admitido el legislador en atención a la escasa cuantía del contrato» cuando para los PANAP las garantías definitivas no son obligatorias. El artículo 114 de la LCSP tiene un precepto específico que determina que su exigencia es potestativa. Así lo reconoce la propia Instrucción 3/2018 en otro pasaje. Yáñez Díaz (2018) advierte que a los poderes adjudicadores no Administración pública «no les son de aplicación las reglas generales en materia de garantías cuya aplicación ha de reservarse a las Administraciones públicas» y «al tratarse de contratos privados y no serles de aplicación las reglas de la LCSP/2017 sobre las garantías en los contratos administrativos habrá de estarse a lo pactado en el contrato o lo indicado por la entidad contratante a la que se adhiera la contratista. Nada impide que lo pactado o establecido sea un régimen similar o idéntico al de las garantías en los contratos administrativos en virtud de la libertad de pactos recogida en los arts. 34 LCSP/2017 y 1255 del Código Civil».

²² Como señala la Instrucción 3/2018 de la AGE «dado que las entidades que ahora se consideran son poderes adjudicadores que no tiene la condición de Administraciones Públicas, cuyos contratos son privados, no resultan aplicables las prerrogativas que el artículo 190 de la LCSP» refiere para las Administraciones públicas.

En definitiva, los argumentos lógicos parecen llevar a otra conclusión que la mantenida tanto la por AGE como la Junta Consultiva en este apartado, que parecen estar orientados por criterios *de lege ferenda* más que *de lege data*²³. A nuestro juicio, los poderes adjudicadores tienen capacidad de elección entre los distintos procedimientos regulados en la adjudicación de contratos. Ciertamente, puede resultar problemático el llamado procedimiento simplificadísimo (art. 159.6) en la medida, fundamentalmente, de que no se exige ni acreditar solvencia económica y financiera ni técnica o profesional. Creemos que el artículo 159.6 solo se puede emplear dentro de su estricto ámbito legal en tanto se trata de un precepto de carácter excepcional a la normativa general sobre la solvencia. Los artículos 74 y siguientes de la LCSP exigen a todas las entidades que quieran contratar con el sector público (incluidos los PANAP) que tenga las condiciones de solvencia necesarias²⁴. Y el artículo 159.6 permite, por debajo de los umbrales de 35.000 euros para suministros y servicios y 80.000 para obras, no acreditar la solvencia. Pero es una norma excepcional²⁵. Si los PANAP pudieran emplear este procedimiento para importes superiores, estarían dejando sin contenido los artículos 74 y siguientes de la LCSP y los principios generales, que también se les aplican, establecidos en los artículos 1 y 28.

En cualquier caso, una cuestión diferente es si es o no aconsejable establecer internamente parámetros de elección, pero como una cuestión organizativa, que podría regularse en unas instrucciones internas de contratación²⁶.

²³ A nuestro parecer, argumentos de coherencia se postulan, precisamente, por la posición contraria. La exigencia de coherencia es esencial en Derecho, hasta el punto que debe constituirse como criterio de identificación e incluso como elemento legitimador (De Asís Roig, 1995, p. 28). El argumento de racionalidad del sistema supone que un sistema normativo, elaborado por un legislador razonable, no puede suministrar un resultado interpretativo o aplicativo de las normas que sea en sí mismo ilógico o inicuo (Santamaría Pastor, 1988, p. 399). Se trata del criterio apagógico, según el cual no puede darse un significado a una norma que provoque consecuencias absurdas, del criterio de la razonabilidad, que solo permite dar un significado distinto al dado con anterioridad por razones de razonabilidad, o el sistemático, que exige que las normas tengan sentido en relación con el resto del ordenamiento (*vide* De Asís Roig, 1995, pp. 186 y ss).

²⁴ El artículo 92 de la LCSP permite que, reglamentariamente, pueda eximirse de la exigencia de acreditación de la solvencia económica y financiera o de la solvencia técnica o profesional para contratos cuyo importe no supere cierto umbral.

²⁵ El artículo 92 *in fine* determina que «reglamentariamente podrá eximirse la exigencia de acreditación de la solvencia económica y financiera o de la solvencia técnica o profesional para los contratos cuyo importe no supere un determinado umbral». Como puede verse, legalmente se permite que, en función de que las cuantías no sean significativas, que no se acredite la solvencia.

²⁶ Díez Sastre (2017b, p. 14) advierte que, como consecuencia del artículo 318 b), «se abre un ámbito de incertidumbre para los operadores y para la garantía de los principios de la contratación, en la medida en que no se obliga a establecer de antemano cuáles serán los criterios que lleven a aplicar uno u otro procedimiento. Además, hay que tener en cuenta que no se establece ninguna previsión en relación con la fase de preparación del contrato, que será necesaria para tramitar los procedimientos de adjudicación aplicables. En este sentido, las Administraciones públicas podrían establecer las reglas que ordenen la utilización de unos u otros criterios, para los poderes adjudicadores que estén adscritos o vinculadas a ellas».

A) EFECTOS DE LA LIBERTAD DE PROCEDIMIENTOS SOBRE LA DIVISIÓN EN LOTES

El artículo 99.2 de la LCSP determina que «no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan». A su vez, el apartado 6 del artículo 99 reitera que «cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto». Estos preceptos, que se vinculan a la legalidad y transparencia, en la medida en que no deben fraccionarse los contratos a los efectos de evitar la aplicación de los procedimientos legales, tendrían una menor relevancia en los PANAP por aplicación del 318 de la LCSP. Si, como hemos entendido, los límites cuantitativos de los distintos procedimientos de adjudicación no vinculan a las fundaciones públicas, estas tendrán dos límites para los contratos de servicios y suministros. Por abajo, 15.000 euros de valor estimado²⁷. Por arriba, el umbral para los límites de regulación armonizada (en la actualidad 221.000 €). Por tanto, mientras que la totalidad del objeto del contrato se encuentre entre dicho límites, se podría «fraccionar» el contrato, en tanto no afecta ni a la publicidad ni a los procedimientos de adjudicación. Sí podrían afectar a la aplicación de los presupuestos del recurso especial en materia de contratación, que exige que el valor estimado del contrato sea superior a 100.000 euros (art. 44.1 LCSP). Pero, en teoría, el artículo 99.2 no toma como referencia los umbrales de este recurso como límite al fraccionamiento.

A efectos prácticos, cuando los distintos objetos de licitación sean superiores a 15.000 para suministros y servicios pero inferiores a 221.000 euros (umbral comunitario), los PANAP podrían optar por sacar procedimientos individuales o un procedimientos únicos por lotes.

5. INSTRUCCIONES INTERNAS DE CONTRATACIÓN, PREPARACIÓN DEL CONTRATO Y PERFIL DEL CONTRATANTE

Hasta la entrada en vigor de la LCSP 9/2017, los PANAP se regían, para los contratos no armonizados, por las instrucciones internas de contratación que en cada caso se aprobaban²⁸. En

²⁷ El artículo 118.3 de la LCSP exige que en «el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación». Como hemos señalado no es aplicable a las fundaciones el artículo 118 de la LCSP, pero sí lo es el artículo 99, por lo que la fundación debe poder acreditar que el objeto del contrato no ha sido objeto de fraccionamiento.

²⁸ Esto había sido criticado por la doctrina. Gimeno Feliu (2017) señala que con la nueva ley «se pone fin a una "deslegalización procedimental"» que, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, a la vez que

el preámbulo de la LCSP se determina que «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 resulta 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 cualesquiera de ellos»²⁹. Y, de hecho, en los artículos 316 a 320 de la LCSP no aparece referencia alguna a estas instrucciones de contratación, cuando sí se recogen en otros supuestos, como en el artículo 321 con relación a las entidades del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador.

La Recomendación de la Junta Consultiva de 28 de febrero de 2018 señala que las instrucciones internas han quedado suprimidas y que se «veda la posibilidad de que los poderes adjudicadores aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable, prohibición que debe alcanzar a cualquier efecto jurídico frente a terceros —en este caso los licitadores de los procedimientos de contratación—. Únicamente cabría admitir la existencia de instrucciones a los efectos meramente internos y organizativos. Por el contrario, el régimen procedimental y sustantivo de la selección del contratista será exclusivamente el definido por la norma legal respecto del procedimiento escogido para la licitación, siendo estos aspectos a los que cualquier instrucción interna no puede alcanzar eficazmente [...]. Por lo tanto, en caso de que se aprobasen instrucciones internas, con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica, debe contemplarse en ellas expresamente su eficacia meramente interna, reproduciendo el mandato del artículo 318 b), y explicitando que su aprobación no desplaza la aplicación obligatoria de los correspondientes preceptos legales». Y de la misma manera se pronuncia la Instrucción 3/2018 de la AGE, señalando que las instrucciones internas de contratación han quedado suprimidas desde este momento. Advierte, igualmente, la posibilidad de aprobar voluntariamente unas instrucciones internas, pero «a efectos meramente internos, explicativos y, especialmente, organizativos», de tal manera que en el 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 oponibles frente a terceros licitadores, ni deben

introducía innecesarias dosis de inseguridad jurídica que favorecían una fragmentación del mercado, lo que, a su vez, favorecía la aparición de prácticas de naturaleza clientelar, que impedían el efectivo funcionamiento —por inadecuada concurrencia— de las economías de escala. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el "caos" regulatorio de los distintos procedimientos de licitación».

²⁹ La Recomendación de la Junta Consultiva de 28 de febrero de 2018 señala que «esta nueva regulación supone la supresión para este tipo de contratos de la aplicabilidad de las instrucciones internas en el caso de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas».

ser objeto de publicación en el perfil del contratante». También a favor de una eficacia *ad intra* se pronuncia Gimeno Feliu (2018)³⁰.

En este caso sí compartimos las anteriores opiniones y entendemos que se pueden aprobar instrucciones internas con efectos meramente organizativos e internos, sin efectos jurídicos frente a terceros. En el este sentido, y como hemos señalado anteriormente, aun en el caso de que se aprobaran, no se podría fundar un recurso contencioso-administrativo (art. 27.1 c) de la LCSP) basado en cuestiones que puedan afectar a la preparación o adjudicación que sean de aplicación interna.

Cuestión distinta es si es o no conveniente tener unas instrucciones internas³¹. Vidal Monferrer (2018, p. 1.011) entiende que para los contratos no sujetos a regulación armonizada resulta recomendable la aprobación de unas instrucciones donde se recojan los trámites a los que el poder adjudicador quiera someterse en materia de preparación sin tener que aplicar la rigurosidad de las normas establecidas para las Administraciones públicas. Arroyo (2018) entiende si bien «la aprobación de las IIC no es obligatoria para los poderes adjudicadores no Administración pública, sí que estas son necesarias y altamente recomendables con la obligada finalidad de armonizar los distintos procedimientos que puedan utilizar, de forma indistinta, los sujetos obligados. De lo contrario se obligaría al órgano de contratación a decidir en cada contrato proyectado el procedimiento correspondiente con las concretas especificaciones que se considerasen oportunas para cada caso. Como apuntaba la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, los procedimientos utilizados han ser los previstos en la Ley, pero se pueden utilizar en supuestos distintos a los fijados en la norma. Además, no debemos olvidar que estas IIC podrían regular aspectos concretos concernientes a la preparación de los contratos, ya que no todos los preceptos de la Ley son aplicables a los poderes adjudicadores, no Administración Pública –p. ejemplo, composición de la Mesa de contratación; garantías; contenido del expediente de contratación–».

Y, ciertamente, parece conveniente regular y aprobar unas instrucciones internas de contratación, especialmente en todo aquello que afecte a la preparación del contrato, o cuestiones que tengan que ver con opciones legales de los PANAP (como las garantías) o la constitución de las mesas de contratación, pero siempre bajo el prisma de que debe aprobarse algo que sea realizable por el PANAP en función de su capacidad real de administración y proporcionado para lograr

³⁰ La disposición transitoria quinta (Instrucciones internas de contratación) dispone 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». Parecería del texto que las instrucciones siguen vigentes para los PANAP, sin embargo, se trata de una disposición descoordinada, que no se adaptó a los trámites parlamentarios, ya que en las primeras versiones de la norma sí aparecían como obligatorias las instrucciones internas (Gimeno Feliu, 2018). Tanto la AGE como la Junta Consultiva mantienen que dicha disposición se entiende limitada a las entidades del sector público que no tienen el carácter de poder adjudicador (art. 321).

³¹ El Consejo de Estado, en su Dictamen 1116/2015, examinado el anteproyecto de Ley de contratos del sector público, abogaba porque estas instrucciones fueran preceptivas.

una gestión eficiente. Pero, y en lo que afecta a este trabajo, es necesario examinar en qué medida la información del artículo 63 es exigible a los PANAP por la adjudicación de contratos no sometidos a regulación armonizada cuando esta se fundamenta en la aplicabilidad de la sección vinculada a la preparación del contrato (arts. 115 a 135).

1. Si bien el artículo 63.2 exige que estén disponibles las «instrucciones internas de contratación», cabe entender que no es aplicable a los PANAP, tal y como mantiene la AGE y la Junta Consultiva, al conceder a las mismas efectos meramente organizativos e internos.
2. Exige también el artículo 63 información sobre «La memoria justificativa del contrato». Esta memoria remite al artículo 116.4, que exige que se justifique en el expediente «e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional». Sin embargo, no hay que olvidar que el artículo 28 (sobre necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación) sí aplica a los PANAP, exigiendo que los contratos sean necesarios e idóneos. Por tanto, sí bien debe quedar constancia de la necesidad del contrato, entendemos que debe limitarse al ámbito interno, sin que sea necesaria su publicación en el perfil del contratante al ser una exigencia del artículo 116.
3. Debe publicarse también el «informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios». En este caso, el marco legal es más complejo. El artículo 116.4 exige que se justifique en el expediente «e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional». Pero, además, el artículo 30.3 de la LCSP determina que «la prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Libro II de la presente Ley». Se trata de una remisión a los artículos 308 a 315. En concreto, el artículo 308.2 dispone que «en ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores». A los PANAP sí se les aplica el artículo 30.3. Pero no se les aplica ni el artículo 116, ni tampoco el artículo 308, que está excluido por mor del artículo 319 de la LCSP. A mi juicio, al remitir de manera expresa el artículo 30.3 al artículo 308, que no es aplicable a los PANAP, supone que no se debe publicar en el perfil del contratante ningún informe de insuficiencia de medios.
4. El artículo 63 exige también «la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido». En el caso de los PANAP, y al existir libertad de elección del procedimiento, entendemos que tampoco será aplicable.

5. Tampoco es exigible que se publique el «documento de aprobación del expediente», al ser un documento exigido en fase de preparación (art. 117).
6. También es obligatoria la publicación del «pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes». Estos documentos se ubican en fase de preparación (art. 116.3 y arts. 121 a 130). En este caso, los PANAP no están obligados a publicar unos pliegos con los contenidos que exigen los artículos 121 y siguientes, pero sí están obligados a publicar los pliegos como elemento esencial de la propia adjudicación. No solo para la correcta concreción de la solvencia y de los criterios de adjudicación, sino también en tanto el artículo 35.2 de la LCSP determina que «el documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquellos». Y es obligatorio, en cumplimiento de los principios de contratación, que cuando un licitador se presenta a una licitación, tenga pleno conocimiento de la totalidad del marco que regulará las relaciones y condiciones.
7. El perfil del contratante exige la publicación de la composición de las mesas de contratación y de sus actas. En el caso de los PANAP, al no ser aplicable la normativa sobre mesas de contratación no sería exigible ningún deber sobre los órganos que internamente pudieran asumir sus funciones.

Por tanto, las anteriores obligaciones de publicación no son, a nuestro parecer, exigibles a los PANAP, sin perjuicio de que estos puedan publicar, si así lo estimaran, esta información o cualquier otra, al regular el artículo 63 la información mínima que debe proveerse.

6. CONCLUSIONES

La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público es una norma diseñada para las Administraciones públicas en sentido estricto, pero cuyo aplicación se exige en parte de su articulado a los poderes adjudicadores no Administración pública (PANAP). En lo que afecta a estas entidades es una norma poco precisa y técnicamente inconsistente en su forma de abordar la regulación. La deficiencia técnica legislativa ha hecho necesario que los órganos consultivos del Estado se hayan pronunciado sobre cómo interpretar su régimen legal. La Junta Consultiva ha emitido una recomendación, no vinculante, «en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público» de fecha 28 de febrero de 2018. Y la Abogacía del Estado ha dictado la Instrucción 3/2018, de 6 de marzo, «sobre la contratación de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública y de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores». En ambos casos, no se ha afrontado la totalidad de los problemas existentes con relación a estas entidades. Y, sobre todo, la interpretación que mantienen con relación a la adjudicación de los contratos no sometidos a regulación armonizada entendemos que no respeta la legislación.

1. La LCSP ha establecido en su artículo 318 (contratos no sometidos a regulación armonizada) que solo se les aplica la normativa vinculada a la adjudicación de los contratos (arts. 131 a 187) pero no la de preparación (arts. 115 a 118).
2. El artículo 318 a) de la LCSP determina que «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». El artículo 318 a) no denomina a estos contratos como menores ni remite a su régimen jurídico. Sin embargo, tanto la AGE como la Junta Consultiva entiende que es aplicable íntegramente el régimen de los contratos menores (art. 118), fundamentando su aplicación en criterios semánticos y de carácter lógico. A nuestro juicio, con otra parte de la doctrina, el texto legal es claro y los distintos criterios de interpretación abogan, por el contrario, por mantener que el régimen del artículo 318 a) es autónomo del de los contratos menores. Por tanto, no se aplica su régimen jurídico (ni en lo que afecta al artículo 118, ni en la publicación del artículo 63, ni en la duración del contrato –art. 29–).
3. El artículo 318 b) de la LCSP dispone que «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 5.548.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 221.000 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». Lo que se ha cuestionado es si el PANAP tiene plena libertad para elegir cualquier procedimiento con independencia de límites económicos y objetivos. Es decir, si, por ejemplo, podría usar un procedimiento abierto simplificado por valor superior a 100.000 euros. Tanto la AGE como la Junta Consultiva mantienen que se trata de un régimen de remisión *in totum* al articulado de la norma, por lo que la capacidad de elección lo será en los mismos términos que cualquier Administración pública. Es decir, no podrían usar el procedimiento simplificado por importes superiores a 100.000 euros. A nuestro juicio, con otra parte de la doctrina, sí hay derecho de elección de procedimientos. Los distintos criterios de interpretación llevan a mantener que el legislador ha querido dar a los PANAP un régimen jurídico más laxo que el de las Administraciones públicas. Por tanto, existe libertad de elección del procedimiento al margen de los umbrales aplicables para las Administraciones públicas. Sin embargo, sí entendemos que el procedimiento simplificado del artículo 159.6 solo se puede emplear dentro de su estricto ámbito legal en tanto se trata de un precepto de carácter excepcional a la normativa general sobre la solvencia. Los artículos 74 y siguientes de la LCSP exigen a todas las entidades que quieran contratar con el sector público (incluidos los PANAP) que tenga las condiciones de solvencia necesarias. Y el artículo 159.6 permite, por debajo de los umbrales de

35.000 euros para suministros y servicios y 80.000 para obras, no acreditar la solvencia. Pero es una norma excepcional, donde la libertad de elección de los PANAP no puede socavar la posibilidad de contratar sin verificar la solvencia.

4. Las instrucciones internas de contratación de los PANAP han quedado suprimidas. No es posible que se aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable, prohibición que debe alcanzar a cualquier efecto jurídico frente a terceros. Únicamente cabría admitir la existencia de instrucciones a los efectos meramente internos y organizativos. Por el contrario, el régimen procedimental y sustantivo de la selección del contratista será exclusivamente el definido por la norma legal respecto del procedimiento escogido para la licitación, siendo estos aspectos a los que cualquier instrucción interna no puede alcanzar eficazmente.

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que es conveniente regular y aprobar unas instrucciones internas de contratación, especialmente en todo aquello que afecte a la preparación del contrato, o cuestiones que tengan que ver con opciones legales de los PANAP (como las garantías) o la constitución de las mesas de contratación, pero siempre bajo el prisma de que debe aprobarse algo que sea realizable por el PANAP en función de su capacidad real de administración y proporcionado para lograr una gestión eficiente.

5. La información que es necesario registrar en el perfil del contratante (art. 63) está diseñada para las Administraciones públicas en sentido estricto. Con arreglo a la regulación específica de los PANAP entendemos que no se debe reflejar la siguiente información: las instrucciones internas de contratación que se aprueben a meros efectos internos; la memoria justificativa del contrato; el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios; la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido; el documento de aprobación del expediente; la información sobre las mesas de contratación y de sus actas; información sobre contratos menores.

Referencias bibliográficas

- Arroyo, A., (2018). La adjudicación de los contratos no armonizados por los poderes adjudicadores, no Administración Pública en la nueva Ley de Contratos del Sector público. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2.
- Díez Sastre, S. (2017a). *¿El nuevo régimen de los contratos menores se aplica a todos los entes del sector público*. Instituto de Derecho Local. UAM. Recuperado de <<http://www.idluam.org/blog/?p=490>>.
- Díez Sastre, S. (2017b). *Ejes de la reforma y nueva sistemática de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: El régimen jurídico aplicable*. Recuperado de <<https://www.fmc.cat/documents/23829/doc/PonenciaDiez.pdf>>.
- De Asís Roig, R. (1995). *Jueces y Normas (La decisión judicial desde el Ordenamiento)*. Madrid: Marcial Pons.

- Ezquiaga, F. J. (1994). Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 1.
- Gallego Córcoles, S. (2018a). Los procedimientos abierto, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo. En Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del Sector Público*. Pamplona: Aranzadi.
- Gallego Córcoles, S. (2018b). El procedimiento abierto simplificado y el procedimiento «simplificadísimo». *Contratación Administrativa Práctica*, 153.
- Gimeno Feliu, J. M., (2017). La nueva Ley de Contratos del Sector Público: Un nuevo escenario para la contratación pública. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 23.
- Gimeno Feliu, J. M. (2018). «A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública en la ley 9/2017, de contratos del sector público», *Observatorio de Contratación Pública* (7 de febrero de 2018), en la página web <<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.345/rekategoria.208/reلمenu.3/chk.e113ad2d337abdb1c2b860a0263b1b81>>
- González-Varas Ibáñez, S. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III: *Contratación pública comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. Madrid: Civitas.
- López Álvarez, E. (17 de enero de 2018). Informe 2/18 emitido por el Abogado General del Estado al Instituto de Crédito Oficial.
- Martínez Fernández, J., M. (2017). La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 20.
- Razquin Lizarraga, M. M.^a y Vázquez Matilla, F. J. (2017). *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Pamplona: Aranzadi.
- Santamaría Pastor, J. A. (1998), *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Ramón Areces.
- Tejedor Bielsa, J. (2018). *Del contrato menor, la interpretación rampante y la perplejidad del gestor público*. Recuperado de <<http://www.administracionpublica.com/>> (9 de marzo de 2018).
- Vidal Monferrer, R. (2018). Los contratos del sector público no administración pública. En Palomar Ojeda y Garcés San Agustín (dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. Madrid: La Ley.
- Yáñez Díaz, C. (2018). Régimen jurídico de las garantías en la contratación pública. En Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del Sector Público*. Pamplona: Aranzadi.