
Consultas preliminares del mercado en la contratación pública local: aproximación sistemática a su régimen jurídico*

Silvia Díez Sastre

Profesora Titular de Derecho Administrativo

(acr. Catedrática de Universidad)

Instituto de Derecho Local

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-3103-0469

RESUMEN

Las consultas preliminares del mercado se han extendido desde la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como una herramienta útil para mejorar el diseño de los procedimientos de contratación e informar a los posibles interesados de las necesidades de las entidades adjudicadoras. En el ámbito local su uso se orienta, fundamentalmente, a obtener información sobre los aspectos económicos de las licitaciones; en una parte importante de los casos no logran atraer el interés de un elevado número de participantes. El presente trabajo analiza de forma crítica el régimen jurídico vigente para las consultas preliminares del mercado,

* Fecha de finalización del trabajo: 11 de febrero de 2024.

Una parte importante de este trabajo se realizó en el marco de una estancia en la Ludwig-Maximilians-Universität München en enero de 2024 en la cátedra del profesor Martin BURGL, a quien agradezco el acceso a los fondos de su biblioteca especializada en contratación pública para mejorar los resultados de esta investigación. Asimismo, el borrador fue objeto de discusión el 7 de marzo de 2024 en el Seminario de Investigación en Derecho Administrativo, organizado en la UAM por la profesora Sofia SIMOU. Le agradezco a ella y a todos los asistentes los valiosos comentarios y observaciones que me formularon y que han ayudado a mejorar el texto final.

Los párrafos se han numerado con la finalidad de facilitar la realización de remisiones internas dentro del texto. Estas remisiones se realizarán entre corchetes y con el símbolo de párrafo —ejemplo: [§ 4]—.

estudiando especialmente su puesta en práctica en el ámbito local, y encajándolas en el marco más amplio de las actuaciones administrativas sin procedimiento.

Palabras clave: consultas preliminares del mercado; actividad administrativa sin procedimiento; competencia; igualdad; transparencia.

Preliminary Market Consultations in Local Public Procurement: Systematic Approach to its Legal Framework

ABSTRACT

Preliminary market consultations have spread since the entry into force of Directive 2014/24/EU and Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts, as a useful tool to improve the design of procurement procedures and inform potential bidders of the needs of public authorities. At the local level, their use is mainly oriented to obtain information on the economic aspects of the tenders; in a large number of cases, they fail to attract the interest of a large number of participants. This paper analyzes critically the current legal regime for preliminary market consultations, studying in particular their implementation at the local level, and fitting them into the broader framework of administrative actions without procedure.

Keywords: preliminary market consultations; administrative activity without procedure; competition; equality; transparency.

Abreviaturas utilizadas: acr.: acreditada; art.: artículo; arts.: artículos; CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia; CPM: consultas preliminares del mercado; dir.: director; Directiva 2014/18/CE: Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; Directiva 2014/24/UE: Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/25/UE: Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; dirs.: directores; ed.: edición; eds.: editores; JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa; LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; LFCP: Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos; LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; núm.: número; OARC: Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi; OIREscon: Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación; OLG: *Oberlandesgericht* (Tribunal Superior Regional, Alemania); párr.: párrafo; PLACSP: Plataforma de Contratos del Sector Público; pp.: páginas; Real Decreto-ley 3/2020: Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales; SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional; ss.: siguientes; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TACP: Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid; TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; TARCJA: Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; TCCSP: Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; VgV: *Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge*; vol.: volumen.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. MARCO JURÍDICO: 2.1. Normas aplicables. 2.2. Ámbito subjetivo: 2.2.1. Órganos de contratación. 2.2.2. Participantes. 2.3. Ámbito objetivo: 2.3.1. Concepto de consulta preliminar del mercado. 2.3.2. Tipos contractuales. 2.3.3. Objeto.—3. LAS CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SIN PROCEDIMIENTO.—4. DIRECTRICES PARA LA REALIZACIÓN DE CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO: 4.1. Discrecionalidad para la realización de consultas preliminares del mercado. 4.2. Realización previa al procedimiento de contratación. 4.3. Flexibilidad en el desarrollo de las consultas. 4.4. Deber de publicidad. 4.5. No sustitución de la licitación posterior.—5. CONDICIONAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN POSTERIOR: 5.1. Incorporación de informe en el expediente de contratación. 5.2. Diseño del contrato y desarrollo de la licitación. 5.3. Garantía de igualdad entre los participantes en la licitación.—6. POSICIÓN JURÍDICO-SUBJETIVA DE LOS PARTICIPANTES EN LAS CONSULTAS.—7. CONTROL.—8. ALTERNATIVAS A LAS CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO.—9. REFLEXIONES FINALES.—10. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

1. El contacto entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos con carácter previo a los procedimientos de adjudicación, es un foco de numerosos problemas jurídicos relacionados con la igualdad de acceso a la licitación y no discriminación, el falseamiento de la competencia y la transparencia, debido al riesgo de captura del órgano de contratación¹. En algunos casos, esos contactos previos pueden estar vinculados a conductas corruptas²; sin embargo, en la práctica, muchos de esos contactos son necesarios para promover la celebración de contratos públicos más eficientes. La contratación pública contemporánea es un escenario de información asimétrica y escasa de los órganos de contratación³. Los entes del sector público, en especial, las Administraciones públicas, tienen dificultades para conocer el mercado, las soluciones que ofrece y las condiciones en que lo hace, en especial, el precio. El contacto previo con agentes concededores del mercado o participantes en él, puede colmar las lagunas informativas de los entes adjudicadores sobre la oferta disponible en el mercado para diseñar y tramitar mejor la licitación⁴. Del mismo modo, los operadores económicos (especialmente las pymes) pueden superar las barreras de acceso a la contratación pública si tienen información previa sobre las necesidades y requerimientos de las entidades del sector público, al tener más tiempo para preparar sus posibles ofertas⁵; de ese modo se podría asegurar una mayor competencia en los procedimientos de licitación⁶.

¹ CNMC, G-2019-02, *Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, 16 de diciembre de 2020, p. 19.

² En detalle, C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1051).

³ CNMC, *Informe sobre el Anteproyecto de LCSP*, 16 de julio de 2015, IPN/CNMC/010/15 APL, III.2.7.1. CPM.

⁴ A. SEMPLE (2015: 71); M.^a B. LÓPEZ DONAIRE (2017: 3); V. WAGNER (2021: 953).

⁵ E. RIIHIMÄKI y S. PEKKOLA (2021: 2). Informe de la JCCA de Cataluña 19/2014, de 17 de diciembre.

⁶ A. SEMPLE (2015: 149).

2. Las consultas preliminares del mercado (CPM) o solicitud de información (*Request for Information*)⁷ son una de las diversas opciones disponibles para lograr estos dos fines de forma transparente, que pueden beneficiar tanto a las entidades adjudicadoras como a los operadores económicos⁸, siempre que se desarrollen dentro de los límites del ordenamiento jurídico⁹. Gracias a estas consultas el órgano de contratación puede confirmar si el producto o tecnología que necesita está disponible en el mercado y en qué condiciones, de tiempo y de coste, fundamentalmente¹⁰. Con ese conocimiento, podrá diseñar contratos de forma más eficaz y eficiente, contribuyendo a una mejor programación de su actividad contractual, que se dará a conocer a los operadores económicos; en ese sentido, las CPM se asocian con el proceso más amplio de planificación global de la contratación pública¹¹.

3. Desde que las CPM se regularon en la Directiva 2014/24/UE y en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), su utilización ha ido en aumento, especialmente en el ámbito local. La información que ofrece OIREscon en sus informes anuales de supervisión ofrece una imagen clara del recurso a esta herramienta. Como se muestra en la siguiente tabla, en 2019 sólo el 15 por 100 de las consultas se celebraron en el ámbito local; ese porcentaje se eleva casi a la mitad de las consultas que se llevaron a cabo en 2022.

TABLA 1. NÚMERO DE CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO (CPM), EN ESPECIAL, EN EL ÁMBITO LOCAL, POR AÑO (2019-2022)
[EN NÚMERO Y EN PORCENTAJE]

<i>Año</i>	<i>Total</i>	<i>Nivel local</i>	
2019	173	27	15%
2020	418	169	40%
2021	458	170	37%
2022	642	283	44%

Fuente: elaboración propia a partir de los informes anuales de supervisión de OIREscon, que se nutre de datos de la PLACSP y de las plataformas autonómicas.

4. Estos datos pueden contrastar con la idea extendida de que las CPM cobran sentido, especialmente, en la preparación de contratos complejos, en el ámbito de la innovación¹²; ya que las entidades locales no son los sujetos contratantes típicos de

⁷ Dictamen del Consejo de Estado 1.116/2015, de 10 de marzo. «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

⁸ E. RIIHIMÄKI y S. PEKKOLA (2021: 2); I.-G. POPA (2022: 70).

⁹ Comisión Galega de la Competencia, *Municipios y competencia: «El impacto de las actuaciones públicas municipales sobre la competencia». La prórroga de las concesiones de servicios.*

¹⁰ O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 179-180); W. A. JANSSEN (2023: 49).

¹¹ Dictamen del Consejo de Estado 1.116/2015, de 10 de marzo. «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

¹² Entre otros, O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 180); P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018); I.-G. POPA (2022: 70).

este tipo de prestaciones. En la práctica, recurren a las consultas para obtener información relacionada con contratos ordinarios, referidos a prestaciones recurrentes. Este uso puede explicarse por distintos factores. Uno de ellos puede ser el incremento de las obligaciones de motivación del expediente de contratación incluidas en la LCSP a partir de 2018¹³; en especial, el cálculo del presupuesto base de licitación exige un desglose de los costes directos e indirectos, especificando los costes salariales (art. 100.2 LCSP), que muchas veces los entes locales no están en condiciones de realizar. Las consultas preliminares orientadas a solicitar información sobre los costes de ejecución del contrato podrían vincularse al cumplimiento de esta exigencia. Otro factor para tener en cuenta puede ser el hecho de que contratos aparentemente sencillos, por recurrentes, no son tales, debido a las eventualidades que pueden aparecer en un mercado global. Los mercados son cada vez más dinámicos y es posible que las condiciones hayan cambiado desde la última licitación realizada¹⁴. Piénsese en la dificultad que entraña diseñar un contrato de suministro de energía eléctrica, debido a las fluctuaciones de los precios; o un contrato de mantenimiento de la flota de vehículos municipales, que exige prever todas las posibles necesidades que pueden llegar a surgir durante la ejecución del contrato, incluyendo el precio de cada uno de los posibles recambios, por poner sólo algunos ejemplos.

5. En ese contexto, el presente trabajo tiene como objeto examinar el régimen jurídico aplicable a las CPM en España para valorar, en especial, su adecuación a las particularidades de las entidades locales. El análisis del material jurídico se combina con los datos disponibles sobre la utilización de las consultas en el ámbito local; además, se introducen algunas referencias de Derecho comparado, especialmente alemán. Con el fin de enriquecer los resultados del estudio, se parte de una aproximación dogmática, sistemática: las consultas preliminares del mercado se ubican en el cuadro de actuaciones administrativas dentro de la actividad administrativa sin procedimiento. Como otras fórmulas de este tipo, las consultas plantean dificultades en su regulación y puesta en práctica, debido al amplio margen de discrecionalidad de que dispone la Administración; así como en la determinación de sus consecuencias jurídicas en términos de control de la actividad administrativa y de tutela de las posiciones jurídico-subjetivas de los posibles participantes. Por otro lado, se plantean dudas sobre las exigencias que se pueden proyectar sobre la realización de esta actividad por terceros, cuando es objeto de externalización. A estas y otras cuestiones se hace referencia seguidamente.

2. MARCO JURÍDICO

6. El análisis del régimen jurídico de las CPM comienza por el marco jurídico. En este apartado se exponen cuáles son las normas aplicables, así como su ámbito

¹³ I. GALLEGO CÓRCOLES (2019).

¹⁴ A. SEMPLE (2015: 147).

subjetivo y objetivo de aplicación. En el ámbito subjetivo se determinan cuáles son los sujetos que se someten a las prescripciones contenidas en las normas vigentes, así como cuál es el perfil de los posibles participantes. En el ámbito objetivo se analiza, en primer lugar, el concepto de CPM; en segundo lugar, se concretan los tipos de contratos a los que se pueden referir; y, en último lugar, se precisa cuál es el objeto que pueden tener las consultas.

2.1. Normas aplicables

7. Las CPM aparecen por primera vez en el articulado de las Directivas de 2014 (art. 40 de la Directiva 2014/24/UE y, en igual sentido, art. 57 de la Directiva 2014/25/UE) y, como consecuencia de su transposición, en la LCSP (art. 115). En ambos casos, la regulación de las consultas se ubica dentro de las disposiciones referidas a la preparación de los contratos públicos. Anteriormente, se había hecho referencia en el entorno europeo a la posibilidad de llevar a cabo un «diálogo técnico» con los operadores económicos, regulado por ley, en los casos de contratos que revistieran una especial complejidad¹⁵; no obstante, esta posibilidad no llegó a plasmarse en normas vinculantes de Derecho positivo¹⁶. Esta es, así, la primera vez que se regula el contacto entre entidades adjudicadoras y operadores económicos con carácter pre-procedimental; lo que se diferencia sustancialmente de las reglas del diálogo competitivo (art. 31 de la Directiva 2014/24/UE; arts. 172-176 LCSP) o de la asociación de la innovación (art. 32 de la Directiva 2014/24/UE; arts. 177-182 LCSP) que incluyen ese contacto dentro de la fase inicial de un procedimiento formalmente iniciado.

8. El contenido del art. 40 de la Directiva 2014/24/UE, dedicado a las CPM, es parco y abre un amplio margen de configuración a los poderes adjudicadores:

«Antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación.

Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia».

¹⁵ *Libro Verde de la contratación pública europea: Reflexiones para el futuro*, Comunicación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 1996; Comunicación de la Comisión Europea «*La contratación pública en la Unión Europea*», de 11 de marzo de 1998. Al respecto, D. C. DRAGOS (2021a: 448).

¹⁶ Únicamente el considerando 8 de la Directiva 2004/18/CE aludió a esta posibilidad: «Antes del lanzamiento de un procedimiento de adjudicación de un contrato, los poderes adjudicadores pueden mediante un «diálogo técnico» solicitar o aceptar asesoramiento que podrá utilizarse para determinar el pliego de condiciones, siempre que dicho asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia». Sobre los antecedentes de esta regulación, en detalle, I. GALLEGO CÓRCOLES (2019).

De la lectura del precepto se desprende que las únicas reglas vinculantes para los Estados miembros son, por un lado, el momento temporal en el que deben desarrollarse las consultas, antes del procedimiento de contratación; y, por otro lado, el respeto por las reglas de competencia en la licitación y de los principios de igualdad y transparencia¹⁷. El resto de los elementos, cuál sea el objeto de la consulta, la forma en que se desarrolle, los participantes, o la introducción de posibles requisitos formales, se deja al arbitrio, en su caso, de los legisladores nacionales. Desde la perspectiva europea tiene sentido que se abra este amplio margen de discrecionalidad con el fin de asegurar la utilidad y eficacia de las consultas, al permitir que los poderes adjudicadores puedan ajustar esta herramienta a las necesidades que vayan surgiendo en su actividad de contratación con flexibilidad.

9. La regulación en torno a las CPM y sus efectos no se termina en el art. 40 de la Directiva 2014/24/UE. El principal problema que puede derivarse de las consultas, el falseamiento de la competencia y de la igualdad en el procedimiento de contratación posterior, se aborda desde la óptica más amplia del art. 41 de la Directiva 2014/24/UE (replicada en el art. 58 de la Directiva 2014/25/UE)¹⁸. Tanto si un operador económico ha participado en CPM como si ha colaborado de otro modo en la preparación del procedimiento, el poder adjudicador debe adoptar las medidas adecuadas para evitar que su participación en la licitación posterior conduzca al falseamiento de la competencia; bien por el diseño de un pliego a medida, bien por la existencia de conductas colusorias, por ejemplo. Esas medidas deben incluir tanto la comunicación al resto de participantes de la información intercambiada en el contacto previo como el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas —obviamente quien conociera previamente las necesidades del poder adjudicador podría elaborar la oferta en menos tiempo—. La exclusión de quien participó en consultas preliminares o tuvo contacto previo con el poder adjudicador, sólo se llevará a cabo cuando no haya otro medio para asegurar el principio de igualdad de trato. En ese caso, hay que dar la oportunidad al licitador de demostrar que no falseará la competencia.

10. El legislador básico estatal ha transpuesto el contenido del art. 40 de la Directiva 2014/24/UE en el art. 115 LCSP —por su parte, el art. 57 de la Directiva 2014/25/UE se transpone por el art. 41 del Real Decreto-ley 3/2020—; el legislador navarro prevé reglas muy similares en el art. 48 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP). Como en otros supuestos de transposición de las Directivas, el legislador básico ha optado por densificar considerablemente la regulación contenida a nivel europeo —a diferencia de lo que se puede observar en otros países—¹⁹, alejándose

¹⁷ Esta regulación puede llegar a tener eficacia directa, como se expone en la Resolución TACRC 244/2022, de 24 de febrero, en alusión a la Recomendación de la JCCA del Estado de 15 de marzo de 2016.

¹⁸ A. SEMPLE (2015: 72).

¹⁹ Sirva de ejemplo la parquedad con que se regulan las CPM en Alemania, en el § 28 del Reglamento de adjudicación de contratos públicos (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge*, VgV); así como la ten-

en algunos puntos de su esencia originaria²⁰. Entre otras exigencias, se deben publicar las consultas en el perfil de contratante (art. 115.1 LCSP), así como elaborar un informe que se incorpore al expediente de contratación que pueda abrirse con posterioridad (art. 115.3 LCSP). En su momento, el Consejo de Estado criticó este exceso de reglamentismo, al considerar que algunas de las previsiones son propias de una norma de rango reglamentario y no de la ley²¹. Sin embargo, a mi juicio, no se trata de un problema de rango normativo, sino de la existencia misma de la regulación. Se trata de constreñir la libertad de los órganos de contratación para realizar CPM con el fin de evitar la posible vulneración de los principios de la contratación pública, en especial, los principios de igualdad y no discriminación. Sin embargo, la desconfianza del legislador en el sector público que subyace a la regulación conduce al diseño de un régimen jurídico, en ocasiones, confuso, que entra en contradicción con los fines propios de las CPM sin añadir una mayor densidad de control sobre este tipo de actuación administrativa, como se pondrá de manifiesto a lo largo de la exposición.

11. Finalmente, el contenido del art. 41 de la Directiva 2014/24/UE se prevé en el art. 70 LCSP, que no se refiere de forma directa a las CPM (como sí hace la norma europea). No obstante, este precepto incluye claramente los casos en que las consultas se dirijan a operadores económicos, ya que se refiere al establecimiento de contactos con operadores económicos antes del procedimiento de licitación. Este precepto reconoce, además, un derecho de audiencia de quienes tuvieron contacto con el ente adjudicador en la preparación del contrato para demostrar que su participación en el procedimiento de contratación no falsea la competencia (art. 70.1 LCSP). Se concreta, de esta manera, la previsión contenida en la Directiva creando un derecho de audiencia a favor de los posibles participantes; sobre esta cuestión se vuelve más adelante cuando se analiza la posición jurídico-subjetiva de los participantes en las consultas [*infra* §§ 59 y ss.].

2.2. Ámbito subjetivo

2.2.1. Órganos de contratación

12. La Directiva 2014/24/UE regula las consultas que celebran los poderes adjudicadores, que son los sujetos incluidos en su ámbito subjetivo de aplicación (art. 1.1). Sin embargo, a nivel interno, la ley se refiere a los «órganos de contratación» (art. 115.1 LCSP); que se definen como los órganos que, en las distintas entidades del sector público, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos (art. 61 LCSP). El problema está en determinar los órganos de qué tipo de entes del sector público de la LCSP están so-

dencia a utilizar de forma habitual fórmulas de diálogo con los operadores económicos en Reino Unido (sobre esto último, I. GALLEGO CÓRCOLES: 2019).

²⁰ C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1052).

²¹ Dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo. «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

metidos a lo dispuesto en el art. 115 LCSP. Este precepto inaugura el Libro II, dedicado a los contratos de las Administraciones públicas, y se ubica en la Sección 1.^a del Capítulo I del Título I, referida a las disposiciones generales sobre la preparación de los contratos de las Administraciones públicas. Es claro, así, que cuando las Administraciones públicas efectúen CPM para cualquiera de sus contratos —armonizados o no— deben sujetarse a lo dispuesto en este artículo. En el caso de las entidades locales, no hay duda de su respeto a lo dispuesto en el art. 115 LCSP. El sometimiento del resto de entidades del sector público a estas reglas exige un análisis ulterior; aunque en la doctrina se ha abogado por la aplicación del art. 115 LCSP²². Esto afectaría a las entidades instrumentales locales que no tengan la condición de Administración pública.

13. El Libro III de la LCSP regula los contratos de otros entes del sector público, que no son Administración pública. En el caso de los poderes adjudicadores que no son Administración pública se establece una remisión a las reglas de preparación y adjudicación contenidas en las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro II, cuando el contrato tenga carácter armonizado —esto es, cuando concurren los objetos y umbrales dispuestos a nivel europeo (arts. 19-22 LCSP)—. En esos supuestos, es preciso regirse por lo dispuesto en el art. 115 LCSP. En el caso de los contratos no armonizados, el legislador únicamente se refiere a las reglas de adjudicación y no a las de preparación. De ahí se deduce que las CPM que se celebren estarán sometidas lógicamente a los principios generales de la contratación pública de la LCSP y a otras reglas generales de la ley que puedan resultar de aplicación, pero no a las normas específicas contenidas en el art. 115 LCSP —en especial, a las exigencias formales de elaboración de un informe posterior y de publicidad—²³. Si la entidad sigue lo dispuesto en el art. 115 LCSP, lo hará de forma voluntaria. Asimismo, los participantes en una licitación posterior no podrán exigir que en las consultas celebradas se diera cumplimiento a lo dispuesto en el art. 115 LCSP, que no es aplicable en esos casos. Ciertamente, en ocasiones podrá haber dudas del posible carácter armonizado del contrato²⁴; en esos casos tendrá sentido someterse al art. 115 LCSP. Eso no sucederá, sin embargo, cuando el contrato claramente no supere el umbral de armonización.

14. Por lo que respecta a las entidades del sector público que no son poder adjudicador, el art. 321 LCSP únicamente se refiere a la adjudicación de los contratos y no a su preparación. Sólo se alude a la preparación para referirse a la impugnación de las actuaciones de preparación en vía administrativa ante la entidad de tutela correspondiente (art. 321.5 LCSP). Así pues, los órganos de contratación de este tipo de entidades

²² I. GALLEGO CÓRCOLES (2019); F. J. VÁZQUEZ MATILLA (2019).

²³ F. J. VÁZQUEZ MATILLA (2019: 4) recomienda en este caso seguir lo dispuesto en los arts. 40 y 41 de la Directiva 2014/24/UE, sin embargo, se trata de contratos no armonizados, por lo que no existe ningún apoyo en la estructura del sistema de fuentes para hacer esa remisión, aunque sea interpretativa. El mismo resultado, consistente en someter las CPM a los principios generales de la contratación y a las reglas generales, como las relativas a la participación previa de candidatos y licitadores (art. 70 LCSP) se logra con el sometimiento a la LCSP.

²⁴ Alerta de esta situación: I. GALLEGO CÓRCOLES (2019).

podrán llevar a cabo CPM siempre que respeten los principios y reglas generales de la LCSP, sin someterse en ningún caso a las concretas exigencias del art. 115 LCSP²⁵, en los términos que se han señalado para los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores que no son Administración pública.

15. Por último, hay que analizar el ámbito subjetivo de aplicación del art. 70.1 LCSP, referido a las condiciones especiales de compatibilidad de quienes han entablado un contacto con el órgano de contratación durante la preparación del contrato. Este precepto se dirige también a los órganos de contratación, pero, a diferencia del art. 115 LCSP, se proyecta sobre todos los entes del sector público, ya que se ubica en el Libro I, dedicado a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos. Esto significa que no se podrá excluir a quien colaboró en las CPM sin que se le dé audiencia previa y sin que se hayan adoptado antes todas las medidas necesarias para evitar que su participación en el procedimiento de contratación produzca un falseamiento de la competencia [*supra* § 9].

2.2.2. Participantes

16. Como regla general, las CPM pueden tener como destinatarios a expertos, autoridades independientes, organizaciones representativas de intereses o participantes en el mercado²⁶; el destinatario al que se dirigen dependerá de la finalidad precisa de las consultas en cada caso. La Directiva 2014/24/UE no establece un *numerus clausus* en torno a los posibles participantes. De hecho, no parece que impida consultar únicamente a un número limitado de operadores económicos, siempre que se justifique adecuadamente²⁷. En el Derecho interno, la legislación básica plantea una regulación contradictoria. Establece primero que las consultas se podrán dirigir a operadores económicos activos en el mercado, y, a renglón seguido, afirma que se podrá recabar el asesoramiento de terceros, entre ellos, expertos, autoridades independientes, colegios profesionales y, excepcionalmente, operadores económicos activos en el mercado (art. 115.1 LCSP). Es posible que esta regulación sea el resultado de las recomendaciones formuladas por la CNMC antes de la aprobación de la LCSP. En ellas, la Comisión señalaba que las CPM debían limitarse únicamente a expertos y autoridades, evitando las consultas con operadores económicos. Asimismo, consideró oportuno que se prohibieran las consultas

²⁵ También este supuesto F. J. VÁZQUEZ MATILLA (2019: 4) recomienda aplicar los arts. 40 y 41 de la Directiva 2014/24/UE, sin embargo, en este caso tiene menos justificación desde el punto de vista del sistema de fuentes, en la medida en que los entes que no son poderes adjudicadores no se someten a las reglas de Derecho secundario, ni de Derecho primario de contratos públicos. Al respecto, *vid.* la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo (sic) parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02)*, donde el ámbito subjetivo de aplicación está condicionado a reunir los requisitos de poder adjudicador o de entidad adjudicadora, en el caso de la contratación en sectores especiales (norma 1.1).

²⁶ D. C. DRAGOS (2021a: 454-455).

²⁷ I. GALLEGO CÓRCOLES (2019).

con organizaciones o asociaciones empresariales. La CNMC consideraba que las CPM se debían configurar como una consulta pública similar a las existentes en los proyectos normativos²⁸.

17. Al respecto, llama la atención que, a nivel interno, la CNMC abogue por un estándar de protección más elevado de la competencia que el auspiciado por las propias instituciones europeas en las normas de contratación pública que se dirigen a los Estados miembros. La técnica de las CPM devendría inútil si no fuera posible recabar información de los operadores económicos activos en el mercado, que son quienes conocerán los aspectos técnicos o económicos o las posibles soluciones cuyo conocimiento requieran los órganos de contratación. Al mismo tiempo, si los operadores económicos no pueden participar, no se lograría la finalidad de las consultas de informarles sobre una futura licitación²⁹. Ciertamente, en alguna ocasión será conveniente preguntar a expertos —lo que podrá suponer, según los casos, la celebración de un contrato de servicios [*infra* §§ 67-68]—, o recabar información de autoridades independientes —cosa que, por otro lado, podría canalizarse por las vías de la colaboración interadministrativa—. Pero si las CPM plantean problemas específicos y requieren una regulación *ad hoc*, como la contenida en las Directivas y la LCSP, es justamente porque su destinatario habitual serán operadores económicos que, potencialmente, podrán estar interesados en la licitación que se abra con posterioridad; ¿qué otro sentido puede tener el deber de publicar en el perfil de contratante la convocatoria de la consulta (art. 115.1 LCSP), o la obligación de elaborar un informe con su resultado (art. 115.3 LCSP)? En la práctica, un breve examen de la publicación de CPM en las distintas plataformas de contratación demuestra que dirigirse a los operadores económicos es la regla y no la excepción; consultar a los operadores económicos es lo habitual³⁰.

18. En otro plano, hay que destacar que, en general, se aprecia una insuficiente participación —consultas desiertas o con uno o dos participantes— en cerca de la mitad de las CPM que se celebran³¹. En el caso de las entidades locales, los porcentajes de participación son más reducidos que en el caso del Estado y, especialmente, de las CCAA. Desde que hay datos disponibles, en 2021, se pone de manifiesto que por encima de la mitad de las consultas económicas realizadas en el ámbito local han tenido muy poca participación, lo que significa que han quedado desiertas o que únicamente se han recibido una o dos respuestas³². Esa tendencia se acentúa más si la consulta tiene como obje-

²⁸ CNMC, *Informe sobre el Anteproyecto de LCSP*, 16 de julio de 2015, IPN/CNMC/010/15 APL, III.2.7.1. CPM.

²⁹ C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1058).

³⁰ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018).

³¹ OIReScon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 46; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 66.

³² OIReScon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, pp. 46 y 51; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 72.

to aspectos económicos. Cuando la consulta tiene por objeto obtener información sobre aspectos tanto técnicos como económicos, la participación aumenta³³. Estos datos son relevantes a la hora de diseñar las consultas. Las CPM sólo serán eficaces en la medida en que logren involucrar al mayor número de operadores económicos³⁴ o, al menos, a los operadores económicos que tengan los conocimientos requeridos por el órgano de contratación. La inexistencia de participación deja sin sentido a las consultas —del mismo modo que vacía de contenido a la propia licitación como forma de selección de la mejor oferta en el mercado—³⁵. Por otro lado, una participación demasiado escasa puede conducir a la obtención de una información inútil o, en el peor de los casos, sesgada. Es más, en el caso de que el órgano de contratación verdaderamente carezca de conocimientos en un aspecto concreto del mercado, una escasa participación puede llevar asociado un mayor riesgo de captura del ente adjudicador en el diseño de la licitación posterior.

2.3. Ámbito objetivo

2.3.1. Concepto de consulta preliminar del mercado

19. Como se ha visto anteriormente, las Directivas no realizan un esfuerzo por delimitar el concepto de consulta preliminar de mercado. Se describen como consultas al mercado, previas al procedimiento de contratación, que permiten obtener un asesoramiento de distintos agentes con el fin de preparar adecuadamente el contrato o informar a los operadores económicos sobre futuras licitaciones. La LCSP va más allá, ampliando el objeto de las CPM: los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a operadores económicos (art. 115.1 LCSP). En este punto, el legislador parece confundir dos herramientas diferentes para obtener información antes de la licitación, que pueden ser complementarias³⁶, pero que en ningún caso son equivalentes. En el caso de los estudios o análisis de mercado no hay diálogo con terceros, se solicita la realización de un servicio, a diferencia de lo que sucede en el caso de las consultas, donde se debería producir un intercambio de información que produzca beneficios para ambas partes. Como se ha señalado, tanto la Directiva como la LCSP entienden que las CPM permiten a la entidad adjudicadora obtener información del mercado y a los operadores económicos recibir información sobre las necesidades futuras del órgano de contratación.

20. Siendo figuras distintas, parece discutible que todas las exigencias legales para la celebración de CPM sean idóneas para regular la realización de estudios de mercado. En esos casos el propio órgano de contratación no se somete, lógicamente,

³³ OIReScon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 51; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 72.

³⁴ C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1058).

³⁵ S. DÍEZ SASTRE (2024: 347 y ss.).

³⁶ D. C. DRAGOS (2021a: 448-449).

a las exigencias formales de las CPM en torno a la publicidad (art. 115.2 LCSP), aunque sí podría sujetarse a la obligación de emisión de un informe con el resultado de las consultas (art. 115.3 LCSP). Al fin y al cabo, las indagaciones que realice el órgano de contratación formarán parte del expediente de contratación en la medida en que sea necesario para motivar las decisiones que se adopten en torno al diseño de la licitación. Si los estudios de mercado se encargaran a un operador económico, habrá que atender a las reglas de licitación pública que correspondan, o, en su caso, a las excepciones que puedan aplicarse en el marco de la colaboración público-pública (arts. 6 y 32 LCSP). En ambos supuestos, no parece que tenga sentido aplicar las exigencias de publicidad o de la elaboración de un informe, sin perjuicio de la obligación de motivar en el expediente de contratación las decisiones que justifican el diseño del contrato. Sobre las alternativas a las CPM, en concreto, su externalización, se vuelve más adelante [*infra* §§ 67-68].

21. La amplitud de la idea de consulta preliminar que aparece en la Directiva y en la LCSP plantea la duda de si cualquier contacto con los operadores económicos previo a la tramitación de una licitación debe canalizarse por esta vía. Dicho de otro modo, cabe preguntarse si es posible relacionarse con los operadores económicos antes del procedimiento de adjudicación de una manera menos estructurada. En ocasiones, las carencias de información del órgano de contratación se podrán resolver con una conversación con un único operador; aunque los contactos con operadores concretos son especialmente peligrosos desde el punto de vista de la competencia³⁷. En la práctica aparecen supuestos de contactos que no encajan en el modelo de las consultas y que no se consideran sometidos a sus requisitos. Así, por ejemplo, una reunión convocada para apuntar a una posible agenda de licitaciones no reúne los requisitos suficientes para considerarse sujeta a las exigencias del art. 115 LCSP³⁸. En la misma línea, OIREscon ha reiterado la necesidad de habilitar un canal de comunicación entre los poderes adjudicadores y los operadores económicos para obtener información económica, que sea más fluido, ágil y transparente, sin necesidad de acudir a las CPM³⁹. Y en los órganos de recursos contractuales se ha afirmado que, en contratos de suministros, donde no existe una necesidad de calcular el valor estimado del contrato atendiendo a costes laborales —como sí sucede en los contratos de servicios— la información necesaria para fijar el presupuesto base de licitación puede obtenerse por vías menos rigurosas que las CPM. Cabría realizar un estudio basado en la experiencia previa o en resultados de órganos de contratación similares o simplemente solicitar presupuestos a empresas del sector, siempre que en el expediente de contratación se acrediten adecuadamente las actuaciones realizadas⁴⁰.

³⁷ D. C. DRAGOS (2021a: 451-452).

³⁸ Resolución TACRC 984/2021, de 17 de agosto.

³⁹ OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 102; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 53; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 75.

⁴⁰ Resolución TACP de Madrid 3/2019, de 9 de enero.

22. En la realidad parecen encontrarse argumentos suficientes para justificar que las CPM sean una de las formas posibles de contacto antes de la licitación, pero no la única. A esos datos, hay que sumar la previsión del art. 41 de la Directiva 2014/24/UE, que se refiere al asesoramiento previo que puedan hacer los operadores económicos por la vía de las CPM u otras vías; así como a su participación en algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación. El art. 70 LCSP también se refiere a la existencia de contactos previos a la licitación, bien por participación en la elaboración de los documentos preparatorios del contrato, bien por asesoramiento al órgano de contratación. De esta regulación se puede colegir que las CPM no son una herramienta excluyente de cualquier otra forma de contacto previo con los potenciales interesados en la licitación. Esto no se traduce, sin embargo, en la existencia de una libertad total de acción en esos casos. Los contactos informales, al margen de la regulación de las CPM, serán posibles siempre que respeten los principios generales de la contratación y que no desemboquen en un falseamiento de la competencia. Ello exige que se dé cuenta de sus resultados⁴¹, con el fin de asegurar precisamente el control del cumplimiento de los principios y fines mencionados.

2.3.2. Tipos contractuales

23. La regulación contenida en las Directivas en torno a las CPM se refiere a cualquier potencial contrato armonizado que se pueda llegar a adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos⁴². La LCSP no circunscribe la utilización de las consultas a ningún contrato específico, podrán ser armonizados o no armonizados, con cualquiera de los objetos que entran en su ámbito de aplicación. Ciertamente, el antecedente del «diálogo técnico», al que se ha hecho referencia más arriba, se orientaba a la celebración de contratos complejos. Y es habitual que las consultas preliminares se efectúen en entornos de compras públicas con cierta complejidad, especialmente en el ámbito de la innovación, donde se producen avances tecnológicos con rapidez, en los que los órganos de contratación pueden carecer de información relevante sobre la situación del mercado y las capacidades existentes en él⁴³. En esos casos las CPM suelen orientarse al conocimiento de las soluciones disponibles, así como a la estructura del mercado⁴⁴. En ese sentido, el TACRC ha definido las CPM como el «conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben para la realización de estudios y evaluaciones de mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios,

⁴¹ D. C. DRAGOS (2021a: 452).

⁴² S. ARROWSMITH (2014: 650, 653).

⁴³ En ese sentido, OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 182; *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 101; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 45. En la doctrina, entre otros, O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 180); P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018); I.-G. POPA (2022: 70).

⁴⁴ D. C. DRAGOS (2021a: 450).

principalmente en entornos en los que las prestaciones contratadas son particularmente complejas»⁴⁵.

24. Ahora bien, el hecho de que las CPM sean especialmente idóneas para contratos complejos no impide su utilización para la preparación de contratos ordinarios⁴⁶. En principio, puede presumirse que su utilidad en esos casos es menor⁴⁷. Sin embargo, las CPM pueden ayudar a buscar nuevas soluciones para atender a las necesidades públicas⁴⁸. Así, por ejemplo, pueden encontrarse soluciones alternativas en la forma de servicios o suministros filoclimáticos⁴⁹, que puedan satisfacer del mismo modo las necesidades públicas, luchando contra el cambio climático⁵⁰. En España, el especial interés que pueden tener las consultas en contratos complejos se ha transformado en una valoración negativa de su utilización en otro tipo de contratos. En ese sentido se ha señalado que son un instrumento adecuado para licitaciones complejas y cuantiosas, que deviene inoperante para licitaciones medianas o pequeñas⁵¹; y que se hace un uso inadecuado de las consultas cuando se utilizan para contratos habituales que acaban licitándose mediante un procedimiento abierto simplificado, cuando su ámbito es el de las contrataciones especialmente complejas⁵².

25. La valoración negativa de la celebración de CPM en contratos ordinarios parte de su consideración como una herramienta excepcional, cuya utilización se justifica sólo en contratos complejos, debido a los riesgos que puede plantear para la competencia. Al respecto, hay que señalar que precisamente en contratos complejos puede haber un menor número de operadores económicos que participen en las consultas, lo que puede facilitar la captura del órgano de contratación o la colusión entre los participantes. Eso no sucedería en contratos corrientes, donde el número de operadores económicos puede ser más amplio, lo que puede evitar esos riesgos de captura y de posibles prácticas colusorias. La desconfianza en las consultas, desde el punto de vista del buen funcionamiento del mercado, choca con su previsión en el Derecho europeo de forma abierta y flexible. Habrá que tomar las cautelas necesarias para evitar que distorsionen los procedimientos de contratación, pero un uso adecuado puede redundar en una contratación más eficaz y eficiente.

26. Por otro lado, hay que reiterar que una contratación recurrente u ordinaria se puede beneficiar de las consultas en la forma de soluciones innovadoras o desconocidas

⁴⁵ Resoluciones TACRC 1093/2017, de 17 de noviembre, y 244/2022, de 24 de febrero.

⁴⁶ D. C. DRAGOS (2021a: 450).

⁴⁷ I.-G. POPA (2022: 71).

⁴⁸ A. SEMPLE (2015: 185); C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1059).

⁴⁹ Empleo el concepto elaborado por S. SIMOU (2020) para referirse a un enfoque del Derecho y de sus herramientas que favorezca la lucha contra el cambio climático.

⁵⁰ T. BIRK (2022: 575).

⁵¹ Resolución TACP de Madrid 3/2019, de 9 de enero.

⁵² OIReScon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 194; *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 102; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 74.

para el órgano de contratación. También pueden ofrecer información sobre la situación del mercado en el momento de la licitación. En mercados dinámicos es posible que el órgano de contratación tenga referencias de un mercado de hace tres o cuatro años, que ya no se corresponda con el mercado actual⁵³. Si las CPM ayudan a contratar mejor y ofrecen información útil, no se entiende bien por qué debe promocionarse un uso restringido de estas fórmulas. La clave está en el juicio de proporcionalidad que debe acometer el órgano de contratación sobre su utilidad y los riesgos que pueden materializarse durante su realización. No tiene sentido llevar a cabo consultas únicamente para justificar datos en el expediente de contratación, que ya el órgano de contratación conoce. En esos supuestos, pueden existir fórmulas menos costosas, en medios y tiempo, para lograr el mismo fin. En ese sentido, uno de los peligros más importantes de las CPM es su uso defensivo y automático en todos los procedimientos de contratación, como fórmula para evitar potenciales problemas en las licitaciones posteriores⁵⁴.

2.3.3. Objeto

27. Para asegurar la realización exitosa de CPM es necesario que el órgano de contratación defina adecuadamente la necesidad que pretende satisfacer a través del futuro contrato⁵⁵. A partir de ahí se podrán precisar cuáles son los aspectos que deben centrar las consultas. Una primera lectura de la redacción de la Directiva 2014/24/UE llevó a interpretar que las CPM no podían referirse a cuestiones técnicas relacionadas con el objeto del futuro contrato; la obtención de esa información debía canalizarse exclusivamente a través de los procedimientos diseñados a tal efecto en la propia norma europea: procedimientos con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación. Sin embargo, lo cierto es que la redacción de la Directiva no establece ninguna restricción relativa al objeto⁵⁶; tampoco lo hace la LCSP. Además, la puesta en práctica de las CPM, años después de la aprobación de ambas normas, demuestra que, en numerosos casos, las consultas se dirigen precisamente a obtener información sobre aspectos técnicos de la licitación. En realidad, las consultas tendrán por objeto aquellas materias o aspectos sobre los que el órgano de contratación tenga carencias informativas en un momento dado: capacidades reales del sector, estado del arte, soluciones disponibles, tiempo para llegar a la solución, entre otras⁵⁷. En ese sentido, son un buen termómetro para medir el conocimiento del mercado de las entidades adjudicadoras.

⁵³ A. SEMPLE (2015: 147).

⁵⁴ Sobre la Administración defensiva y los problemas que plantea para el buen funcionamiento de la Administración. A. BUENO ARMILLO (2022). En la Plataforma de Contratación del Sector Público ya es posible identificar algunos casos de entidades locales que realizan CPM de forma habitual en su contratación, como una suerte de pre-procedimiento del procedimiento de contratación, lo que puede suscitar dudas sobre su verdadera utilidad.

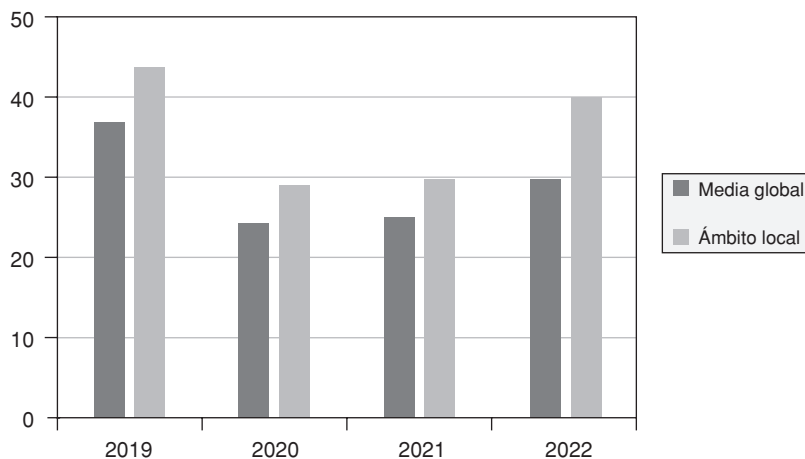
⁵⁵ C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1061); E. RIIHIMÄKI y S. PEKKOLA (2021: 2).

⁵⁶ I. GALLEGO CÓRDOLES (2019).

⁵⁷ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018).

28. En las estadísticas desarrolladas por OIReScon en los últimos años se diferencia entre tres tipos de CPM en atención a su objeto: *a)* contenido técnico; *b)* contenido económico, y *c)* contenido técnico y económico. La utilización de las consultas con una u otra finalidad pone de manifiesto cuáles son las necesidades informativas que debe colmar el órgano de contratación en cada caso. En el ámbito local es habitual que se utilicen las CPM para informarse sobre cuestiones económicas —precio de la prestación requerida; desglose de los costes, especialmente laborales; beneficio industrial, etc.—. En la siguiente figura se observa el predominio de las consultas locales orientadas a obtener información de carácter económico, sin contar el importante volumen de consultas que tienen un objeto mixto de carácter técnico y económico y que también se centran en numerosas ocasiones en los aspectos económicos⁵⁸. Desde 2020 cerca de la mitad de las consultas celebradas con contenido económico se llevan a cabo en el ámbito local. Esta práctica pone de manifiesto la necesidad de muchas entidades locales de colmar las lagunas informativas que tienen en el conocimiento de los precios de mercado de las prestaciones que deben comprar para justificar los expedientes de contratación, de acuerdo con las exigencias de la LCSP [*supra* § 4].

FIGURA 1. CONSULTAS DE CARÁCTER ECONÓMICO, EN ESPECIAL, EN EL ÁMBITO LOCAL (2019-2023) [EN PORCENTAJE]



Fuente: elaboración propia a partir de los informes anuales de supervisión de OIReScon, que se nutre de datos de la PLACSP y de las plataformas autonómicas.

29. Esta utilización de las CPM ha sido objeto de severas críticas en España; aunque en otros ordenamientos, como el holandés, las consultas se consideran una forma

⁵⁸ OIReScon, *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 52.

válida de fijar un precio realista en la licitación⁵⁹. OIREsCon señala que las CPM son útiles para recabar información sobre los aspectos técnicos de la contratación, pero no son adecuadas para centrarse exclusivamente en aspectos económicos⁶⁰. En ese sentido, afirma que «la consulta estrictamente económica desvirtúa el fin perseguido por esta figura»⁶¹ y que se hace un «inadecuado uso de esta figura cuando se solicita información exclusivamente económica en relación a (*sic*) servicios o suministros de consumo habitual»⁶². También el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid señala que «las CPM tienen un alcance mayor que la mera determinación del precio del contrato»⁶³. Ciertamente, la realización de consultas preliminares del mercado para conocer el precio de mercado de una prestación puede considerarse desproporcionada, en términos generales. Pero entonces hay que admitir la posibilidad de realizar contactos con los operadores económicos por vías informales, como se ha señalado anteriormente [*supra* §§ 21-22]. En este punto se aprecia cómo la densificación de las reglas de celebración de las consultas en la LCSP plantea disfunciones en la práctica. Las CPM utilizadas, tanto en el ámbito público como privado, engloban una muy distinta variedad de técnicas que tienen en común la finalidad de obtener información existente en el mercado. Una concepción amplia de esta figura, que permita realizar contactos más o menos formalizados —tal y como se concibe en el Derecho europeo—, podría evitar estos problemas.

30. Más allá de las consultas orientadas a obtener información económica, hay que referirse a una limitación en relación con las consultas que se centran en aspectos técnicos de la contratación. Al respecto, ha señalado el TACRC que debe evitarse la referencia a marcas, patentes, procedencias o a concretas formas de fabricación⁶⁴. Con esa restricción se quiere lograr que el órgano de contratación pueda encontrar soluciones alternativas en el mercado y que se promueva la innovación.

31. Por otro lado, surge la duda sobre la posibilidad de centrar las CPM en cualquier aspecto relacionado con la contratación; por ejemplo, si cabe preguntar a los operadores económicos sobre el personal a subrogar en un contrato de servicios o sobre aspectos del diseño de la contratación —criterios de adjudicación idóneos, cláusulas estratégicas o aspectos similares—. Al respecto, hay que tener en cuenta que las consultas deben orientarse a obtener información del mercado que puedan proporcionar los ope-

⁵⁹ O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 181).

⁶⁰ OIREsCon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, pp. 182-183; *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 85.

⁶¹ OIREsCon, *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 188.

⁶² OIREsCon, *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 194. En la misma línea se pronuncia en *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 101; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, pp. 29 y 52; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VI: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 44.

⁶³ Resolución TACP de Madrid de 3/2019, de 9 de enero.

⁶⁴ Resoluciones TACRC 983/2021, de 17 de agosto, y 984/2021, de 17 de agosto.

radores económicos u otros agentes debido a su actividad y conocimiento, y que ayude a mejorar una futura licitación. Cuestiones como los criterios de adjudicación de un contrato público o los criterios estratégicos de una licitación no parecen formar parte de la información que un operador económico atesora por el desarrollo de su actividad. En esos casos, de hecho, el riesgo de captura del órgano de contratación puede ser muy elevado, al dejar en manos de los propios interesados la configuración de aspectos fundamentales de la licitación. El control de ese tipo de consultas estaría sujeto a un análisis del posible falseamiento de la competencia en el contrato que se licite con posterioridad; esta cuestión se analiza en detalle más adelante [§§ 64 y ss.].

3. LAS CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SIN PROCEDIMIENTO

32. Un primer análisis del marco jurídico vigente que disciplina las CPM pone de manifiesto que no se está ante una actividad administrativa formal. Las consultas no conducen a la celebración de un contrato público —de hecho, ese es uno de los límites inherentes a su finalidad [*infra* §§ 49-50]—; tampoco desembocan en un acto administrativo. Al mismo tiempo, no se trata sin más de una actuación directa de la Administración⁶⁵, en la medida en que requieren un cierto grado de formalización (publicidad, elaboración de informe final). Dentro de una posible clasificación de las distintas actuaciones del sector público, las CPM se podrían considerar actividades administrativas sin procedimiento⁶⁶, en concreto, son una técnica de actividad informal⁶⁷. En efecto, las CPM son un buen ejemplo de actividad administrativa en la que no existe un procedimiento administrativo orientado a la adopción de una decisión con una de las formas jurídicas clásicas⁶⁸. Además, en la medida en que es una actuación que se desarrolla necesariamente antes de un posible procedimiento de contratación, guarda similitudes con el trámite de información y actuaciones previas, regulado con carácter general en el art. 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), o con las inspecciones previstas en distintos ámbitos de la legislación sectorial. Desde el punto de vista de su análisis, las CPM cumplen con algunos de los rasgos característicos, descritos en la doctrina, de la actividad sin procedimiento, en concreto, de la actividad informal⁶⁹; a continuación, se exponen brevemente:

33. *Vínculo con un procedimiento posterior que puede condicionar y que puede existir o no.* Tras las consultas podrá abrirse o no un procedimiento de licitación, pero si se

⁶⁵ Tomo la expresión de la obra de J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2021).

⁶⁶ Sigo el concepto elaborado por J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2021 y 2023).

⁶⁷ Al respecto, la construcción propuesta por C. VELASCO RICO (2022).

⁶⁸ *Ibid.*, 53.

⁶⁹ Al respecto, *ibid.*

abre será necesario incorporar un informe con su resultado (art. 115.3 LCSP). Además, el resultado deberá utilizarse, como regla general, en el diseño del procedimiento de contratación, debiéndose motivar una decisión distinta (art. 115.3 párr. 3.º LCSP). Las CPM condicionan de forma moderadamente intensa, el diseño y sustanciación del procedimiento de contratación posterior.

34. *Elementos formales puntuales.* Aunque no existe procedimiento administrativo en sentido estricto, la celebración de CPM sí se sujeta a deberes formales previstos en la ley, como la exigencia de publicar las CPM en el perfil de contratante (art. 115.1 LCSP) y de elaborar un informe final si se abre una licitación posterior (art. 115.3 LCSP). El hecho de que no exista procedimiento no significa que las CPM sean una actuación carente de regulación⁷⁰. Tampoco implica que no haya un deber de reflejar en un expediente administrativo las distintas actuaciones realizadas. Todos los procedimientos deben corresponderse con un expediente, aunque no todos los expedientes se refieren a procedimientos⁷¹. Ese expediente será el soporte material para valorar, en su caso, si una posible licitación posterior se ha visto influida por las consultas y si los participantes han podido obtener ventajas competitivas por su colaboración en las CPM⁷². OIREscon destaca en sus informes anuales de supervisión la inexistencia de expediente en un elevado porcentaje de casos de celebración de consultas; en más de la mitad de los casos no hay expediente⁷³. Esta es una carencia relevante, en la medida en que afecta claramente a las posibilidades de control posterior y de tutela de los posibles participantes en licitaciones posteriores [*infra* §§ 59 y ss.].

35. *Mezcla de elementos formales y materiales.* Junto a los requisitos formales que acaban de mencionarse, la realización de CPM requiere la ejecución de actuaciones materiales de distinto tipo, en atención al formato elegido para las consultas, como la celebración de reuniones, el mantenimiento de conversaciones telefónicas, o, incluso, la celebración de eventos [*infra* §§ 39 y ss.].

36. *Posible sustitución de actividad formal.* Finalmente, hay que tener en cuenta que la realización de CPM puede sustituir, en ocasiones, la realización de actividad formal. Por supuesto, uno de los límites que debe respetar es que no se llegue en ningún caso a celebrar un procedimiento de adjudicación encubierto —sobre ello se vuelve después con más detalle [§§ 49 y ss.]—. Pero más allá de ese caso hay que pensar que las carencias de información del órgano de contratación se podrían solventar a través de la contratación de una consultora para la realización de un estudio de mercado o mediante

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Sobre la distinción de los conceptos de procedimiento y expediente, sigo a F. PASTOR MERCHANT (2021: 155).

⁷² Sobre la distinción entre expediente formal y material, *ibid.*, 157.

⁷³ OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 190; *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 96; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 42; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 61.

un encargo a un medio propio, por poner algunos ejemplos —también estas posibles alternativas y las cuestiones que arroja el régimen jurídico que les sería de aplicación, son objeto de análisis en un momento posterior [§§ 67-68]—.

37. Estas características son relevantes para trazar con mayor precisión los contornos jurídicos de las CPM y de los problemas que puede plantear su puesta en práctica, teniendo en cuenta que en otros casos se pueden plantear problemas similares. Se pretende contribuir, de esta manera, al desarrollo del estudio de la actividad administrativa sin procedimiento, informal, que en este caso se caracteriza, además, por su necesaria naturaleza pre-procedimental. Para ello, se considera idóneo examinar los siguientes aspectos de su regulación: las directrices dirigidas a la Administración para realizar CPM; las formas de condicionar el procedimiento posterior; la posición jurídico-subjetiva tutelable de los participantes; las posibilidades de control; así como las alternativas posibles a las CPM y los límites que se pueden proyectar sobre ellas.

4. DIRECTRICES PARA LA REALIZACIÓN DE CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO

38. Las directrices generales de las CPM se aplican con independencia del tipo de entidad contratante (Administración pública, poder adjudicador no Administración pública o ente del sector público que no es poder adjudicador): discrecionalidad en su realización y configuración; realización previa a la licitación; y no sustitución de la licitación posterior. La publicidad únicamente se aplicaría allí donde haya sujeción al art. 115 LCSP, ahora bien, como se verá en seguida, el deber de abrir un expediente que refleje las actuaciones realizadas se aplicará en todos los casos, ya que es el presupuesto esencial para permitir un control *a posteriori* del posible falseamiento de la competencia derivado de las actuaciones pre-procedimentales.

4.1. Discrecionalidad para la realización de consultas preliminares del mercado

39. Ni el texto de la Directiva ni la dicción literal del art. 115.1 LCSP dejan lugar a dudas sobre el carácter facultativo de las CPM: «Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas». El órgano de contratación no está, en ningún caso, obligado a la realización de consultas preliminares del mercado y, por tanto, su ausencia no podrá tener ningún efecto invalidante sobre la actuación que lleve a cabo con posterioridad⁷⁴. En cada caso, ponderará si tiene o no el suficiente conocimiento del mercado y si, en su caso, le conviene acudir a esta técnica⁷⁵. Aunque en algu-

⁷⁴ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª) 116/2022, de 2 de febrero, ECLI:ES:AN:2022:756.

⁷⁵ Resolución TACRC 244/2022, de 24 de febrero; SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) 5545/2023, de 15 de noviembre de 2023, ECLI:ES:AN:2023:5545.

nos casos, los recurrentes apelen a la posible realización de CPM⁷⁶, la ley abre un amplio margen de discrecionalidad a la entidad contratante que podrá decidir llevar o no a cabo consultas de este tipo. El órgano de contratación tampoco debe abrir un procedimiento de contratación con posterioridad⁷⁷. El control sobre la configuración del contrato se realizará atendiendo a la motivación del expediente de contratación, no a las posibles actuaciones realizadas con anterioridad⁷⁸ [*infra* §§ 64 y ss.].

40. La posible celebración obligatoria de CPM ha sido objeto de debate en Alemania a raíz de lo dispuesto por el TJUE en la resolución de un recurso de incumplimiento referido a una licitación sin publicidad para la adquisición de un sistema de *software*⁷⁹. Señaló entonces el Tribunal que en ese caso concreto deberían haberse realizado consultas previas con el mercado. A partir de esta sentencia aparecieron pronunciamientos judiciales contradictorios a nivel interno sobre la obligatoriedad o no de realizar CPM; concretamente, se requerían las consultas cuando la licitación definía la prestación por referencia a determinados productos disponibles en el mercado⁸⁰. Se entendía que la realización de consultas previas permitía justificar el diseño concreto de la licitación. En la actualidad, una opinión mayoritaria defiende el carácter facultativo de las consultas⁸¹. No obstante, existen voces favorables a la obligación de celebrar CPM para asegurar los principios de la contratación. Aducen que el órgano de contratación no puede asegurar la igualdad entre los licitadores cuando no tiene suficientes conocimientos del mercado como para diseñar adecuadamente la licitación. La realización de CPM permite documentar y controlar los argumentos empleados por el órgano de contratación en la configuración del procedimiento de adjudicación⁸². Al mismo tiempo, el resultado de las consultas sirve para reducir la discrecionalidad del órgano de contratación en la configuración del objeto de contratación⁸³.

4.2. Realización previa al procedimiento de contratación

41. De acuerdo con el texto del art. 40 de la Directiva 2014/24/UE, las CPM sólo pueden llevarse a cabo antes de la apertura del procedimiento de contratación —«antes de iniciar un procedimiento de contratación»—. El art. 115.1 LCSP no se refiere expresamente al momento temporal en que se desarrollan las consultas, pero es evidente

⁷⁶ Sirva de ejemplo el caso resuelto en la Resolución OARC 175/2021, de 5 de noviembre.

⁷⁷ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018).

⁷⁸ Resolución TACP de Madrid 138/2019, de 11 de abril.

⁷⁹ STJUE C-275/08, *Comisión c. República Federal de Alemania*, de 15 de octubre de 2009, ECLI:EU:C:2009:632.

⁸⁰ T. BIRK (2022: 575). Como ejemplo, sirvan las siguientes sentencias: OLG Jena, NZBau 2006, 735; OLG Düsseldorf, NZBau 2016, 656, núm. margen 27, y OLG Naumburg, BeckRS 2008, 10353.

⁸¹ En Alemania, en torno a la discrecionalidad para celebrar CPM, V. WAGNER (2021: 954); T. BIRK (2022: 575).

⁸² F. KAINER (2018: 390).

⁸³ P. M. PROBST (2021: 240).

que tienen lugar antes de los procedimientos de licitación ya que sirven para «preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes». Las CPM son necesariamente un tipo de actuación pre-procedimental, que tiene lugar antes del procedimiento de licitación.

42. En la legislación interna se ha producido cierta confusión en torno a este extremo debido a la referencia que hace el art. 115.2 LCSP a que el asesoramiento será utilizado «para planificar el procedimiento de licitación y, también, durante la sustanciación del mismo (*sic*)». Al respecto, hay que subrayar que el legislador se refiere al resultado de las CPM y a su utilización tanto para planificar el procedimiento como para sustanciarlo. No permite que puedan celebrarse consultas sobre la marcha, una vez que el procedimiento se está tramitando⁸⁴. También la Directiva se refiere a la utilización del asesoramiento tanto para la planificación como para el desarrollo del procedimiento de contratación. El régimen jurídico previsto en la ley quedaría vacío de contenido si las consultas se pudieran realizar una vez iniciada la licitación; en ese caso, además, habría un alto riesgo de incumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación y de transparencia.

4.3. Flexibilidad en el desarrollo de las consultas

43. La regulación vigente, tanto europea como interna, no predetermina la forma en que deben efectuarse las CPM⁸⁵. Caben diversas modalidades siempre y cuando se respeten los principios de contratación pública —igualdad, transparencia, no discriminación, proporcionalidad—⁸⁶ que se proyectan sobre esta fase previa de carácter informal. En todo caso, se trata de evitar que a través de las consultas se den ventajas a licitadores potenciales⁸⁷. Por esa razón, debe anunciarse cómo se van a desarrollar las consultas y conviene que se expliciten qué medidas se van a tomar en relación con la información confidencial que pueda intercambiarse⁸⁸. A nivel interno, se precisa, además, que durante el proceso de consultas el órgano de contratación no podrá revelar a los participantes las soluciones propuestas por otros. Sólo él tendrá el conocimiento íntegro de las respuestas ofrecidas (art. 115.3, párr. 2.º LCSP)⁸⁹. Con esta regla, se refuerza la protección de la confidencialidad de los participantes, lo que puede contribuir a incentivar su participación.

44. En relación con las modalidades de las consultas, el Consejo de Estado sugirió que se prohibieran las consultas dirigidas a un único sujeto, permitiendo sólo aquellas que

⁸⁴ Parecen entender que la LCSP sí permite la celebración de CPM al hilo del procedimiento, criticándolo, J. C. GARCÍA MEILÁN (2019: 26, 33); P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018).

⁸⁵ Sobre el Derecho europeo, M.ª B. LÓPEZ DONAIRE (2017: 8); P. GIOSA (2023: 3).

⁸⁶ O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 180); I.-G. POPA (2022: 71).

⁸⁷ I.-G. POPA (2022: 72).

⁸⁸ A. SEMPLE (2015: 72); I.-G. POPA (2022: 72).

⁸⁹ Así lo sugirió el Consejo de Estado, en su Dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo, «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

involucran a una pluralidad de operadores. Para ello cabe hacer una publicación general o cursar invitaciones concretas, de forma similar al procedimiento restringido⁹⁰. Lógicamente, estas cautelas sólo tienen sentido cuando se convoca a operadores económicos; si se quiere contar con la colaboración de una administración independiente o de determinadas asociaciones de profesionales, no habría problema en hacer una convocatoria específica. Del mismo modo, parece razonable que, en un momento dado, el órgano de contratación pudiera relacionarse con un único operador económico, si este encajara en alguno de los supuestos de exclusividad previstos en el art. 168. b) 2.º LCSP para la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, siempre que quedara constancia adecuada de los contactos realizados. No parece tener sentido poder convocar un procedimiento de adjudicación para adquirir prestaciones de un único empresario en esos casos y que no sea posible llevar a cabo contactos previos en las mismas circunstancias.

45. Con respecto a la forma de desarrollo de las CPM, puede recabarse información de los participantes de manera formal, por escrito, o informal, de manera verbal con la celebración de reuniones⁹¹. En ese sentido, la utilización de cuestionarios es muy habitual en la práctica; así como las llamadas de teléfono directas o el intercambio de correos electrónicos; o la difusión del proyecto que pretende llevar a cabo el ente adjudicador⁹². Por su parte, la Ley Foral navarra señala que preferentemente las CPM se deben realizar a través del Portal de Contratación (art. 48.2). En la práctica, en un caso analizado en el marco de un recurso especial ante el Tribunal catalán de contratos públicos, se indica que las consultas consistieron en la realización de una entrevista individualizada con guion estándar y con una duración similar⁹³. En estos supuestos, debe dejarse constancia de los contactos realizados en la forma de grabaciones o actas, que reflejen la información relevante del contacto mantenido: contenidos abordados, duración, etc.⁹⁴. La complejidad de la solución que requiera el órgano de contratación puede exigir que se celebren varios encuentros con los distintos participantes, para asegurarse de que las soluciones ofrecidas son las adecuadas⁹⁵. Como contenido mínimo, se entiende que las CPM deben determinar su objeto, los participantes, la forma de participación y el plazo⁹⁶.

46. La CNMC señala que en el desarrollo de las CPM es necesario evitar las reuniones físicas bilaterales o multilaterales con operadores interesados para evitar prácticas colusorias⁹⁷. Y es habitual encontrar en la doctrina referencias a los peligros que

⁹⁰ Dictamen del Consejo de Estado 1.116/2015, de 10 de marzo, «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

⁹¹ Dictamen del Consejo de Estado 1.116/2015, de 10 de marzo, «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

⁹² O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 179-182).

⁹³ Resolución TCCSP 125/2018, de 4 de julio.

⁹⁴ D. C. DRAGOS (2021a: 453).

⁹⁵ E. RIIHIMÄKI y S. PEKKOLA (2021: 4).

⁹⁶ F. J. VÁZQUEZ MATILLA (2019: 8).

⁹⁷ CNMC, *Informe sobre el Anteproyecto de LCSP*, 16 de julio de 2015, IPN/CNMC/010/15 APL, III.2.7.1. CPM.

pueden derivarse de juntar a los operadores económicos, desde el punto de vista de las conductas anticompetitivas⁹⁸, especialmente en estructuras de mercado concentradas⁹⁹. Estas cautelas llaman la atención, en la medida en que los resultados de las consultas deben publicarse con posterioridad, de manera que los participantes pueden conocer su identidad al hilo del procedimiento de contratación e incurrir, entonces, en posibles prácticas anticompetitivas de cara a la licitación. Al fin y al cabo, en las CPM todavía no hay un procedimiento de contratación diseñado, de manera que el riesgo de colusión parece menor. Cosa distinta es que se considere que, por el tipo de información que se requiere, y la posible afectación a la confidencialidad, se prefiera no reunir a todos los participantes al mismo tiempo.

4.4. Deber de publicidad

47. La LCSP prescribe que la realización de las CPM se anuncie en el perfil de contratante de la entidad haciendo referencia al objeto; el momento de inicio; los terceros que participarán para que todos los interesados puedan tener acceso; así como, en su caso, los motivos para seleccionar a los asesores externos (art. 115.1 LCSP). La publicidad a través del *Diario Oficial de la Unión Europea* también podría ser una buena opción para difundir en la mayor medida posible las CPM, especialmente cuando se refieran a una posible contratación de carácter armonizado, aunque no se requiera por la legislación vigente¹⁰⁰. En esos casos, habría que publicar un anuncio previo que, en ningún caso, debe confundirse con el anuncio previo de una licitación¹⁰¹. Esto significa que las CPM no son una actuación puramente material, sino que tiene cierto grado de formalización.

48. Puesto que las CPM no forman parte de un expediente de contratación, OIREscon ha recomendado que se habilite en la Plataforma de Contratos del Sector Público (PLACSP) un espacio específico que permita su localización por parte de los posibles interesados, como ya se había hecho en algunas plataformas autonómicas¹⁰². Asimismo, ha sugerido que la documentación de las CPM se vincule al expediente de contratación que, posteriormente, se pueda llegar a tramitar, de modo similar a la vinculación que se realiza con el anuncio de información previa¹⁰³. Al respecto, hay que recordar, como se ha señalado anteriormente, que el hecho de que no haya procedimiento en la realización de las CPM no significa que no deba conformarse un

⁹⁸ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018); D. C. DRAGOS (2021a: 453).

⁹⁹ P. GIOSA (2023: 4).

¹⁰⁰ O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 182).

¹⁰¹ I.-G. POPA (2022: 71).

¹⁰² OIREscon, *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2019, pp. 42-43; *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, pp. 129-130.

¹⁰³ OIREscon, *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 130.

expediente que contenga las actuaciones realizadas, aunque no se abra una licitación posterior [*supra* § 34].

4.5. No sustitución de la licitación posterior

49. Uno de los riesgos que se corre con la realización de consultas preliminares del mercado es la anticipación de la licitación, o de la mayor parte de sus trámites, a través de una fórmula informal y desprocedimentalizada. Por esa razón, hay que evitar que las CPM se puedan confundir con una licitación. Si las consultas encubren un procedimiento de contratación, cambian las posiciones jurídico-subjetivas de las partes y se vulneran los principios de igualdad, competencia y transparencia¹⁰⁴. Con base en ese razonamiento, puede ser discutible formular consultas dirigidas a obtener un desglose de las posibles ofertas económicas, si el procedimiento de licitación posterior atribuye la puntuación preponderante al precio como criterio de adjudicación. En ese caso se podría estar adelantando la valoración y comparación entre las posibles ofertas futuras. En el mismo sentido, las CPM no pueden permitir realizar una negociación sobre los precios o las condiciones de la futura contratación; tampoco pueden dejar abierta la posibilidad de seleccionar a alguno de los participantes¹⁰⁵. En síntesis, la Administración no puede elegir actuar con procedimiento o sin él¹⁰⁶. Si la finalidad última de la actuación es obtener ofertas, comparar entre ellas y elegir a un adjudicatario, el órgano de contratación debe abrir un procedimiento de licitación con las formalidades previstas legalmente. Las CPM no pueden sustituir el procedimiento de contratación posterior¹⁰⁷.

50. En sentido inverso, no cabe tramitar el procedimiento de licitación únicamente para obtener información de los operadores económicos, sin la intención de adjudicar un contrato público. La convocatoria de CPM debe dejar clara su finalidad y alcance¹⁰⁸. Para impedir estas posibles desviaciones, la normativa alemana prohíbe expresamente la utilización del procedimiento de contratación para la realización de consultas o para informar a los licitadores de los posibles costes o precios de la licitación [§ 28 (2) VgV]¹⁰⁹.

¹⁰⁴ J. ZIEKOW y U.-C. VÖLLINK (2020: 2032).

¹⁰⁵ Dicho de otro modo, los participantes no deben poder competir entre sí: P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018). Al respecto, en Alemania, *OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012 - Verg 8/12, OLG München: Abgrenzung von Markterkundung und Vergabeverfahren* (ZfBR 2012, 715).

¹⁰⁶ J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2023: 514).

¹⁰⁷ V. WAGNER (2021: 954).

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Al respecto, J. ZIEKOW y U.-C. VÖLLINK (2020: 1288).

5. CONDICIONAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN POSTERIOR

51. Uno de los rasgos típicos de la actividad administrativa sin procedimiento, en concreto, de la actividad informal, es su relación con actuaciones formales, a cuya adopción contribuye favorablemente¹¹⁰. El examen del régimen jurídico a nivel interno pone de manifiesto precisamente la capacidad de las consultas de condicionar el procedimiento de contratación que puede llegar a tramitarse con posterioridad. De hecho, el grueso de la regulación que ha introducido el legislador nacional, yendo más allá de las Directivas, se refiere precisamente a este aspecto de las CPM.

5.1. Incorporación de informe en el expediente de contratación

52. A diferencia de la Directiva 2014/24/UE, que no prevé ninguna obligación documental específica¹¹¹, la LCSP introduce cierto grado de formalización de las consultas al obligar al órgano de contratación a elaborar un informe tras su finalización. Ese informe debe dar cuenta de las actuaciones realizadas de forma motivada¹¹²; en concreto, debe contener los estudios realizados, sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones formuladas y las respuestas obtenidas. El informe así realizado formará parte del expediente de contratación y se publicará del mismo modo que los pliegos y, en todo caso, en el perfil de contratante de la entidad adjudicadora (art. 115.3 LCSP). Este precepto cumple con lo establecido con carácter general en el art. 84 de la Directiva 2014/24/UE, que exige que los poderes adjudicadores incluyan en el expediente de contratación los informes necesarios que motiven las decisiones adoptadas en todas las fases, incluida la preparación del contrato¹¹³.

53. Esta regulación plantea algunas dudas en torno a su alcance. En primer lugar, parece que la obligación de elaborar y publicar el informe sólo existe en el supuesto de que se abra un procedimiento de licitación con posterioridad sobre el objeto de la consulta. De hecho, el informe vincula al órgano de contratación en el caso de que se decida a abrir un procedimiento de contratación posterior. Si no atiende a los resultados contenidos en el informe, debe motivarlo adecuadamente (art. 115.3, párr. 3.º *in fine* LCSP)¹¹⁴. Se introduce, de este modo, una obligación de motivación reforzada equivalente a la prevista en el art. 35.1.c) LPAC en relación con el apartamiento del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. Esto lleva a

¹¹⁰ C. VELASCO RICO (2022: 68).

¹¹¹ D. C. DRAGOS (2021a: 450).

¹¹² Un ejemplo al respecto, en Resolución TCCSP 125/2018, de 4 de julio.

¹¹³ C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1056).

¹¹⁴ Valora positivamente esta medida, C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1062).

pensar que la no incorporación del informe, en el caso de que, efectivamente, se realizaran CPM sobre el mismo objeto de la licitación posterior, podría llegar a tener efectos invalidantes de la adjudicación si se demostrara que las consultas se han traducido en un trato desigual entre los participantes en la licitación o en un posible falseamiento de la competencia.

54. El problema está en que no en todos los casos será fácil certificar un vínculo entre las CPM realizadas y el procedimiento o los procedimientos de adjudicación posteriores. El TACRC se ha enfrentado a un supuesto de este tipo en el que las CPM se planteaban para la celebración de un contrato complejo que, finalmente, no se licitó, ya que se optó por celebrar tres contratos distintos. Las CPM concluyeron con un informe que se publicó en la PLACSP, pero no se incorporó a cada uno de los expedientes de contratación que se abrieron con posterioridad. Al respecto, entendió el Tribunal que el resultado de las consultas sólo sirvió para precisar cuestiones secundarias relacionadas con la fijación de algunos precios y que, por tanto, no se ha incumplido el deber previsto legalmente¹¹⁵. Sin embargo, este caso pone sobre la pista de la posible pérdida de trazabilidad de la toma de decisiones públicas, una vez que se han realizado CPM, que pueden llegar a tener una influencia directa en el diseño de la licitación posterior.

55. Por otro lado, puede haber casos en los que, después de las CPM no se abra una licitación. Conforme a la regulación del art. 115.3 LCSP en esos supuestos no será necesario elaborar el informe de resultados. Para cubrir esta aparente laguna, OIREscon ha deslizado en sus informes de supervisión la necesidad de que las CPM terminen con un informe de conclusiones. Se indica que únicamente de este modo se puede dar cumplimiento a lo establecido en la ley y a la transparencia requerida, «en tanto se inicia la tramitación correspondiente» o, incluso, si finalmente no se abre un procedimiento de contratación¹¹⁶. Al respecto, hay que señalar que la ley circunscribe la obligación de elaborar un informe únicamente en el caso de que se abra una licitación posterior. La imposición de cargas formales adicionales no puede realizarse por vía interpretativa a través de un informe de supervisión. En su caso, OIREscon podría dirigir una instrucción a las entidades del nivel estatal en esta línea, pero no a las entidades autonómicas y locales [art. 332.7.d) LCSP]¹¹⁷. La adición de exigencias formales no requeridas por la ley únicamente puede llevar al desincentivo en la utilización de una técnica que puede ayudar a mejorar la calidad de las licitaciones públicas y que transcurre de forma transparente. Más relevante que la elaboración de un informe posterior, parece importante que todas las actuaciones queden contenidas en un expediente al que se pueda tener acceso, si es necesario, una vez que se abran licitaciones con posterioridad.

¹¹⁵ Resolución TACRC 726/2022, de 16 de junio.

¹¹⁶ OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 193; *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 100.

¹¹⁷ Al respecto, la STC 68/2021, de 18 de marzo, FJ 8.ºA) b).

5.2. Diseño del contrato y desarrollo de la licitación

56. Tanto las Directivas como la LCSP señalan que el asesoramiento que resulte de las CPM puede emplearse tanto para planificar la contratación como durante su desarrollo o sustanciación (art. 40 de la Directiva 2014/24/UE y art. 115.2 LCSP). En ambos casos, el límite está en el falseamiento de la competencia, así como en la posible vulneración de los principios de igualdad y transparencia. En relación con la planificación del contrato, las CPM pueden servir para identificar mejor el objeto del contrato, sus características, y satisfacer mejor las necesidades del órgano de contratación¹¹⁸. En relación con esta utilidad de las consultas, el legislador estatal va más allá de las exigencias del Derecho europeo. En primer lugar, impone al órgano de contratación el deber de tener en cuenta los resultados de las consultas para elaborar los pliegos; y le impone la carga de motivar el posible apartamiento de esos resultados (art. 115.3, párr. 3.º LCSP). En segundo lugar, con el fin de evitar posibles distorsiones de la competencia el art. 115.2, párr. 2.º LCSP introduce una regla específica en torno al objeto del contrato (que se reproduce también en la legislación navarra, art. 48.4 LFCP). De las CPM no puede resultar un objeto tan concreto que suponga que sólo un operador económico pueda resultar adjudicatario. El resultado de los estudios y consultas se debe concretar en características genéricas, exigencias generales, o fórmulas abstractas que aseguren la mejor satisfacción de los intereses públicos, sin que puedan conllevar ventajas a los participantes.

57. En relación con el resultado de las CPM y su influencia en el procedimiento posterior cabe hacer dos consideraciones. En primer lugar, llama la atención la falta de sensibilidad de la norma por la variedad de casos que pueden acontecer en la realidad. Como se ha visto anteriormente, en más de la mitad de las consultas hay escasa participación [*supra* § 18], lo que significa que los resultados obtenidos se refieren a la información proporcionada por uno o dos operadores económicos. No tiene sentido imponer una carga de motivación reforzada *ad hoc* cuando la información obtenida puede ser insuficiente o de poco valor para el órgano de contratación. Por otro lado, es posible que las consultas den lugar a soluciones que no convengan al órgano de contratación. En segundo lugar, puede suceder que en el marco de las consultas el ente adjudicador averigüe que un operador económico cuenta con una patente o con algún derecho de exclusividad sobre una solución o producto que se ajuste a sus necesidades. En ese caso, parece que no bastaría con apelar de forma justificada en el expediente al cumplimiento de los requisitos contenidos en el art. 168.a) 2.º LCSP, sino que debería hacerse un esfuerzo por describir la prestación con criterios de especificaciones funcionales¹¹⁹. A mi juicio, esta regulación se explica por cierta desconfianza del legislador hacia los órganos de contratación que le lleva a estable-

¹¹⁸ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018).

¹¹⁹ C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1062).

cer una regulación reglada, susceptible de una aplicación subsuntiva. No basta con reflejar en el expediente de contratación el resultado de las consultas realizadas y la motivación del objeto de contratación requerido con el fin de realizar, en su caso, una ponderación sobre el posible cumplimiento de los principios generales de la contratación.

5.3. Garantía de igualdad entre los participantes en la licitación

58. La última forma en que las CPM pueden condicionar el procedimiento de contratación posterior se refiere a la obligación de asegurar la igualdad entre los candidatos y licitadores que tomaron parte en las consultas y aquellos que no lo hicieron. Este problema excede de la realidad de las CPM y afecta a todos aquellos casos en que acudan a la licitación operadores económicos que hayan tenido contacto previo con la entidad adjudicadora durante la preparación del contrato. Para maximizar la competencia el órgano de contratación debe adoptar todas las medidas necesarias para evitar la exclusión de esos operadores económicos. En concreto, se obliga a proporcionar a todos los interesados la misma información que tengan aquellos operadores que participaron en las CPM, así como a fijar plazos de presentación de las ofertas que sean suficientemente amplios para poner en las mismas condiciones a quienes no tomaron parte en las consultas (art. 41 de la Directiva de la 2014/24/UE y art. 70.1 LCSP). La exclusión debe ser, de este modo, la solución de *ultima ratio*, únicamente si no se puede eliminar la ventaja competitiva de quien participó en las consultas, de otro modo¹²⁰. Si sólo hay un licitador en el procedimiento, que participó en las consultas previas, no cabe excluirle por este motivo¹²¹.

6. POSICIÓN JURÍDICO-SUBJETIVA DE LOS PARTICIPANTES EN LAS CONSULTAS

59. Con carácter general se entiende que en las actuaciones sin procedimiento existe una relación jurídica entre los ciudadanos y la Administración que se somete a las exigencias del principio de legalidad y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y en la que rigen, obviamente, los derechos fundamentales en su conjunto¹²². En esta línea, en el caso de las CPM, más que describir los términos de la relación jurídica entablada con los órganos de contratación, parece relevante determinar cuál es la posición jurídico-subjetiva de los participantes, que podrá ser objeto de tutela. Esta cuestión será especialmente trascendente en el caso de los operadores económicos

¹²⁰ D. C. DRAGOS (2021b: 457).

¹²¹ *Ibid.*, 459.

¹²² J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2023: 512, 517).

que puedan tomar parte en las consultas y, posteriormente, en el procedimiento de contratación que se sustancie. No tiene sentido referirse a las posiciones jurídico-subjetivas de las autoridades administrativas independientes o de las asociaciones empresariales o sindicatos que puedan llegar a tomar parte en las consultas. Además, se puede adelantar que la posición jurídico-subjetiva de los participantes en las CPM será igual, con independencia del tipo de entidad contratante que las lleve a cabo y de su sometimiento o no al art. 115 LCSP, en los términos que se han expuesto al inicio de este trabajo [*supra* §§ 12 y ss.].

60. Para comenzar, es claro que no existe un derecho a la realización de CPM. Esta es la consecuencia natural de la apertura de un margen de discrecionalidad a los órganos de contratación para la celebración de consultas [*supra* §§ 39-40]. Incluso en el caso de que se anunciara la realización de CPM y de que, finalmente, no se llevaran a cabo, no existiría ningún tipo de posición jurídico-subjetiva tutelable. Sólo si se previera la remuneración de los participantes en las consultas¹²³, podría llegar a reconocerse un derecho al pago anunciado si las consultas no se llevaran a cabo con posterioridad. Para ello, sería necesario que los operadores económicos prueben el detrimento patrimonial experimentado vinculado a la preparación de su participación en las consultas. La situación sería, de este modo, similar a la producida en los casos de cancelación de una licitación pública, en relación con los gastos de preparación¹²⁴. Con respecto a la posibilidad de remunerar la participación en las CPM, hay que tener en cuenta que no puede encubrir la celebración de un contrato de servicios por la realización de un estudio de mercado, por ejemplo. Tampoco tendría cabida en el caso de las consultas se dirijan a determinados operadores económicos. Por otro lado, puede señalarse que en las actuaciones sin procedimiento pueden llegar a regir algunos de los derechos previstos en la LPAC para los interesados¹²⁵; en el caso de las CPM podría pensarse, por ejemplo, en el derecho de acceso al expediente.

61. Los participantes en las CPM tampoco tienen un derecho a que, con posterioridad, se tramite un procedimiento de contratación. Esa decisión se adopta discrecionalmente por el órgano de contratación. Ahora bien, si ese procedimiento se abre, los operadores económicos que tomaron parte en las consultas podrán participar en él¹²⁶. El TJUE señaló hace décadas que el Derecho europeo se opone a que una norma interna impida participación en la licitación a quien haya podido encargarse de la investigación, experimentación, estudio o desarrollo del objeto del contrato con anterioridad, sin que se le dé la posibilidad de demostrar que la experiencia adquirida no falsea la competencia¹²⁷. Además, la imposibilidad de participar en la licitación posterior dejaría sin objeto

¹²³ Se ha planteado la posibilidad en la doctrina, D. C. DRAGOS (2021a: 454).

¹²⁴ S. DIEZ SASTRE (2012: 279).

¹²⁵ J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2023: 517).

¹²⁶ D. C. DRAGOS (2021b: 457).

¹²⁷ STJUE C-21/03 y C-34/03, *Fabricom*, de 3 de marzo de 2005, ECLI:EU:C:2005:127. Al respecto, S. ARROWSMITH (2014: 653).

a la mayor parte de CPM, ya que se generaría un claro desincentivo para participar a quienes tienen un mejor conocimiento del mercado, los operadores económicos. Para evitar cualquier tipo de duda, el art. 115.3 *in fine* LCSP confirma el derecho de los participantes en las CPM a tomar parte en el procedimiento de contratación que se tramite, en su caso. Ese derecho a participar en el procedimiento no rige únicamente en los casos en que se aplica el art. 115 LCSP, sino que se predica de los principios generales de la contratación pública en todos los supuestos en que se celebren consultas —lo que incluye las consultas realizadas por cualquier entidad del sector público antes de la tramitación de cualquier procedimiento de contratación, ya sea de un contrato armonizado o no armonizado—.

62. Cuando los participantes en las CPM intervienen en el procedimiento de contratación, hay que estar a las cautelas aplicables cuando los licitadores o candidatos han estado en contacto con la entidad contratante en la fase de preparación del contrato, tanto si es a través de consultas preliminares del mercado como por cualquier otra vía. Se aplican las reglas propias de los conflictos de interés, en la medida en que la regulación contenida en el art. 41 de la Directiva 2014/24/UE puede considerarse una norma especial del art. 24 de la Directiva 2014/24/UE¹²⁸. No cabe una exclusión automática, sino que debe realizarse una ponderación; esta obligación se hace más gravosa en algunos países, como España, acostumbrados a una aplicación binaria de los criterios de exclusión¹²⁹. Además, se reconoce un derecho de audiencia antes de que se produzca la posible exclusión, con el fin de demostrar que, efectivamente, no se falseará la competencia (art. 115.3 LCSP) [*supra* § 9]. Tampoco parece posible premiar a los participantes en las CPM con puntos adicionales en los criterios de evaluación de las ofertas o de forma similar¹³⁰.

63. Por otro lado, en la participación en el procedimiento de licitación posterior, los posibles candidatos o licitadores no quedan vinculados por la información que hayan ofrecido durante su participación en las CPM. En especial, en relación con el precio debe partirse de que una licitadora podrá ajustar el precio al máximo con el fin de hacer una oferta competitiva en el marco de un procedimiento de contratación, alejándose, de ese modo, de la información que haya ofrecido en la consulta previa¹³¹. En el mismo sentido, el órgano de contratación no puede fijar un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación que se apoye únicamente en la realización de consultas preliminares, porque las consultas no tienen por qué ofrecer exactitud en el precio normal de mercado¹³².

¹²⁸ D. C. DRAGOS (2021b: 461).

¹²⁹ *Ibid.*, 458.

¹³⁰ Dictamen del Consejo de Estado 1.116/2015, de 10 de marzo, «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

¹³¹ Resolución TARCJA 342/2021, de 23 de septiembre.

¹³² Resolución TARCJA 155/2023, de 10 de marzo.

7. CONTROL

64. Del mismo modo que sucede en otros casos de actividad administrativa sin procedimiento, en las CPM puede haber posiciones jurídico-subjetivas que requieran amparo judicial¹³³; sin embargo, la ausencia de una forma jurídica susceptible de impugnación dificulta la articulación de su posible control. Las Directivas de recursos y sus exigencias a los Estados miembros no se proyectan sobre este tipo de actuaciones¹³⁴. No parece posible entender que la realización de las CPM forma parte del procedimiento de contratación a efectos de impugnación, aunque el órgano de contratación manifieste su intención de abrir una licitación con posterioridad¹³⁵. Tampoco cabe considerar la publicación de la convocatoria de las CPM como un acto administrativo impugnabile, en la medida en que el procedimiento tendrá un carácter puramente voluntario e informativo¹³⁶. Esta situación obliga a proyectar la actividad de control, administrativo o judicial, sobre las actuaciones que se realicen en el marco del procedimiento de contratación que pueda estar bajo la influencia de las CPM.

65. En esos casos, cuando se abre una licitación posterior, cabe preguntarse si la conducta que haya llevado a cabo la recurrente durante las CPM puede condicionar su posición en un procedimiento de recurso posterior. Así, en un supuesto sustanciado ante el TACRC, el Tribunal apunta —como *obiter dicta*— que la recurrente no había realizado ninguna objeción a la configuración técnica de la prestación objeto del contrato cuando participó en las CPM que precedieron a la licitación. Ciertamente, no es el argumento principal empleado para desestimar el recurso, pero llama la atención que se mencione esta situación¹³⁷. Entender que el principio de vinculación a los actos propios se proyecta sobre una fase previa al propio procedimiento de contratación parece excesiva, cuando las CPM tienen como finalidad obtener información del mercado, no realizar una suerte de audiencia pública a las entidades que puedan estar interesadas. Habrá que esperar a la forma en que se pueda desarrollar esta idea en la jurisprudencia.

66. Por otro lado, de forma complementaria, más allá del control que pueda proyectarse sobre la actuación administrativa desarrollada en las CPM, hay que contar con la proyección del Derecho de la competencia y de su sistema de control de cumplimiento, en el caso de que, al hilo de la celebración de consultas, los operadores económicos participantes puedan desarrollar conductas anticompetitivas¹³⁸.

¹³³ J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2023: 517).

¹³⁴ O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 190).

¹³⁵ Una opinión distinta, en relación con el Derecho holandés, en O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 191).

¹³⁶ En sentido favorable a la impugnación de la convocatoria, entendida como acto administrativo, a través de los recursos ordinarios: F. J. VÁZQUEZ MATILLA (2019: 8).

¹³⁷ Resolución TACRC 1093/2017, de 17 de noviembre.

¹³⁸ O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 192).

8. ALTERNATIVAS A LAS CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO

67. El régimen jurídico de las CPM expuesto trata de limitar las posibles desviaciones que puedan producirse en la competencia en un procedimiento de contratación posterior. La pregunta que cabe formular es si esas mismas garantías deben proyectarse sobre las actuaciones que puedan sustituir a las CPM; sería el caso, por ejemplo, del encargo a una auditoría externa —mediante un contrato de servicios— o a un medio propio de la realización de un estudio de mercado o de consultas con operadores económicos para calcular el presupuesto base de licitación¹³⁹. Al respecto, se ha pronunciado el OARC, afirmando que cuando se contrata a una consultora externa para realizar un estudio de mercado no hay que incorporar los resultados al expediente; basta con que en el expediente aparezcan los datos relevantes y necesarios para adoptar la resolución¹⁴⁰. Esta resolución es llamativa por la confianza que deposita el órgano de recursos contractuales en una auditoría externa frente a la que exigiría al órgano de contratación. La imposibilidad de conocer los resultados de esa auditoría, incorporándolos al expediente de contratación mediante un informe, supone una merma en la trazabilidad de las actuaciones pre-procedimentales que pueden llegar a condicionar la licitación posterior.

68. Si el art. 115 LCSP densifica la programación normativa que rige la celebración de CPM por parte del órgano de contratación, parece lógico que esas exigencias se trasladen a los casos en que las consultas se pueden llegar a realizar por un tercero. De lo contrario, se estaría generando un incentivo para acudir a terceros en el mercado que realicen las consultas, reduciendo la transparencia sobre los contactos previos que se hayan podido establecer con operadores económicos en el mercado. Al mismo tiempo, se crearía una disminución de los derechos de las partes interesadas en el procedimiento en función de si existe o no un tercero que haya colaborado en la preparación de la licitación. Algo similar podría decirse de los casos en que la redacción de los pliegos de contratación se encarga a un tercero en el mercado, y este lleva a cabo consultas con operadores económicos para la definición de los términos de la licitación. En esos casos, la situación tornaría más grave si la consultora que elaborara la documentación contractual asistiera también al órgano de contratación en la tramitación del procedimiento, incluyendo la fase de valoración de las ofertas¹⁴¹.

9. REFLEXIONES FINALES

69. Las CPM constituyen un buen caso de estudio de la actividad administrativa sin procedimiento, de carácter pre-procedimental, que plantea numerosos interrogantes

¹³⁹ Este ejemplo aparece en el caso analizado en la Resolución TACRC 1721/2021, de 25 de noviembre.

¹⁴⁰ Resolución OARC 78/2019, de 17 de abril.

¹⁴¹ El TACRC pone de manifiesto este tipo de situaciones en la reciente Resolución 1596/2023, de 14 de diciembre.

jurídicos. En el caso de España, la regulación contenida en la LCSP denota la desconfianza del legislador hacia la actividad de los órganos de contratación. Como en otros aspectos de la contratación pública se ha optado por un refuerzo de las exigencias formales y materiales, que se aleja de la forma abierta y flexible en que se regulan las consultas en el Derecho europeo. Al mismo tiempo, las cautelas que se ponen a la realización de contactos previos al procedimiento de contratación por parte del órgano de contratación contrastan con la inexistencia de reglas equivalentes cuando esos contactos se hacen a través de terceros a los que se requiere asesoramiento en la preparación de los contratos públicos. Esta situación puede derivar en un claro incentivo para externalizar un tipo de actividad pública que exige el ejercicio de discrecionalidad de forma apegada al interés público, para satisfacer de la mejor manera posible las necesidades de los entes del sector público y de los ciudadanos. La consecuencia es, en estos casos, un menor control sobre las posibles distorsiones de la competencia que puedan producirse en el procedimiento de adjudicación que se tramite con posterioridad.

70. Más allá de la normativa aplicable, las interpretaciones restrictivas en torno al uso de las CPM y al establecimiento de contactos previos con los operadores económicos impactan de forma especialmente intensa sobre las entidades locales que, como muestran los datos disponibles, son las que más necesidad tienen de acudir al mercado en busca de información de la que carecen. En ese sentido, hay que valorar si, en la práctica, la realización de consultas desemboca en licitaciones más eficientes y con una mejor relación calidad-precio, o si simplemente se dificulta cada vez más la actividad contractual pública. Los datos que se manejan sobre la participación en este tipo de consultas no parecen ofrecer buenas noticias. Por último, en cuanto a las dificultades de algunas entidades locales para acudir a las CPM, parece insuficiente y tópico apelar a las necesidades de formación específicas en el ámbito local¹⁴². Conviene adecuar el marco normativo a la realidad local, ponderando los medios disponibles, el impacto real de su contratación en el mercado y el cumplimiento de los principios de contratación pública.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ARROWSMITH, S.: *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, vol. 1, 3.^a ed., Sweet & Maxwell, Thomson-Reuters, Croydon, 2014.
- BIRK, T.: «Vergaberecht als Mittel zur Verfolgung der Klimaschutzbelange des Art. 20 a GG», *NZBau*, 2022, pp. 572-580.
- BUENO ARMILLO, A.: «La burocracia defensiva», *XVIII Seminario de Teoría y Método (STEM)*, Universidad de Lleida, 25 de noviembre de 2022 (inérito).
- DE GUERRERO MANSO, C.: «Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública», en J. M.^a GIMENO FELIÚ (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1047-1071.

¹⁴² OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 102; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 53.

- DÍEZ SASTRE, S.: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- «¿Y si licitar no siempre fuera la forma más eficiente para proveerse de bienes y servicios?», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 66, 2024, pp. 329-364.
- DRAGOS, D. C.: «Article 40. Preliminary Market Consultations», en R. CARANTA y A. SÁNCHEZ-GRAELLS (eds.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 448-455 (2021a).
- «Article 41. Prior Involvement of Candidates or Tenderers», en R. CARANTA y A. SÁNCHEZ-GRAELLS (eds.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 456-461 (2021b).
- GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Las consultas preliminares del mercado: algunas reflexiones», *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 131-180 (consultado *online*, sin numeración de páginas).
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: *Las actuaciones administrativas sin procedimiento. Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- «Actuaciones sin procedimiento», en F. VELASCO CABALLERO y M.^a M. DARNACULLETA GARDILLA (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo. Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Marcial Pons, Madrid, 2023, pp. 507-523.
- GARCÍA MEILÁN, J. C.: «Las consultas preliminares de mercado un año después», *Gabilex*, núm. extraordinario, marzo de 2019, pp. 21-38.
- GIOSA, P.: *Procurement Planning in the EU: Assessment from a Bid Rigging Perspective*, CPI Anti-trust Cronicle, octubre de 2023.
- JANSSSEN, W. A.: «Public Procurement Law in the European Union», en J. GRANDIA y L. VOLKER (eds.), *Public Procurement. Theory, Practice and Tools*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2023, pp. 39-56.
- KAINER, F.: «Der offene Teilnehmerwettbewerb als unionsrechtliches Prinzip. Begrenzung der Beschaffungsautonomie im Vergabeverfahren», *NZBau*, 2018, pp. 387-392.
- LÓPEZ DONAIRE, M.^a B.: «Las consultas preliminares del mercado a la luz de las nuevas directivas», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 147, 2017, pp. 70-78.
- PARK-LEE, S.: «Contexts of briefing for service design procurements in the Finnish public sector», *Design Studies*, núm. 69, 2020, pp. 1-39.
- PASTOR MERCHANTANTE, F.: «¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 4, 2021, pp. 153-180.
- POPA, I.-G.: «The possibility of the contracting authority to consult the market via the electronic procurement system», *Sciendo, International Conference Knowledge-based Organization*, vol. XXVIII, núm. 2, 2022, pp. 70-74.
- PROBST, P. M.: «Das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers und die Folgen», *ZfBR*, 2021, pp. 238-243.
- RIIHIMÄKI, E., y PEKKOLA, S.: «Public buyer's concerns influencing the early phases of information system acquisition», *Government Information Quarterly*, núm. 38, 2021, pp. 1-11.
- SEMPLE, A.: *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- SIMOU, S.: *Derecho local del cambio climático*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P.: «Las consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las "compras públicas inteligentes"», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018, pp. 77-106 (consultado *online*, sin numeración de páginas).
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: «Consultas preliminares desde la óptica de los poderes adjudicadores y de las empresas», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 162, 2019, pp. 1-13.

- VELASCO RICO, C.: «La actividad informal de la Administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una categoría (casi) olvidada», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 5, 2022, pp. 37-71.
- VODA, O. P., y JOBSE, C.: «Rules and Boundaries Surrounding Market Consultations in Innovation Procurement: Understanding and Addressing the Legal Risks», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 11, núm. 3, 2016, pp. 179-193.
- WAGNER, V.: «Vorbereitung des Vergabeverfahrens», en K. HEUVELS, S. HÖSS, M. KUSS y V. WAGNER (eds.), *Vergaberecht*, 2.^a ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2021, pp. 953-955.
- ZIEKOW, J., y VÖLLINK, U.-C. (eds.): *Vergaberecht*, C. H. Beck, München, 2020.

