

Consultas preliminares al mercado

Grupo de Contratos del Sector Público de GA_P

Dos de las principales novedades derivadas de las nuevas Directivas de 2014¹ radican sin duda en el protagonismo y el relieve que éstas otorgan a la negociación en los procedimientos de licitación contractual y a la introducción de la innovación en la contratación pública. Al servicio de ambas ideas se introduce un concepto que, aunque no es nuevo, sí reviste nuevo vigor de la mano del marco diseñado por el Derecho comunitario: las consultas preliminares al mercado.

Es sabido que las nuevas Directivas se encuentran embebidas de criterios, principios e ideas (flexibilidad, transparencia, igualdad, competencia, negociación, innovación y diálogo) que inspiran toda la regulación que luego introducen en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros. Una de estas tantas ideas es la **necesidad de flexibilizar** la elección por los poderes adjudicadores de un **procedimiento de contratación que prevea negociaciones**. También late en las Directivas el convencimiento de que el mayor recurso a dichos procedimientos incrementaría el **comercio transfronterizo** así como que el empleo del **diálogo competitivo** ha demostrado ser útil en aquellos casos en que los poderes adjudicadores no están en condiciones de definir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado, situación que puede presentarse, en

¹ Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; Directiva 2014/25/UE sobre contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

particular, en los proyectos innovadores, en la ejecución de grandes proyectos de infraestructuras de transporte integrado o en las redes o los proyectos informáticos de gran tamaño que requieran financiación compleja y estructurada (considerando 42 de la Directiva 24/2014).

En este contexto es en el que cobran protagonismo las **consultas preliminares del mercado**, que regula de manera expresa el artículo 40 de la Directiva 24/2014² como un instrumento al servicio de la **definición del objeto** del contrato y de su **precio**. Ante la evidencia de que, en muchas ocasiones, el desconocimiento exacto de la prestación idónea que integra el objeto del contrato proyecta sobre éste una **indefinición inicial** que luego contamina todo el contrato (porque impide la elección de la oferta adecuada y con ello obliga luego a la modificación del contrato en la fase de ejecución provocando en definitiva una ineficiente gestión de los recursos públicos), el Derecho comunitario contempla las **consultas preliminares de mercado** como una **fase previa a la contratación**, orientada a conocer el estado de la tecnología, las posibilidades de innovación que se manejan en el tejido empresarial y la situación del mercado, a los efectos de definir y delimitar el objeto del contrato que precise celebrar para la satisfacción de una concreta necesidad pública.

Este enfoque está influido de manera evidente y notable, por la relevancia que se otorga a la innovación³ y por el convencimiento de que la contratación debe configurarse como una herramienta al servicio de la satisfacción de objetivos de interés público. Por tal motivo, el preámbulo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, establece que su finalidad – la de las consultas preliminares del mercado – no es otra que la de “**preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento**”.

El artículo 115 de la Ley 9/2017 las define como los **estudios de mercado** y las **consultas** que el órgano de contratación puede realizar a los operadores económicos con la **finalidad de preparar correctamente la licitación e informar** a los citados **operadores económicos** acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento⁴.

² 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.

³ La Guía 2.0 para la compra pública en innovación identifica y describe los instrumentos que ofrece la contratación pública para comprar innovación.

⁴ Para ello les permite valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades

G A _ P

De conformidad con lo establecido en el referido precepto, en las Directivas y en los muchos artículos doctrinales publicados al respecto, pueden enumerarse las siguientes notas características y definitorias de las consultas preliminares:

1. Las consultas preliminares al mercado constituyen una **fase precontractual** o de **carácter previo a la contratación** y muy recomendable en aquellos contratos que revistan **complejidad** y que requieran cierto nivel de preparación.
2. Su utilización está vinculada a los procedimientos en los que se da **protagonismo a la negociación entre las partes** (diálogo competitivo, asociación para la innovación y licitación con negociación)
3. Su realización debe articularse a lo largo de diversas **fases**:
 - **Identificación** cual es el **ámbito y objeto de la consulta**: es decir, deben identificarse las necesidades a satisfacer y evaluar las opciones existentes para dar respuesta a tales necesidades.
 - **Elección del procedimiento, formato o plan** a través del cual se va a realizar la consulta de mercado:
 - a) Mediante la obtención de informes sobre el estado de la técnica (*state of the art technology*).
 - b) Desarrollo de sistemas de gestión del proyecto (*statet gate process*).
 - c) Organización de eventos, jornadas o conferencias temáticas relacionadas con las necesidades a satisfacer.
 - d) Vigilancia del mercado tecnológico y sondeos al tejido empresarial en el sector.
 - e) Participación en foros, organización de reuniones o seminarios de intercambio de información.

independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado. Antes de iniciarse la consulta, el órgano de contratación publicará en el perfil de contratante ubicado en la Plataforma de contratación del Sector Público o servicio de información equivalente a nivel autonómico, el objeto de la misma, cuándo se iniciará esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados. Asimismo, en el perfil del contratante se publicarán las razones que motivan la elección de los asesores externos que resulten seleccionados

- **Desarrollo de la consulta⁵:**
 - a) *Anuncio*: identificando las áreas de atención y las necesidades a satisfacer, indicando con claridad **el modo y los plazos** para la realización de la consulta.
 - b) *Consulta*: publicación del anuncio y **desarrollo de las medidas** (cuestionarios, encuestas, formularios, entrevistas, reuniones, jornadas, presentaciones..) previstas.
 - c) *Recepción*: obtención de las respuestas, estudios, informes o pruebas realizadas en el desenvolvimiento de las consultas preliminares.
- **Constancia en acta o documento del resumen de la consulta.**

4. **Requisitos:**

- Necesidad de publicar en la Plataforma de Contratación del Sector Público:
 - a) Objeto de la consulta
 - b) Alcance de la consulta
- Necesidad de redactar un **informe motivado al final del proceso⁶** de consultas, que formará parte del expediente de contratación y que deberá detallar las actuaciones que se han llevado a cabo, los operadores consultados, las respuestas dadas y los motivos que en su caso hayan llevado al órgano de contratación a no considerar dichos resultados.

5. **Límites:**

- Necesaria adopción de medidas por el órgano de contratación para garantizar que la participación de candidatos, licitadores o empresas vinculadas a éstos que hayan asesorado al poder adjudicador, o haya participado de algún modo en la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia.
- Necesaria comunicación a los demás candidatos y licitadores de la **información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en**

⁵ Tanto la convocatoria de las consultas como su celebración debe ser necesariamente previa a la celebración del contrato u anterior incluso al diseño de los pliegos de contratación.

⁶ Ello permite a los licitadores disponer de un número mayor de instrumentos para fiscalizar las decisiones que se adopten respecto del contenido de los pliegos, y su fundamento.

la preparación del procedimiento de contratación, debiendo excluirse a ese candidato o licitador del procedimiento **si no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato**⁷.

- Confidencialidad: Nunca pueden revelarse datos sobre el contratista ni información sobre los aspectos técnicos de productos o servicios relacionada con la consulta del mercado⁸. Artículo 21 de la Directiva.

La consulta preliminar al mercado puede servir así al órgano de contratación para saber si existe respuesta a una necesidad por éste sentida, si existen en el mercado empresas y servicios capaces de satisfacer las necesidades cuya satisfacción la Administración se propone o si hay artículos que cumplen con los requisitos de aquellos que precisa o que son susceptibles de ser modificados a tal fin.

Sirve también la consulta preliminar para contribuir a delimitar el precio máximo de un contrato o para coadyuvar a perfilar los elementos para su determinación futura, cuando se trate de contratos que por su objeto o por la indefinición inicial de éste obliguen a fijar un precio inicial provisional.

⁷ Esta es sin duda una de las mayores dificultades que enfrenta el instrumento de las consultas preliminares al mercado, la dificultad de conocer el “estado de la ciencia y de la empresa” en un determinado sector, garantizando luego la igualdad entre aquellos licitadores que participen, máxime cuando compite empresas previamente “consultadas”.

⁸ El artículo 21 de la Directiva 24/2014 establece que salvo que se disponga de otro modo en la Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, **el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas**. El apartado 2 añade que los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.