

laffer

A B O G A D O S

Newsletter nº 2/2017

1 de marzo de 2017

PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1. INTRODUCCIÓN

Tras una larga espera, el pasado mes de noviembre de 2016 el Consejo de Ministros ha aprobado la remisión a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (“**LCSP**”) a través del que se trasponen 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.

Para la tramitación parlamentaria del Proyecto, que se ha publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados del día 2 de diciembre de 2016, se ha solicitado el procedimiento de urgencia, lo que da buena cuenta de la importancia y hace esperar que su aprobación sea inminente.

El plazo de transposición de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, finalizó el 18 de abril 2016 lo que ha provocado que muchas de sus disposiciones fueran aplicables desde entonces en virtud del denominado “efecto directo” de las directivas. Esta situación ha causado no pocos quebraderos de cabeza a los poderes adjudicadores y ha obligado a diversos órganos consultivos y tribunales administrativos a realizar recomendaciones sobre cómo aplicar transitoriamente estas directivas hasta la aprobación del Proyecto de LCSP.

Aunque la tramitación del Proyecto de LCSP finalizó en marzo de 2016, no pudieron ser remitidos a las Cortes con anterioridad por estar el Gobierno en funciones.

2. PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA REFORMA

Sin perjuicio de que el Proyecto de LCSP introduce importantes novedades, algunas de las cuales abordaremos más adelante, los objetivos que inspiran la regulación, además de la trasposición de las Directivas, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, son los siguientes:

- (i) Lograr una mayor transparencia, eficiencia e integridad en la contratación pública que permita un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos.
- (ii) Conseguir una mejor relación calidad precio, para lo cual se introducen nuevas consideraciones en la contratación pública, de manera que los órganos de contratación podrán dar prioridad a la calidad, consideraciones medioambientales, aspectos sociales o a la innovación, sin olvidar el precio ni los costes del ciclo de vida del objeto de la licitación.

laffer

A B O G A D O S

- (iii) La necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYMES. Se reducen las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación.

Como medida específica de apoyo a las PYMES, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos. Se invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse en adelante en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas.

- (iv) Se introducen normas más estrictas tanto en beneficio de las empresas como de sus trabajadores, de manera que las nuevas normas endurecen las disposiciones sobre esta materia en las denominadas ofertas “anormalmente bajas”. Así se establece que los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.
- (v) Trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia.

3. ESTRUCTURA Y EJES DE LA NUEVA REGULACIÓN

El articulado del Proyecto de LCSP se estructura en un Título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro Libros sucesivos, relativos a: (i) la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I); (ii) la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de dichos contratos (Libro II); (iii), los contratos de otros entes del sector público (Libro III); (iv) y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV).

Pese a las novedades que se incorporan a la nueva regulación, el Proyecto de LCSP mantiene los principales ejes sobre los que se asentaba el sistema de contratación establecido por la anterior legislación. Bajo esta perspectiva, no supone una ruptura ya que mantiene elementos básicos, como, por ejemplo:

- (i) La aplicación del concepto de poder adjudicador, que da lugar a la existencia de tres niveles de aplicabilidad de la Ley respecto de las entidades del sector público que configuran su ámbito: a) Administraciones Públicas; b) poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas; y c) entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

Para las entidades del segundo y tercer nivel se mantiene la obligación de que cada una apruebe unas instrucciones internas de contratación, aspecto que ha sido duramente criticado por algunos sectores doctrinales por atender contra la unidad de mercado, la seguridad jurídica y el control del sector público.

laffer

A B O G A D O S

- (ii) La regulación de los contratos de las Administraciones públicas, tanto en sus disposiciones generales, como respecto de cada tipo de contrato, que sigue siendo la parte troncal del Proyecto de Ley y la referencia de cualquier contrato que se haga por una entidad del sector público.
- (iii) La distinción entre los contratos sujetos a regulación armonizada y aquellos que no lo están, basada en la superación de ciertas cuantías económicas, o umbrales comunitarios, lo que nos permite, a su vez, diferenciar el régimen jurídico que se aplica a cada uno de ellos.
- (iv) El régimen jurídico específico correspondiente al contrato de obras, al de suministro y al contrato de servicios, en cuyas disposiciones no se han incluido, salvo en cuestiones muy concretas, excesivas reformas. Por el contrario, se introducen novedades en la regulación del contrato de concesión, en el contrato mixto y en el contrato de colaboración público privada, que se suprime

4. PRINCIPALES NOVEDADES

Sería imposible detallar todas las novedades, por lo que únicamente se destacan algunas, en el bien entendido que el Proyecto de LCSP puede sufrir modificaciones en el trámite parlamentario:

- (i) **Ámbito subjetivo.** Se adaptan las referencias subjetivas a la tipología de las entidades incluidas en el ámbito subjetivo de la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (“**Ley 40/2015**”)

Se suprime la mención a que las Entidades Públicas Empresariales no se considerarán como Administración Pública y se dispone que sólo las entidades de derecho público que sean efectivamente de mercado serán no Administración Pública a efectos de su aplicación.

Se incluye dentro del ámbito subjetivo a partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales si hay financiación pública mayoritaria y respecto a los contratos sujetos a regulación armonizada.

Por último, se sujetan a la Ley a las corporaciones de derecho público (colegios profesionales) si pueden calificarse como poderes adjudicadores.

- (ii) **Convenios, encomiendas de gestión y nueva regulación del medio propio.** Se regula la cooperación horizontal y vertical entre los poderes adjudicadores. Se exige para la suscripción de los convenios con poderes adjudicadores que su objeto no esté comprendido entre los regulados en la Ley, que desarrollen una cooperación para garantizar los servicios públicos que les incumben y que las entidades que participen no realicen en el mercado más de un 20% de su actividad.

Se endurecen los requisitos para que los poderes adjudicadores realicen encargos a los medios propios (contratación *in house*): los medios propios han de tener capital íntegramente público, reconocer su condición de medio propio en los estatutos o normas de creación (con la conformidad de quien dependa y previa verificación de que dispone de medios personales y materiales apropiados para realizar los encargos de acuerdo con su

laffer

A B O G A D O S

objeto social) y quedar bajo el control de poder adjudicador que les realice el encargo. Asimismo, el 80% de la actividad del medio propio se debe realizar para el poder adjudicador o entidades controladas por éste o a las que ambos queden sometidos.

Se prohíbe como regla general que los medios propios subcontraten prestaciones parciales que superen el 60% de la cuantía del encargo.

- (iii) **Tipología de contratos.** Se ajustan las definiciones de los contratos de obras y servicios, adoptándose un concepto funcional de obras.

En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras.

En lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, se adopta como criterio la exigencia una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario.

Se suprime la figura del contrato de colaboración público privada, como consecuencia de la escasa utilidad de esta figura en la práctica. La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales.

En la regulación del contrato mixto se establece el criterio general de que se regirá por las normas correspondientes al contrato que contenga la prestación principal.

- (iv) **Jurisdicción competente.** Se suprime la dualidad jurisdiccional y todas las cuestiones relativas a la preparación, adjudicación y modificación (cuando estas modificaciones se basen en el incumplimiento de lo establecido en la propia Ley porque se entienda que deba ser objeto de una nueva licitación) de los contratos, se residencian en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Medida sin duda loable y que elimina la inseguridad jurídica que suponía tener que impugnar ante la jurisdicción civil las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no tenían la consideración de Administraciones públicas.

- (v) **Recurso especial.** Se mantiene el modelo de los tribunales administrativos, cuyo funcionamiento se ha demostrado útil y eficaz.

Por lo que se refiere a las cuestiones procesales y sustantivas, se mejora la regulación de la invalidez y desaparece la cuestión de nulidad, si bien sus causas podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación.

El recurso especial, cuando resulte procedente, pasa a configurarse como un recurso obligatorio antes de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa. Hasta ahora se podía escoger esta vía o acudir a la jurisdicción contenciosa. El asunto no es baladí, porque se sigue manteniendo el perentorio plazo de 15 días hábiles para su interposición,

laffer

A B O G A D O S

si bien, bajo la nueva regulación dada por la Ley 40/2015, se habrá de excluir del cómputo los sábados que han dejado de ser hábiles.

Resulta censurable que no se haya hecho extensivo este recurso a los contratos no sujetos a regulación armonizada, a los que les sigue siendo de aplicación el régimen ordinario de recursos regulado en la Ley 40/2015 que establece plazos más amplios.

Se elevan las multas por temeridad o mala fe en la interposición del recurso hasta 30.000 euros y se contempla la posibilidad de acordar la imposición de indemnizaciones a cargo del recurrente si el recurso fuere desestimado, medida inédita y, a nuestro juicio de dudosa legalidad, que obliga a extremar la cautela.

- (vi) **Valor de los contratos.** Se revisan a efectos de su homogeneización las diversas expresiones que se utilizaban en el texto refundido anterior para referirse al valor de los contratos, por ejemplo “cuantía” o “importe del contrato”, reconduciéndose en la mayor parte de los casos al concepto de “valor estimado” del contrato, que resulta ser el correcto. Este concepto queda perfectamente delimitado en la nueva Ley, al igual que lo están el de “presupuesto base de licitación” y el de “precio del contrato”, evitándose, de esta forma, cualquier posible confusión entre ellos.
- (vii) **Prohibiciones para contratar.** Se aumentan los casos de prohibición y se modifica la competencia, el procedimiento y los efectos de una declaración de este tipo.

Se contempla que la declaración de la prohibición se efectúe a instancias de entidades contratante que no tengan el carácter de administración pública, que deberá hacerlo a través del ente u órgano al que éste adscrito.
- (viii) **Consultas preliminares.** Se regulan por primera vez las consultas preliminares con la finalidad 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. A estas actuaciones se les debe dar publicidad a través de internet.
- (ix) **Procedimientos de licitación.** Además de los procedimientos existentes hasta la actualidad, como el abierto, el negociado, el dialogo competitivo y el restringido, se introduce un nuevo procedimiento denominado asociación para la innovación.

En el ámbito del procedimiento abierto, se crea la figura del procedimiento abierto simplificado, que resultará de aplicación hasta unos umbrales determinados, y nace con la vocación de convertirse en un procedimiento ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación. Sus trámites se simplifican al máximo, por ejemplo, se presentará la documentación en un solo sobre; no se exigirá la constitución de garantía provisional; resultará obligatoria la inscripción en el Registro de Licitadores; y la fiscalización del compromiso del gasto se realizará en un solo momento, antes de la adjudicación.

Respecto del procedimiento negociado, se suprime la posibilidad del uso del procedimiento negociado con y sin publicidad por razón de la cuantía y se suprime la aplicación de este procedimiento respecto las obras y servicios complementarios.

laffer

A B O G A D O S

El procedimiento de asociación para innovación se ha previsto para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Se trata, por tanto, de supuestos en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación.

En relación con este nuevo procedimiento, la nueva Directiva perfila un proceso en el que, tras una convocatoria de licitación, cualquier empresario puede formular una solicitud de participación, tras lo cual, los candidatos que resulten seleccionados podrán formular ofertas, convirtiéndose así en licitadores, en el marco de un proceso de negociación. Este podrá desarrollarse en fases sucesivas, y culminará con la creación de la asociación para la innovación. Esta asociación para la innovación se estructurará a su vez en fases sucesivas, pero ya no tendrá lugar entre el órgano de contratación y los licitadores, sino entre aquel y uno o más socios; y generalmente culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes.

Se trata, por tanto, de un procedimiento en el que podrían distinguirse, esquemáticamente, cuatro momentos diferenciados: selección de candidatos, negociación con los licitadores, la asociación con los socios y la adquisición del producto resultante.

- (x) **Criterios de adjudicación.** Se precisan los requisitos que deben observar: a) han de estar vinculados al objeto del contrato; b) deben ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no han de conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; y c) deben garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Se establecen dos clases de criterios de adjudicación: criterios relacionados con coste (se incluye mejor relación coste-eficacia) y criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio.

Se limita el uso de las mejoras como criterio que había dado lugar a no pocos abusos: no podrá asignársele una valoración superior al 2,5%. Y se definen como las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que aquéllas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones.

En los criterios adjudicación se incluye, además, la definición y cálculo del coste del ciclo de vida.

Se regulan criterios de desempate mediante el uso de criterios sociales

Por último, se obliga a que en la elección de las fórmulas se justifique en el expediente, y las mismas deben permitir que en condiciones normales pudiera llegar a existir una diferencia equivalente a la ponderación correspondiente al respectivo criterio automático entre la mejor y la peor oferta

La amplitud de la norma y el carácter meramente introductorio de la presente newsletter impiden un desarrollo más profundo de la norma, pero los aspectos citados dan buena cuenta del calado de la reforma.



laffer

A B O G A D O S

5. APROBACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR

Aun cuando, como se ha dicho, se prevé que la aprobación del Proyecto de LCSP sea inminente, su entrada en vigor no se producirá hasta los cuatros meses de su publicación en el Boletín Oficial de Estado (Disposición Final Séptima del Proyecto de LCSP). Por tanto, habrá tiempo para analizar con más detalle sus novedades.

* * * *

Esperamos que estos comentarios sean de utilidad, y, como siempre, **LAFFER ABOGADOS** está a su disposición para cualquier aclaración o información adicional.