

# laffer

A B O G A D O S

Newsletter nº 1/2018

31 de enero de 2018

## **PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El pasado 9 de noviembre de 2017 se publicó en el BOE 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 (“**LCSP**”), La LCSP entrará formalmente en vigor a los cuatro meses de su publicación en el BOE, es decir, el 9 de marzo de 2018.

Los expedientes de contratación iniciados antes de su entrada se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.

### **2. OBJETIVOS DE LA REFORMA**

Sin perjuicio de que la 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.
- (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

# laffer

A B O G A D O S

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. PRINCIPALES NOVEDADES**

Pese a las novedades que se incorporan a la nueva regulación, la LCSP no supone una ruptura y mantiene los principales ejes sobre los que se asentaba el sistema de contratación establecido por la anterior legislación: (i) la aplicación del concepto de poder adjudicador y la existencia de tres niveles de aplicabilidad, suprimiendo no obstante las instrucciones internas de contratación (salvo para los entes de sector público que no sean poderes adjudicadores); (ii) a distinción entre los contratos sujetos a regulación armonizada y aquellos que no lo están; y (iii) el régimen jurídico específico correspondiente al contrato de obras, al de suministro y al contrato de servicios, que no han sufrido grandes reformas.

Sería imposible detallar todas las novedades, por lo que únicamente se destacan algunas:

#### **3.1. 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 que se contenía en el artículo 3.2.e) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público a que las Entidades Públicas Empresariales no se considerarán como Administración Pública y se fija como criterio que sólo las entidades



# laffer

A B O G A D O S

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.

### **3.2. 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 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.

### **3.3. 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,



# laffer

A B O G A D O S

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.

### **3.4. Contratos menores**

Se reducen los umbrales del contrato menor; habrá de tener un valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios.

A fin de evitar la utilización indebida del contrato menor para la adjudicación sucesiva de contratos, en los expedientes relativos a este tipo de contratos se debe incorporar la justificación: a) de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación; y b) que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que delimitan los contratos menores.

Por primera vez se exige que, cada tres meses, se publique en el perfil de contratante la información relativa a los contratos menores.

### **3.5. 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 residen 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



# laffer

A B O G A D O S

de los contratos no sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no tenían la consideración de Administraciones públicas.

### **3.6. 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 se ha configurado finalmente con carácter potestativo pudiéndose escoger esta vía o acudir a la jurisdicción contenciosa.

Se amplía el espectro de los contratos que pueden ser objeto de recurso del recurso, alcanzado los siguientes:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.
- d) Los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.
- e) Los contratos subvencionados y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

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.

# laffer

A B O G A D O S

### **3.7. 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.

### **3.8. 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.

### **3.9. 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.

### **3.10. Elaboración de una memoria en el expediente de contratación.**

Se obliga a las administraciones a que elaboren una memoria en los expedientes de contratación que incorpore los siguientes datos:

- a) La elección del procedimiento de licitación.
- b) La clasificación que se exija a los participantes.
- c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.
- d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.
- e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.

# laffer

A B O G A D O S

- f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.
- g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso (art. 99.3).
- h) El informe sobre las consultas preliminares de mercado, si se hubieran realizado (art. 115)

La memoria relativa a cada contrato debe publicarse en el perfil de contratante y tendrá sin duda un papel central en aquellos casos en que pretenda atacarse los pliegos.

### **3.11. 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 y el super-simplificado. El procedimiento simplificado 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 (salvo que existan criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor); 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.

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 LCSP 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



# laffer

A B O G A D O S

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.

### **3.12. 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.

\* \* \* \*

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