

## Principales novedades del Proyecto Ley Contratos Sector Público



**El articulado de esta Ley se ha estructurado en un Título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro Libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I).**

23/01/2017

En la tramitación en las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, conviene dar, de forma sucinta, cuenta de sus principales novedades, advirtiendo que se trata de una norma técnica, es cierto, pero de indudable impacto en la práctica de implementación de políticas públicas.

El resultado final del texto que se ha presentado a la tramitación parlamentaria es, quizá, demasiado extenso, pues son 340 artículos y 40 Disposiciones Adicionales (muchas de estas Disposiciones, en adecuada técnica normativa, deberían formar parte del articulado). Y en ciertas ocasiones tiene un marcado carácter reglamentario. Este resultado es la consecuencia de la opción de tomar como punto de partida el actual TRLCSP de 2011, lo que puede haber impedido una mayor simplificación y claridad. Sin embargo, una sistemática más 'clásica' puede ayudar a su comprensión y manejo. El articulado de esta Ley se ha estructurado en un Título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro Libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV). Los contratos celebrados en el ámbito de la Defensa y Seguridad, seguirán rigiéndose por su correspondiente Ley específica (Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad), en los supuestos en ella determinados.

Conviene una primera valoración centrada ahora específicamente en las principales novedades que desglosamos brevemente:

**Ámbito subjetivo:** Como novedad importante se incluye en el ámbito de aplicación a partidos políticos y sindicatos y organizaciones empresariales si hay financiación pública mayoritaria. Sin duda un cambio de indudable interés, máxime en el actual contexto de falta de transparencia de la gestión política que cuestiona la propia legitimidad de las instituciones administrativas. Se mantiene la opción de que los poderes adjudicadores no administración pública aprueben instrucciones internas en sus licitaciones en contratos de importes no armonizados.

**Convenios (se introduce el término de 'cooperación'):** Se sustituye 'naturaleza' por contenido y causa (de esta manera se pretende evitar fraudes y favorecer control y que bajo subterfugios formales se esconda una relación que es un contrato público).

**Encargos a medios propios:** Se opta por utilizar las categorías y conceptos comunitarios, con el fin de favorecer la predictibilidad. Así, no se habla de encomiendas sino de encargos. Encargos que deben ser objeto de publicidad con el fin de garantizar, mediante el control, la idoneidad de cada encargo. Los entes que tengan consideración de medios propios deben contar con los medios idóneos. En todo caso, cien por cien capital público. Son necesarios, además, otros requisitos: que la empresa que tenga el carácter de 'medio propio'; disponga de medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga; que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa; que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad. Obviamente, cualquier ente considerado como medio propio, es, en todo caso, poder adjudicador. Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios, en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016 Tribunal de Contratos Públicos de Madrid.

Tipología de contratos: Hay ajuste de definiciones de obras y servicios (se opta por el concepto funcional de obras: que exista influencia en la decisión final, tal y como se indicaba en la STJUE 30 octubre 2009, Comisión/Alemania-) y de concesión de obras y de servicios. Se decide qué plazo de estos últimos será común a todo poder adjudicador con excepciones justificadas (inversiones, etc.). El plazo ordinario de duración de los contratos de servicios y concesión de servicios es de cinco años (porque es el que referencia la Directiva concesiones). Desaparece el tipo de contrato de colaboración público-privada pero se mantiene la posibilidad de sociedad de economía mixta en tanto fórmula de CPPI. Se adopta el criterio del riesgo operacional como elemento para delimitar concesión de contrato, lo que supone un cambio pues bastara con que se transfiera el riesgo de suministro de oferta o el riesgo de suministro de demanda para que exista una concesión (criterio aplicable por igual a concesiones de obras o concesiones de servicio).

Control jurisdiccional: se corrige la problemática de la dualidad jurisdiccional. Todas las fases de preparación y adjudicación, al margen de importe y naturaleza poder adjudicador, se residen en orden contencioso-administrativo. Existe ahora coherencia con la solución adoptada por el actual artículo 2 b) LJ de 1998, que establece la regla (que no debería ser alterada por la legislación de contratos, en tanto legislación sectorial), de que todas las cuestiones de preparación y adjudicación de cualquier poder adjudicador se deben residenciar en sede contenciosa.

Recurso especial: Se mantiene el modelo de los tribunales administrativos y se mejoran los aspectos de invalidez y desaparece cuestión de nulidad contractual que se integra en el recurso especial. El recurso especial se configura con carácter obligatorio (la exposición de motivos lo indica claramente: 'Este recurso, en su caso, precedera al recurso Contencioso Administrativo, lo cual constituye una garantía más frente a posibles actos irregulares. Junto a ello, debe considerarse la demostrada ágil resolución de los recursos especiales y que el nuevo sistema contribuirá a evitar estrategias procesales de impugnación de diferentes actos de una misma licitación unos ante el órgano que resuelva el recurso especial y otros ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en función de los intereses de parte') y se limita exclusivamente para importes armonizados. Se extiende el objeto del recurso contra modificaciones y encargos ilegales, lo que supone que ya no es recurso precontractual.

Solvencia: Se aclara como condición de ejecución lo que es la adscripción de medios como complemento necesario a la solvencia que se exige. La clasificación empresarial se mantiene solo en contratos de obras de más de 500.000 euros. Importante novedad, desde la perspectiva de simplificación, es que se establece la declaración responsable como regla general en todo procedimiento abierto (con regulación del Documento único Europeo).

Procedimientos: Se regulan las consultas preliminares al mercado (art. 115), que es una técnica muy adecuada para una correcta planificación de las necesidades a contratar. Interesa destacar que se introduce el procedimiento abierto con tramitación simplificada (muy similar al de la Ley 3/2011 de Aragón). Los umbrales para su utilización son los no armonizado en suministros y servicios y 2 millones en obras (salvo poder adjudicador no Administración pública, que lo puede utilizar para todo importe). Este procedimiento, llamado a convertirse en el procedimiento ordinario en estos umbrales, aconseja cierto ajuste técnico para favorecer su utilización de forma general. Existe, además, una novedosa regulación del procedimiento negociado con más detalle (artículos 164 a 169). Así, se advierte que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los distintos aspectos a negociar (y la ausencia de negociación se considera causa de nulidad, como ha indicado Acuerdo del TACPA 8/2015). Pero lo más destacado es que desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción). Se mantiene la figura del contrato menor y sus cuantías, (quizá su práctica y abusiva práctica aconsejaba, cuando menos, cierta exigencia de publicidad).

Innovación: Con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras, destaca especialmente la introducción del nuevo procedimiento de asociación para la innovación. La asociación para la innovación es un procedimiento que permite a los poderes adjudicadores establecer 'colaboración' con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores (...) sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición. Aunque tiene ciertas semejanzas con el procedimiento negociado, su función permite afirmar que tiene autonomía y significado propio. Y de ahí su distinción (lo que exige conocer bien como aplicar el procedimiento negociado). En la asociación para la innovación, al ser único el procedimiento, el socio que presente la mejor oferta tecnológica será el adjudicatario de la obra, suministro o servicio. En su

primera fase (pre-comercial), la asociación se equipara a una contratación pre-comercial de grado mínimo, puesto que la tecnología buscada o ya existe 'y pretende mejorarse' o es factible desarrollarla con éxito en breve plazo. Pero en su segunda etapa (comercial o contractual) la naturaleza del contrato vendrá determinada por el tipo de producto final requerido por el órgano de contratación ('suministros, servicios u obras resultantes'; artículo 31.2 Directiva 2014/24/UE).

**PYMEs:** Hay una nueva regulación de la división en lotes de los contratos. Así, se invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que, solo si no se divide, hay que justificarlo. Se regula la oferta integradora y se puede limitar número de lotes. El acceso a los pliegos y demás documentación complementaria debe ser por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados.

**Criterios de adjudicación:** Deben cumplir los siguientes requisitos: a) deberán estar vinculados al objeto del contrato; ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad; no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; y deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Hay una doble distinción de criterios: 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 criterio mejoras: no podrá asignársele una valoración superior al 2,5%. 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 criterios adjudicación se incluye, además, la definición y cálculo del coste del ciclo de vida y de las ofertas anormalmente bajas (ahora también por criterios sociales o ambientales). Se regulan criterios de desempate (conforme a criterios sociales).

**Morosidad:** Previa previsión en los pliegos, el poder adjudicador compruebe el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más rigorista que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal.

**Modificaciones contractuales:** El régimen de modificación del contrato es más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias (art. 72 Directiva 2014/24 y 43/Directiva 2014/23). Se introduce adverbio 'solo' y se limitan posibilidades. No hay modificados de 'minimis'. Se regula la cesión del contrato con el fin de evitar que se considere modificación contractual. Toda modificación deben publicarse y notificarse los acuerdos de modificación (opción ya incorporada en Aragón y Navarra). Existe una cierta 'disfunción', por comparación con el régimen actual en relación a los poderes adjudicadores no Administra&not;ción Pública (artículo 20 TRLCSP), pues se 'limita', la aplicación del procedimiento de modificación contractual solo para los contratos de importe armonizado.

**Régimen de los contratos administrativos:** Existen ajustes técnicos (por ejemplo, mayor plazo garantía en los contratos de obras), más importantes en la regulación de las concesiones: donde se incluye el concepto de la Tasa Interna de Rentabilidad o Retorno (TIR). Se confirma la actual regulación de la responsabilidad patrimonial administrativa en los casos de resolución de las concesiones (RPA), que es un elemento de seguridad importante, que funciona como efecto llamada en los inversionistas al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión. Esta RPA se limita, para la resolución por causa imputable al concesionario, la RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 (el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma). Se permite pagos por disponibilidad. Interesa llamar la atención con el dato de que la retribución tendrá la condición de tarifa, tanto en los casos de concesión de obras como de concesión de servicios (nuestros 'servicios públicos').

**Reequilibrio económico de la concesión de obras y servicios:** se mantiene la redacción actual sobre el factum principis (decisión de la Administración pública concedente que incide de forma sustancial en concesión) y no se incorpora como causa de reequilibrio el riesgo imprevisible. Se puede ampliar un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato.

**Extinción:** En las prerrogativas de los contratos de concesión de obras y de servicio se mantiene la técnica del rescate como privilegio unilateral. Esta opción parece incumplir la previsión del artículo 44 la Directiva de concesiones, que establece unos límites a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, pues se desnaturaliza la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tiene cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, de la prerrogativas públicas exorbitantes (el

rescate será una expropiación).

**Publicidad:** A efectos de publicidad/transparencia debe estarse a la publicidad en Portal Contratación Sector Público (o autonómicos, interconectados). Los plazos se inician en momento publicación en la PCSP. El Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito.

**Organización:** En materia organizativa destaca la previsión relativa a la mesa de contratación, que se define como órgano de asistencia técnica especializada (lo que supone que no puede tener componente político en las personas que se designan, tal y como advirtiera el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos en su Acuerdo 45/2013, de 7 de agosto). Se regulan los órganos de contratación de las entidades locales (sin especiales novedades). Debe mencionarse la nueva regulación de la figura del perfil de contratante, más exhaustiva que la anterior, que le otorga un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad. Existe una nueva regulación del Registro de Contratos del Sector Público (que debe servir para mejorar no solo en simplificación, sino también en transparencia), en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros.

**Medios electrónicos:** Se opta por la extensión de la regla de utilización de medios electrónicos, incluso para ofertas. En cuanto a la presentación facturas, el contratista tendrá la obligación de presentar la factura que haya expedido por los servicios prestados o bienes entregados ante el correspondiente registro administrativo a efectos de su remisión al órgano administrativo o unidad a quien corresponda la tramitación de la misma. En los pliegos de cláusulas administrativas para la preparación de los contratos que se aprueben a partir de la entrada en vigor de la presente disposición, se incluirá la identificación del órgano administrativo con competencias en materia de contabilidad pública, así como la identificación del órgano de contratación y del destinatario, que deberán constar en la factura correspondiente.

**Gobernanza pública.** Se diseña un nuevo sistema de gobernanza, del que deriva un nuevo rol de la Junta Consultiva Contratación Pública (se crea un Comité con representación CCAA) por exigencia del Derecho de la Unión Europea. Los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas -además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos- lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas 'que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática- conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos pública. Esta regulación obligará a modificar los Reglamentos de funcionamiento de las Juntas Consultivas autonómicas.

**Prevención de corrupción:** Por último, pero sin duda lo más importante, la ley incorpora al artículo 1 el principio de integridad, e incluye previsiones de prevención de la corrupción con un sistema más rígido de prohibiciones de contratar y conflictos de intereses.

Pero este objetivo de prevención de la corrupción, como ya hemos advertido, resulta debilitado si se tiene en cuenta que se mantiene la opción de 'diversidad' de regímenes jurídicos ex Instrucciones Internas para los poderes adjudicadores que no son Administración pública (que pueden ser más de 10000) que son el verdadero caballo de Troya para facilitar el mantenimiento de prácticas irregulares (y falseamiento del principio de competencia) y que 'no cambie nada'. Asimismo, la decisión de no extensión del recurso especial a cualquier contrato con indiferencia de su importe, impide corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública. La armonización exigida por las Directivas europeas en contratos de determinadas cuantías no puede justificar la existencia de un régimen distinto en las cuantías inferiores (Ver documento).

La armonización exigida por las Directivas europeas en contratos de determinadas cuantías no puede justificar la existencia de un régimen distinto en las cuantías inferiores.

En definitiva, el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público incorpora importantes novedades, pero su tramitación parlamentaria es una oportunidad de su mejora en lo sustantivo y en lo técnico una norma de tal significado para el correcto funcionamiento de las instituciones públicas, así como para prevenir efectivamente el problema de la corrupción, tan generalizada en el ámbito de los contratos públicos. Lo que aconseja consenso político en la tramitación parlamentaria y estabilidad de la norma, pues una materia tan sensible en lo económico

y político no puede 'estar en continuo movimiento jurídico'.