



ALERTA

GTA VILLAMAGNA

CONTRATACIÓN PÚBLICA

ENERO 2017



CONTENIDOS

I.	Introducción	3
II.	Principales novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.....	3
1.	Principales objetivos de la nueva Ley	3
2.	Ámbito subjetivo de la Ley	3
3.	Tipología de contratos.....	3
4.	La figura del “medio propio”	4
5.	Cuestión de nulidad y recurso especial	4
6.	Preparación y adjudicación	5
7.	Modificación del contrato.....	6
8.	Contratación electrónica.....	7

I. INTRODUCCIÓN

La presente alerta tiene por objeto analizar las principales novedades que se contienen en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados, cuyo fin primordial consiste en trasponer al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, sobre contratación pública; y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

En estos momentos, el Proyecto de Ley se encuentra en trámite de enmiendas en la Comisión de Hacienda y Función Pública del Congreso de los Diputados, a la que el Pleno de la Cámara ha atribuido competencia legislativa plena. Ello, unido al hecho de que el proyecto de Ley se está tramitando por el procedimiento de urgencia, hace prever que el nuevo texto legal será aprobado sin enmiendas significativas.

II. PRINCIPALES NOVEDADES DEL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1. Principales objetivos de la nueva Ley

- Lograr una mayor transparencia en la contratación pública y conseguir una mejor relación calidad-precio.
- Simplificar los trámites, con la consiguiente menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las pymes.
- Incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/23/UE y la Directiva 2014/24/UE.
- Diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e

íntegro.

2. Ámbito subjetivo de la Ley

El ámbito subjetivo de la Ley se amplía respecto a la regulación actual con la inclusión de los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las empresariales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos siempre que cumplan los requisitos exigidos para ser “poder adjudicador”, y respecto de los contratos sometidos a regulación armonizada.

3. Tipología de contratos

Desaparece el contrato de gestión de servicio público, que es sustituido por el contrato de concesión de servicios.

Tanto en los contratos de concesión de obras como en los de concesión de servicios, debe haber necesariamente una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario. A tal efecto, se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

En consecuencia, el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es quién asume el riesgo operacional. Si lo asume el contratista, el contrato será de concesión de

servicios; si lo asume la Administración, se tratará de un contrato de servicios.

Por otro lado, desaparece el contrato de colaboración público privada, como consecuencia de su escasa utilidad en la práctica.

Por tanto, los contratos “típicos” son los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, contrato de suministro y contrato de servicios.

En cuanto al contrato mixto y por lo que se refiere a su preparación y adjudicación, se establece el criterio general de que se regirá por las normas correspondientes al contrato que contenga la prestación principal. En los Pliegos se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.

4. La figura del “medio propio”

Se unifica la terminología al aludirse a «encargos a medios propios». Dichos encargos pueden producirse:

- Por “poderes adjudicadores” en favor de “medios propios” personificados de ellas dependientes. En este sentido, aumentan las exigencias que deben cumplir las entidades para ser consideradas “medios propios” (figura que permite la realización de encargos a su favor sin necesidad de licitación por el poder adjudicador del que depende), pues a las ya previstas, se añade que la entidad que tenga el carácter de «medio propio» disponga de medios personales y materiales adecuados 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.

- Por entidades del sector público que no tengan la consideración de “poder adjudicador”, exigiéndose que el ente que hace el encargo ostente control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, sobre el ente personificado destinatario del mismo; que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública; y que más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo.

5. Cuestión de nulidad y recurso especial

Se suprime la cuestión de nulidad, aunque se incluye una regulación específica para que puedan aducirse los motivos de nulidad a través del recurso especial en materia de contratación. Concretamente, cuando se alegue alguna de estas causas:

- Falta de publicidad.
- Inobservancia del plazo para la formalización del contrato (cuando por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y, además, concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener dicha adjudicación).

- Haberse formalizado el contrato sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación.
- El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios; en tales casos, el plazo de interposición del recurso especial será:
(i) treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en esta Ley; y (ii) en los restantes casos, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato.

Entre otras modificaciones adicionales, se contienen en el Proyecto de Ley las siguientes previsiones:

- No se contempla que el recurso especial tenga carácter potestativo (como se recoge actualmente en el artículo 40.6 del TRLCSP). En consecuencia, debe considerarse como un recurso preceptivo, lo que implica que la vía administrativa no termina hasta que se interpone y resuelve (de manera expresa o por silencio administrativo) este recurso especial (cuando se trate de actos susceptibles de ser recurridos a través de esa vía). Y no podrá acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa hasta que se haya agotado la vía administrativa previa.
- La interposición del recurso especial tendrá efectos suspensivos automáticos siempre que el acto recurrido sea el de

adjudicación, salvo en el caso de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición.

- Transcurridos dos meses sin que se haya notificado la resolución del recurso, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso- administrativo.
- Aumenta la multa cuando se aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares (de 1.000 a 15.000 € pasa a de 1.000 a 30.000 €).

6. Preparación y adjudicación

Se incorpora la regulación de consultas preliminares del mercado, 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.

Junto a los procedimientos actuales (abierto, negociado, dialogo competitivo y restringido), se introduce un nuevo procedimiento denominado “asociación para la innovación”, previsto en el ámbito de la innovación y desarrollo 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 los que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación. Se 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. Éste podrá desarrollarse en fases sucesivas, y culminará con la creación de la asociación para la innovación, que generalmente culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes.

Se crea la figura del procedimiento abierto simplificado, que resultará de aplicación hasta unos umbrales determinados (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). El objetivo es permitir que el contrato esté adjudicado en el plazo de un mes desde que se convoca la licitación, y pretende dar respuesta a la desaparición de la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado hasta un umbral determinado (como se hace referencia a continuación).

Se suprime en el procedimiento negociado la posibilidad de su uso con y sin publicidad por razón de la cuantía, y se suprime la aplicación de este procedimiento respecto a las obras y servicios complementarios.

Aparece una nueva regulación de las primas y compensaciones que se pueden entregar a los licitadores en el diálogo competitivo.

7. Modificación del contrato

Se mantiene la dualidad: (i) modificaciones previstas en el Pliego y (ii) modificaciones no previstas en el Pliego.

En cuanto a estas últimas, se introducen variaciones relevantes en la regulación. Solo podrá utilizarse la potestad de modificación cuando concurren los requisitos exigidos y la modificación se limite a introducir las variaciones estrictamente

indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Podrá utilizarse la potestad de modificación por los siguientes motivos:

- Prestaciones adicionales: cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

- (i) que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, o que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación; y,
- (ii) que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme al artículo en cuestión, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

- Circunstancias imprevisibles: cuando derive de circunstancias sobrevenidas, imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

- (i) que se trate de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever;
- (ii) que no altere la naturaleza global del contrato; y,
- (iii) que implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme

al artículo en cuestión, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

- Modificaciones no sustanciales: se podrán introducir modificaciones que no sean sustanciales, justificando la necesidad de las mismas y las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial. La modificación se considerará sustancial:
 - (i) cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio;
 - (ii) cuando introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;
 - (iii) cuando la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial; y,
 - (iv) cuando la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato (en todo caso, se considerará que se amplía de modo importante cuando las modificaciones supongan una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos).

Las modificaciones no previstas en el Pliego (conforme a lo antes señalado) acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido (hay que interpretar que se refiere al cambio en el número de unidades, pues si se tratara de unidades nuevas, sería preciso concertar el precio –precio contradictorio- entre el órgano de contratación y el contratista). Congruentemente con ello, se introduce como causa de resolución del contrato la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato, o cuando, aun siendo posible, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del IVA.

Por otra parte, en el caso de contratos sujetos a regulación armonizada adjudicados por poderes adjudicadores no Administración Pública, será necesaria la autorización del Departamento ministerial al que esté adscrita o corresponda la tutela de la para modificaciones (no previstas en el Pliego) superiores al 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

8. Contratación electrónica

Se regula la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos previstos en la Ley. Entre otras previsiones, se dispone que en los procedimientos de adjudicación, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la huella electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después

la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas (de no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada).

