

La nueva ley de contratos del sector público

IGNACIO JAVIER ETXEBARRIA ETXEITA
Secretario de Administración Local

I. FINALIDAD Y ESTRUCTURA

En el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017 se publicó la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la 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. (LCSP).

Tal como indica la propia exposición de motivos de la Ley las Directivas relacionadas así como la Directiva 2014/23/UE a las cuales responde la LCSP estatal hay que contemplarlas en un escenario marcado por la denominada “estrategia Europa 2020”, dentro de la cual la contratación pública desempeña un papel clave, un papel estratégico ya que se configura como uno de los instrumentos del mercado interior de los estados miembros que debe ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos. Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la indicada LCSP y que inspiran su texto son tal como indica la exposición del motivo “en primer lugar lograr una mayor transparencia en la contratación pública y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio”.

Además de estos motivos, derivados directamente de la transposición de las Directivas la exposición de motivos también señala que además de transponer busca “diseñar un sistema de contratación pública, más efi-

ciente, transparente, eficiente e íntegro, mediante el cual se consiga 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, y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos”.

La LCSP cuenta con 347 artículos, 53 Disposiciones adicionales, 5 Disposiciones transitorias, una Disposición derogatoria, 16 Disposiciones finales y 6 anexos. Todo este complejo normativo se estructura en un Título Preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales y cuatro libros relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (libro primero), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista, la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimientos y extinción de estos contratos (libro segundo); los contratos de otros entes del sector público (libro tercero), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (libro cuarto).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición final decimosexta su entrada en vigor se retrasó cuatro meses desde su publicación en el BOE, por lo que ha entrado en vigor el 9 de marzo de 2018.

II. ÁMBITO SUBJETIVO

Respecto al ámbito subjetivo la LCSP configura un ámbito más amplio que el de la ley anterior y se adapta en la tipología de las entidades a lo establecido en la ley de régimen jurídico del sector público, Ley 40/2015, de 1 de octubre.

A la hora de concretar las entidades sujetas a la ley se distinguen tres niveles, las entidades que integran el sector público, las que integran la administración pública y aquellos que son poderes adjudicadores. Una

novedad importante es que aquellos poderes adjudicadores que no son la administración pública a los que la situación anterior remitía que aprobaran unas instrucciones de contratación, a las que habían de sujetarse, con la nueva Ley, deberán seguir los mismos procedimientos que la Ley prevé para las administraciones públicas. También figura como novedad la inclusión dentro del ámbito subjetivo de la ley de los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, asociaciones profesionales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, siempre que su financiación sea mayoritariamente pública, si bien los efectos de la ley les son muy limitados, ya que únicamente se les obliga a actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, en los contratos sujetos a una regulación armonizada. Para cumplir estas finalidades la LCSP les obliga a aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación.

III. TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS Y PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

En relación a la tipología de los contratos, la ley no introduce excesivas novedades, únicamente hace desaparecer el contrato de colaboración público-privada y también el de gestión de servicios públicos, mientras que incorpora uno nuevo de concesión de servicios que viene a sustituir al contrato de gestión de servicios públicos, que tiene como elemento característico la asunción por el concesionario del riesgo operacional. Si no existe un riesgo operacional para el concesionario estaríamos ante un contrato de servicios y no un contrato de concesión de servicios, que conllevan regulaciones diferentes.

Respecto a los procedimientos de contratación, las novedades que se plantean proceden de incorporar el procedimiento de asociación para la innovación manteniéndose el diálogo competitivo, el procedimiento abier-

to, el procedimiento restringido, el procedimiento con negociación y el concurso de proyectos. Desaparece el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, destacando que dentro del procedimiento abierto se crea el procedimiento abierto simplificado y el procedimiento abierto “super simplificado” que simplifica aún más los requisitos y plazos.

El procedimiento de asociación para la innovación, está 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. Es de aplicación para los supuestos en los que la administración contratante no encuentre en el mercado una respuesta satisfactoria para sus necesidades. Tramitándose este procedimiento y tras realizar una convocatoria pública 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 proceso de negociación 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.

IV. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Respecto a los criterios de adjudicación se enfatiza en la LCSP ley que deben estar vinculados al objeto del contrato y ser formulados de manera objetiva con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad y deben garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Existen criterios económicos y criterios cualitativos.

La ley incorpora como novedad vinculándolo a la eficiencia la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación que se vinculan como condiciones especiales de ejecución del contrato. Se obliga a su inclusión siempre que guarden relación con el objeto del contrato y su inclusión se debe a que proporcionan una mejor relación calidad-precio y una mayor y mejor eficacia en la utilización de fondos públicos. El criterio legal acerca de cuándo esas consideraciones tienen relación con el objeto del contrato es muy amplio ya que considera que aún guardan relación con el objeto del contrato y pueden convertirse en criterios de adjudicación cuando se refiera o integre las prestaciones que deben de realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida incluidos los factores que intervienen en los procesos de producción, prestación o comercialización de en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas, o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica. Las consideraciones de tipo

social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

Esta regulación complementa y supera la que se recogía en la ley vasca 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública.

V. SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y ACCESO DE LAS PYMES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Otro de los objetivos de la LCSP es reducir la burocracia y las cargas administrativas que en su opinión pueden entorpecer la licitación y desaniman a la concurrencia así como favorecer el acceso a la contratación pública de las PYMES y para ello plantea reducir la complejidad administrativa, ampliando el número de requisitos que se pueden formalizar mediante declaraciones responsables, sin perjuicio de tener que acreditar posteriormente el cumplimiento de los requisitos por el adjudicatario del contrato, así como establecer como principio general la división en lotes de los contratos a fin de fomentar la concurrencia y posibilitar que empresas de menor dimensión puedan acceder a la contratación pública. Además, se regula pormenorizadamente el contenido y la forma de la declaración responsable, haciéndola coincidir, en la práctica, con el documento único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea.

A diferencia de la normativa anterior donde la división de un contrato en lotes exigía una justificación ya que la previsión legal era la licitación completa de un contrato con especial interés en evitar el fraccionamiento del mismo como técnica para eludir la publicidad de la licitación la nueva LCSP establece la división en lotes como principio general cuando la naturaleza u objeto del contrato lo permitan, debiéndose justificar cuando esa división no se produzca. Con esta medida trasladada desde el marco normativo europeo se pretende favorecer la participación de las pymes en la contratación pública, dotándolas de mayores oportunidades para competir con las grandes empresas en las licitaciones públicas. El órgano de contratación, cuando se divida en lotes el contrato, siempre que lo justifique debidamente, puede limitar el número de lotes para los que un mismo licitador puede presentar oferta o limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador, si bien en este último caso deberán incluirse en los pliegos que rigen la licitación los criterios que se aplicarán cuando

un licitador resulte adjudicatario de un número de lotes que exceda del máximo permitido, criterios que en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios. La LCSP también prevé la posibilidad de reservar lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción.

El objetivo simplificador está en la base de la creación del nuevo procedimiento abierto simplificado en el que se reducen los plazos, se excluye la posibilidad de que se preste garantía provisional y las proposiciones solo se podrán presentar en el Registro indicado en el anuncio de licitación. Abundando en la voluntad simplificadora y de agilización del procedimiento la Mesa de Contratación en la misma sesión, salvo que se trate de un caso de baja anormal, clasificará y evaluará las ofertas, comprobará los requisitos de capacidad y solvencia realizando la propuesta de adjudicación, y requerirá a la empresa adjudicataria para la constitución de la garantía definitiva.

Por otro lado, se reducen los plazos para la presentación de proposiciones en el procedimiento abierto, así como para la presentación de solicitudes de participación y de proposiciones en el procedimiento restringido.

VI. PUBLICIDAD EN LA CONTRATACIÓN

Respecto a la publicidad se elimina la publicidad en los boletines oficiales de manera generalizada trasladándose la misma al perfil del contratante. La LCSP introduce una nueva regulación de la figura del perfil de contratante, más completa que la anterior, asignado al mismo un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad. Dejando aparte los contratos sujetos a regulación armonizada que requieren de la publicación del anuncio de licitación de los mismos en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) solamente requiere que sea anunciado en un Boletín oficial, en este caso en el Boletín Oficial del Estado el anuncio

de licitación en el caso de contratos de la Administración General del Estado. En el resto de los contratos no sujetos a regulación armonizada, la única publicidad obligatoria será la del perfil de contratante. En cualquier caso, en todos los contratos no sujetos a regulación armonizada los plazos para la presentación de las proposiciones y para la presentación de solicitudes de participación en los contratos abiertos y restringidos se contará a partir de la publicación en el perfil de contratante.

Los perfiles del contratante de las entidades del sector público se integran en plataformas a niveles autonómicos y estatales, lo cual facilita de manera muy importante el conocimiento por cualquier agente económico de las contrataciones que se están realizando a nivel de todo el Estado.

VII. RECURSOS ESPECIALES

Respecto a los recursos en materia de contratación se amplía el objeto del recurso especial y se anuncia también los umbrales económicos a partir de los cuales ha de incorporarse esta especialidad procesal. Caben recursos, además de contra los anuncios de licitación, contra los pliegos, documentos contractuales, actos de trámite cualificados, actos de adjudicación, modificados, no contemplándose recurso frente a los procedimientos de adjudicación que sigan el trámite de emergencia. El recurso tiene efectos suspensivos automáticos siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo el caso de los contratos basados en acuerdos marcos o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse. Estos recursos son resueltos por órganos específicos que existen tanto en la administración del Estado como en las Comunidades Autónomas y pueden existir también en las Diputaciones y en los Ayuntamientos que tengan consideración de municipios de gran población como son las capitales de provincia.

VIII. MEDIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

La ley pone también un especial énfasis en incrementar las medidas contra la corrupción y en general una dinámica de integridad administrativa, implicando en ello a todas las administraciones y al personal de la administración. Para ello se amplían las prohibiciones de contratar, se regulan los conflictos de intereses, se modifica la regulación de las Mesas de Contratación profesionalizando las mismas y vetando el acceso a cargos políticos, excepto en la administración local donde la representación política en ningún caso puede suponer más de un tercio de los miembros de la Mesa de Contratación.

También como medida derivada del principio de integridad y vinculada a un nuevo sistema de gobernanza pública orientada la lucha contra el fraude y la corrupción se crea la Oficina independiente de Regulación y Supervisión de Proyectos que velará por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las irregularidades en relación con la contratación pública. En la misma se integra la oficina nacional de evaluación que tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios, emitiendo informes preceptivos y a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión se le asigna la elaboración del instrumento denominado Estrategia Nacional de Contratación Pública, cuyo horizonte temporal es de cuatro años y tiene por finalidad el establecimiento de medidas para cumplir objetivos tales como combatir la corrupción, incrementar la profesionalización de los agentes que intervienen en la contratación pública, promover la eficiencia económica, generalizar la contratación pública electrónica, utilizar la contratación pública para apoyar las políticas ambientales, sociales y de innovación y promover la participación de las PYME en la contratación pública. También forma parte de este entramado de un nuevo sistema de contratación y gobernanza en este ámbito la Junta Consultiva de Con-

tratación Pública del Estado, que además de asumir las tareas tradicionales de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se erige como punto de referencia para cooperación con la Comisión Europea.

9. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Esta ley, siguiendo con la estela marcada por la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, recoge una apuesta decidida por la contratación electrónica, planteándose la misma como la única fórmula de contratación a observar en el cumplimiento de la propia ley sin perjuicio de que admite algunas excepciones en determinados supuestos. Este objetivo cuyo cumplimiento mejorará la contratación pública tanto en ámbitos de posibilidad de mayor concurrencia transparencia y seguridad y que agilizará de manera importante los procedimientos está absolutamente condicionado por el nivel de modernización tecnológica que exista en cada administración pública o entidad contratante.

Para finalizar, indicar que es una ley compleja que necesitará años para que se implante realmente ya que supone modificaciones importantes en el actuar administrativo y sobre todo para su culminación requiere de una modernización tecnológica del sector público que todavía en muchas administraciones y especialmente en las administraciones locales tiene un camino largo por recorrer.