

INFORME JURÍDICO

En Valencia a 19 de diciembre de 2017

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

CUESTIONES PREVIAS:

A) DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. EXPEDIENTES INICIADOS Y CONTRATOS ADJUDICADOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE ESTA LEY.

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley **SE REGIRÁN 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. En el caso de Procedimientos **NEGOCIADOS SIN PUBLICIDAD**, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la **Fecha de aprobación de los pliegos**.

2. Los **CONTRATOS ADJUDICADOS** con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, **por la normativa anterior**.

3. La presente Ley será de aplicación a los acuerdos de rescate y a los encargos que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor. Deberá entenderse que un encargo se ha realizado cuando haya sido objeto de la correspondiente formalización documental.

4. Las **REVISIONES DE OFICIO Y LOS PROCEDIMIENTOS DE RECURSO INICIADOS** al amparo de los artículos 34 y 40, respectivamente, del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.

5. Los **PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS GENERALES** que a la entrada en vigor de la presente Ley ya se encontraran aprobados por las Comunidades Autónomas, dispondrán de un **plazo de seis meses para su adaptación a lo previsto en el apartado 2 del artículo 121.**

B) OBJETO Y FINES DE LA LEY

Artículo 1. Objeto y finalidad.

1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los **PRINCIPIOS DE LIBERTAD DE ACCESO A LAS LICITACIONES, PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA** de los procedimientos, y **NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO ENTRE LOS LICITADORES**; y de asegurar, en conexión con el **OBJETIVO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y CONTROL DEL GASTO**, y el **PRINCIPIO DE INTEGRIDAD**, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y **LA SELECCIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA.**

2. Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.

3. En toda contratación pública **SE INCORPORARÁN DE MANERA TRANSVERSAL Y PRECEPTIVA CRITERIOS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES SIEMPRE QUE GUARDE RELACIÓN CON EL OBJETO DEL CONTRATO**, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la

utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Se modifica el criterio prioritario de adjudicación **MEJOR RELACIÓN CALIDAD PRECIO**

NOVEDADES:

- 1.- ÁMBITO SUBJETIVO.
- 2.- TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS.
- 3.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.
- 4.- PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.
- 5.- LICITADORES.
- 6.- OFERTAS.
- 7.- MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.
- 8.- CONDICIONES DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.
- 9.- RECURSOS.
- 10.- CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1.- AMBITO SUBJETIVO:

ÁMBITO SUBJETIVO MÁS AMPLIO y se adapta la tipología de las entidades incluidas en el ámbito subjetivo, a lo establecido en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, Ley 40/2015, de 1 de octubre. Se mantiene la existencia de tres niveles:

- SECTOR PÚBLICO
- ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
- PODERES ADJUDICADORES.

La LCSP mantiene la enumeración de las entidades que forman parte del Sector Público, las que son Administraciones Públicas y las que son poderes adjudicadores, pero se añade un apartado específico para sujetar a la Ley a los partidos políticos, sindicatos, organizaciones

empresariales y asociaciones profesionales, las fundaciones y asociaciones vinculadas a las mismas cuando cumplan los requisitos para poder ser calificados como poder adjudicador (financiación mayoritaria pública) y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada (principalmente contratos de servicios y suministros con un valor estimado superior a 209.000,00 euros, IVA excluido y contratos de obras de más de más de 5.225.000,00 euros, IVA excluido.).

2.- TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS:

Incorporación del **CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS**. Desaparece el contrato de colaboración público-privada y el de gestión de servicios públicos, que se ve “sustituido” por el contrato de concesión de servicios.

Respecto de los contratos de **concesión de obras y de concesión de servicios**, ha de haber una transferencia del **RIESGO OPERACIONAL** de la Administración al concesionario y “se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional (que abarca el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos) cuando no esté garantizado que en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras/servicios 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”.

Se contemplan de forma expresa los **PAGOS POR DISPONIBILIDAD** de la Administración al concesionario por utilización de la obra.

Respecto de la **DURACIÓN DE LAS CONCESIONES DE OBRAS O DE SERVICIOS** si éstos sobrepasan el plazo de 5 años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales

específicos. En todo caso se establecen límites máximos: a) 40 años (concesiones de obras o de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicios); b) 25 años (concesiones de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con servicios sanitarios); c) 10 años (concesiones de servicios para la prestación de servicios sanitarios no incluidos en la letra a)). Se califican las **TARIFAS** que el concesionario puede recibir de los usuarios como **PRESTACIÓN PATRIMONIAL DE CARÁCTER PÚBLICO NO TRIBUTARIO**

3.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. *(Artículos 145, 146, 147 de la LCSP)*

Sustitución de la denominación “Criterios de valoración de ofertas” por “CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO” y la de “oferta económicamente más ventajosa” por la de “**MEJOR RELACIÓN CALIDAD PRECIO**”.

Se determinan **DOS GRANDES CLASIFICACIONES DE CRITERIOS**:

a) **POR SU NATURALEZA**, distingue entre criterios económicos y criterios cualitativos. Los **ECONÓMICOS**, o criterios relacionados con los costes son el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad. Los **CUALITATIVOS** son la calidad (que incluye valor técnico, características estéticas y funcionales, accesibilidad, diseño universal, características sociales y características medioambientales), la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato y el servicio posventa. Exige que los criterios cualitativos supongan, al menos, el 51 por ciento de la puntuación, en los contratos de servicios del Anexo IV así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter individual.

b) **POR LA FORMA DE VALORARLOS**, se distingue entre criterios valorables mediante cifras o porcentajes y criterios cuya valoración depende de un juicio de valor. Se da preponderancia de los criterios que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a partir de la aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Se mantiene el comité de expertos, que será el encargado de evaluar los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, si éstos tienen atribuida una mayor

ponderación que los automáticos; se especifica que sus miembros, que deben ser como mínimo tres, pueden pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación pero no pueden estar adscritos al órgano proponente del contrato. Como novedad, se da la posibilidad de que dicha valoración se encomiende un organismo técnico especializado identificado en los pliegos

4.- PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN:

- El **CONTRATO MENOR DE OBRAS** se reduce de 50.000,00 euros a 40.000,00 euros y el **CONTRATO MENOR DE SERVICIOS** pasa de 18.000,00 euros a 15.000,00 euros. Se exige la tramitación administrativa de un expediente en el que se motive la necesidad del contrato. Establece la limitación de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra indicada.

- Desaparece **EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO POR CUANTÍA** – con y sin publicidad (tan utilizado anteriormente en contratos de servicios y suministros de cuantía inferior a 100.000,00 y 60.000,00 euros) que es sustituido por el **PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO o PROCEDIMIENTO “EXPRÉS”**, para obras, contratos por cuantía igual o inferior a 2 millones y de servicios o suministros hasta 100.000 €, y en su modalidad super-simplificada (contratación de obras, por cuantía igual o inferior a 80.000 € y de servicios o suministros hasta 35.000 €, salvo los servicios de carácter intelectual) y que supone la simplificación de la tramitación que opera en un doble aspecto, reduciendo, por una parte, los plazos y trámites administrativos y, por otra, la carga documental de los licitadores, pudiendo, en el PASS llegar a una tramitación de 1 mes.

- Contiene una regulación del **PROCEDIMIENTO NEGOCIADO** con más detalle, que **obliga a NEGOCIAR**.

Para favorecer que el órgano de contratación prepare la licitación con la máxima información se permitirá que se realicen **CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO** (art.115) consistentes en la realización de estudios de mercado y consultas a los operadores económicos y que antes de iniciarse se publicará en el perfil de contratante.

El **Perfil de contratante será único** para todos los órganos de contratación y estará en la Plataforma de contratación del Sector Público (artículo 347).

5.- LICITADORES:

En cuanto a las **PROHIBICIONES DE CONTRATACIÓN** se introduce una nueva que **impide contratar a empresas de más de 250 trabajadores que no cuenten con un plan de igualdad** (conforme al artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo).

En materia de **SOLVENCIA** en los contratos de suministros y servicios no sujetos a regulación armonizada, las empresas de nueva creación (antigüedad inferior a cinco años) no necesitarán acreditar la relación de los principales suministros o servicios sustituyéndose por uno o varios de los medios previstos en la LCSP. En el caso de contratos de obras de valor estimado inferior a 500.000,00 euros, IVA excluido, se exime de aportar una relación de ejecución de un número determinado de obras sustituyéndose por uno o varios medios de los previstos en la norma.

Incluye medidas en beneficio de las **PYMES**:

- 1) el órgano de contratación podrá prever que se permitan pagos directos al subcontratista.
- 2) será obligatorio comprobar el cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista en los contratos de obras y de servicios de un valor estimado de más de cinco millones de euros y en los que el importe de la subcontratación sea superior al 30% del precio del contrato.
- 3) se facilita la licitación de las PYMES introduciendo una nueva regulación de la división en lotes de los contratos, incluye como criterio de solvencia a justificar por el adjudicatario del contrato, el cumplir con los plazos establecidos por la normativa vigente sobre pago a proveedores, medida que pretende contribuir a que las PYMES con las que subcontrate el adjudicatario cobren sus servicios en plazo.

6.- OFERTAS:

El objetivo de la ley es que la adjudicación de los contratos responda a la **MEJOR RELACIÓN DE CALIDAD-PRECIO**, y no sólo al precio.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes, es decir un CRITERIO ECONÓMICO (pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del **ciclo de vida** de un producto, obra o servicio). El coste debe ser valorado no como el coste “inmediato” sino en relación con el ciclo de vida, incluyendo en la fórmula de valoración las externalidades (por ejemplo, medioambientales), costes de mantenimiento, etc, del producto, lo que significa, en la práctica, que el criterio “coste” más valorado puede no ser el de menor precio si así se regula en los pliegos.

En el caso de que el pliego establezca la posibilidad de introducir **mejoras**, con carácter general las mismas no deben tener una valoración superior al 2,5%.

En el caso de **OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS** ahora el órgano de contratación podrá rechazarlas si comprueba que la oferta vulnera la normativa de subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo los convenios colectivos sectoriales vigentes.

MEJOR RELACIÓN DE CALIDAD-PRECIO

7.- MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS:

Continúa con la distinción:

- 1) **SUPUESTOS PREVISTOS EN EL PLIEGO** (que se limitan hasta un máximo de un veinte por ciento del precio inicial)
- 2) **SUPUESTOS NO PREVISTOS** cuando introduzcan variaciones estrictamente necesarias en los casos expuestos en el art. 205.2 permitiendo (en contra del art. 107 regulación anterior) algo más de margen a estas modificaciones no previstas en pliegos con una regulación de supuestos algo más genéricos, y con posibilidad de modificaciones hasta el cincuenta por ciento del

precio inicial cuando fuera necesario añadir obras suministros o servicios y se muestre la imposibilidad del cambio de contratista.

8.- CONDICIONES DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

El art. 202 introduce una novedad relevante relativa a las **CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS**. Permite, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, **QUE LA ADMINISTRACIÓN INTRODUZCA CONDICIONES DE EJECUCIÓN**, es decir, **requisitos sobre cómo ejecutar el contrato que serán obligatorios y deberán tenerse en cuenta por parte de todos los licitadores, en relación con aspectos de innovación, medioambientales o de tipo social**. Aquí la nueva Ley es consistente con el nuevo enfoque de los criterios de adjudicación y defiende también un sistema de ejecución que se aleja del modelo de menor coste permitiendo la introducción de estos criterios (LABORALES, SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES).

9.- RECURSOS

Se **amplía el RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**:

1) Frente actos y decisiones relativos no solo a contratos sujetos a regulación armonizada sino incluso a contratos no sujetos a regulación armonizada de más de tres millones de euros de valor estimado en contratos de obras, de más de cien mil euros en contratos de servicios y suministros de más de cien mil euros o concesiones de más de tres millones de euros.

2) Frente las modificaciones de contratos, la formalización de encargos a medios propios o los acuerdos de rescate de concesiones (artículos 44 y siguientes).

Asimismo, **desaparece la cuestión de nulidad** y se amplía la legitimación para recurrir ajustándose también algunas cuestiones procedimentales.

Una problemática nueva al respecto es que la Ley permite que los municipios que sean Gran Ciudad de acuerdo con lo previsto en la LBRL y las Diputaciones Provinciales creen sus

propios órganos de resolución de recursos. Ello generará dificultades para coordinar la doctrina de los Tribunales y una dispersión de decisiones no deseable.

10.- CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

Impulso que el nuevo texto legal realiza de los instrumentos de contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor (9 de marzo de 2018), anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario (18 de abril de 2018).

Los órganos de contratación ofrecerán acceso a los pliegos y demás documentación por medios electrónicos a través del perfil de contratante desde la fecha de publicación del anuncio de licitación. Excepcionalmente podrá darse acceso valiéndose de medios no electrónicos.

La LCSP establece la obligatoriedad de utilización de unos medios electrónicos, que deberán cumplir con las especificaciones y requisitos señalados en las DA 16ª y 17ª, para las siguientes tareas:

- a) Notificaciones y comunicaciones en la tramitación de procedimientos de adjudicación.
- b) Presentación de ofertas y solicitudes de participación

No obstante, la propia norma establece numerosas excepciones a dicha obligación de manejo de medios electrónicos lo que puede hacer que, en la práctica, resulte vacía de contenido.

ENTRADA EN VIGOR

La Ley entra en vigor a los **CUATRO MESES** de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir el **9 DE MARZO DE 2018**.

Sin embargo, existen ciertas **EXCEPCIONES**:

- Desde el **9 de noviembre de 2017** están ya en vigor los artículos 328 a 334 relativos a los **ÓRGANOS CONSULTIVOS** (destacando la entrada en vigor de las normas relativas al Comité de cooperación en materia de contratación pública, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, la Oficina Nacional de Evaluación y la Estrategia Nacional de Contratación Pública) así como la modificación de la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) sobre operaciones no sujetas a IVA realizadas por entes públicos y clarificar el concepto de subvención vinculada a precio (D.A. 10ª).

- El **9 de septiembre de 2018** entrarán en vigor las disposiciones referentes a la obligatoriedad de los licitadores de estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (artículo 150) para concurrir al procedimiento abierto simplificado y la obligación de reconocer en estatutos o acto de creación la condición de medio propio en el caso de encargos de poderes adjudicadores a medios propios personificados (artículo 32).

LA OBLIGACIÓN DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN (o de la mesa de contratación que se lo traslade) de **COMUNICAR** a la CNMC **CONDUCTAS COLUSORIAS** que detectare en la licitación se pospone al momento en que se apruebe el reglamento que regule el procedimiento de dicha comunicación (artículo 150).

Se entiende por conducta colusoria: decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

Fdo. Leopoldo Vidal Bonacho