

Guía práctica para la aplicación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)

En la presente Guía, llevaremos a cabo una aproximación a las principales novedades que introduce esta nueva norma¹, extensa y compleja, desde una visión eminentemente práctica, didáctica, poco técnica en lo posible y no exhaustiva.

1. Aspectos generales de la contratación del sector público

Este primer apartado de la norma se refiere a los elementos esenciales del régimen de contratación de las entidades que conforman el sector público en España. Dentro del concepto de sector público, encontramos no solo a las Administraciones territoriales tradicionales, como los ayuntamientos, las comunidades autónomas o la Administración general del Estado, sino también otros tipos de entidades como son las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por la Administración o las fundaciones públicas.

En particular, este primer título de la norma incluye reglas relativas a los sujetos que deben aplicar la norma, a los tipos de negocios y contratos que se someten a ella, a los distintos regímenes de aplicación de la norma en función de la trascendencia del contrato de que se trate (por ejemplo, contratos que, por su gran importe, se sujetan a publicidad comunitaria para abrir la competencia a nacionales del resto de Estados miembros de la Unión), al régimen de recursos que caben en materia de contratación pública, a la capacidad y solvencia exigida a los interesados en concurrir a licitaciones, a las garantías que deben prestarse, etcétera.

2. Objeto de la Ley

La primera gran novedad de la ley la encontramos en su artículo primero, que establece que su objeto es la regulación de la contratación del sector público, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad de trato.

Tras fijar la materia, la nueva LCSP recoge por primera vez un mandato a todas las entidades del sector público de incorporar, en todas las fases de su actividad contractual, criterios sociales y medioambientales que guarden relación con el objeto del contrato, en la consideración de que ello contribuye a obtener una mejor relación calidad precio de las prestaciones y mayor eficiencia en el uso de fondos públicos. También por primera vez se establece como principio esencial la obligación de facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas y de empresas de economía social.

¹ 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

Ambos mandatos, que se reflejan en mayor o menor medida a lo largo de todo el articulado de la nueva LCSP (por ejemplo, como veremos, en términos de fijación del objeto de los contratos, su división en lotes, la exigencia de garantías, los criterios para la adjudicación o la imposición de condiciones de ejecución de los contratos), constituyen sin duda uno de los principales retos que habrán de afrontar las entidades sujetas a la norma en la revisión de sus procedimientos y documentos tipo de contratación.

3. Sujetos sometidos a la LCSP

El ámbito subjetivo de aplicación de las leyes de contratos del sector público ha sido, tradicionalmente, uno de los aspectos más conflictivos y complejos a los que se han tenido que enfrentar nuestro legislador y los destinatarios y usuarios de la norma.

Con el fin de establecer una regulación homogénea en toda la Unión Europea, las directivas comunitarias en la materia introdujeron el concepto de “poder adjudicador”, entidad ésta del sector público a la que, en determinados contratos de importe significativo, se le aplicarían normas especiales de publicidad y adjudicación en sus licitaciones (publicidad en diarios comunitarios, con un plazo general mínimo de 52 días entre el anuncio y la fecha límite para presentar ofertas, régimen de recursos, etcétera).

El “aterrizaje” por primera vez del concepto en la realidad del sector público de nuestro país (compuesto por un universo variopinto de tipos de entidades, que incluyen, entre otros, consorcios, universidades, sociedades mercantiles o autoridades portuarias), no estuvo exento de polémica ni de complejidades. Por ejemplo, en la Sentencia, de 16 de octubre de 2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso Siepsa), se condenó a nuestra Administración general del Estado por haber establecido que una sociedad mercantil creada específicamente para construir, gestionar y liquidar cárceles no debía incluirse en el concepto de “poder adjudicador” y, por tanto, no debía observar las normas de licitación comunitarias.

Una vez ha sido superada esta problemática, la nueva LCSP clarifica la clasificación dentro de las distintas categorías de entidades que deben aplicar la norma (con mayor o menor grado de exigencia) con respecto a los consorcios, las fundaciones públicas, las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, las ciudades autónomas, las diputaciones forales o los fondos sin personalidad jurídica.

Con todo, la principal novedad en esta materia es la recién estrenada sujeción a la Ley de los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales y asociaciones empresariales, cuando cumplan los requisitos para ser “poder adjudicador”.

En este caso, las entidades apuntadas deberán aprobar unas instrucciones internas de contratación con el objeto de cumplir los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, así como la normativa comunitaria.

En la práctica, esta exigencia implica la necesidad de que partidos políticos y sindicatos revisen si cumplen los requisitos para ser considerados “poder adjudicador” (proceso complejo que ya sufrieron en sus carnes otras entidades del sector público en el pasado) y, en su caso, lleven a cabo un cambio radical en la forma en que vienen seleccionando a sus proveedores.

4. Contratos sujetos a la LCSP

Tradicionalmente han quedado sujetos a la normativa de contratación pública todos los contratos onerosos que celebren las entidades sujetas a su ámbito de aplicación subjetivo y no se encontraran en ninguno de los supuestos de exclusión expresamente previstos. Una de las principales modificaciones que incorpora la norma en esta materia es precisar el concepto de “oneroso”, en el sentido de incluir todos los supuestos en los que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea directo o indirecto.

Una vez sentado lo anterior, la nueva LCSP mantiene la clásica delimitación de su ámbito de aplicación objetivo en sentido negativo, es decir, excluyendo todo lo que se encuentra fuera de su radio de acción. No obstante, desglosa y precisa en hasta siete nuevos artículos lo que hasta la fecha se recogía en tan solo un precepto. Como principales novedades con respecto al régimen de exclusión vigente hasta ahora (que incluía la relación con los funcionarios públicos, las relaciones relativas al régimen del sector de la Defensa, los convenios internacionales o los negocios patrimoniales), se restringe notablemente el uso de los convenios entre entidades del sector público, en el sentido de precisar que su contenido no debe quedar comprendido en el de los contratos regulados en la LCSP.

Ello, en la práctica, debería dar lugar a que, salvo contadas excepciones, las entidades del sector público deban abrir a licitación pública materias que tradicionalmente habrían atribuido directamente a otras entidades similares en otros ámbitos del sector público.

5. Tipos de contratos

Como es sabido, los contratos típicos que se han venido regulando expresamente en las últimas normativas de contratación pública son los de obras, de concesión de obras, de concesión de gestión de servicios públicos, de colaboración público privada, de suministro y de servicios.

La nueva ley introduce novedades también en esta clasificación clásica.

Se establece que en el contrato de obras podrán contratarse obras definidas mediante proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que éstas sean susceptibles de utilización independiente. Esta medida, entendemos, busca permitir que se pueda reducir el alcance de determinadas obras que precisen las entidades del sector público y, con dicha reducción, dar entrada en las licitaciones a pequeñas y medianas empresas.

En los contratos de concesión, se incluye en su propia definición que el derecho a explotar la obra o el servicio incluye la traslación al concesionario del riesgo de operación (incluyendo el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos). Se precisa con ello expresamente que se asume el riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido.

A pesar de lo extremo que pueda parecer esta nueva redacción de la definición de estos tipos de contratos, lo cierto es que no deja de ser una precisión conceptual en línea con la regulación que se introdujo en la antigua LCSP en 2015 para supuestos de terminación anticipada de las concesiones por causa no imputable a la Administración. Dicha regulación, que se introdujo al hilo de las noticias sobre las radiales, ya

precisó que, a futuro, en casos similares, el concesionario no tendría garantizado recuperar las inversiones no amortizadas y, además, que dicha amortización sería lineal y no por uso.

Desaparece el contrato de colaboración público-privada por falta de uso. Ciertamente, la complejidad del procedimiento previsto para su adjudicación (el diálogo competitivo) y la regulación que se diera al contrato en la anterior normativa, han hecho que en la práctica casi no haya sido utilizado por nuestras Administraciones.

Se incluyen dentro del concepto de contrato de suministro los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada.

Se precisa que en el contrato de servicios se incluyen aquéllos en los que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. Esto implica flexibilizar el régimen de contratación de determinados servicios, atendiendo a las necesidades de la entidad en cada momento y aplicando precios por unidades de servicios ejecutadas conforme a la oferta del adjudicatario.

Por último, respecto de las sociedades de economía mixta (que es una fórmula que ha sido utilizada tradicionalmente para la gestión de servicios públicos, como los relativos a la gestión del ciclo integral del agua), se precisa que, a partir de ahora, la concurrencia del capital público será mayoritaria con respecto a la del privado. También, que la modificación de las concesiones de obras o servicios que se les adjudique directamente estará sujeta a la LCSP y que deberán concurrir a licitaciones para poder optar a ser concesionarias en contratos distintos.

6. Contratos sujetos a regulación armonizada

En línea con lo indicado anteriormente respecto de los “poderes adjudicadores”, los contratos sujetos a regulación armonizada son aquellos contratos que, por su objeto e importe, el legislador comunitario ha considerado que pueden resultar de interés para contratistas de los diferentes Estados miembro. Y, por ello, se sujetan a normas especiales de publicidad y de procedimiento de adjudicación, para abrirlos a la mayor competencia posible.

Los umbrales para entrar en esta categoría especial de contratos son, con carácter general, de 5.225.000 euros en contratos de obras, concesión de obras y concesión de servicios, y de 209.000 euros (o 135.000 en el ámbito de la Administración general del Estado) para los contratos de suministro y servicios.

Por un lado, en los contratos de servicios se prescinde de la delimitación de los incluidos en este régimen por la referencia a un anexo de la norma y, en contraposición, se aumentan las exclusiones expresas en el cuerpo de la ley (determinados servicios jurídicos, servicios públicos de transporte, etcétera).

Por otro, se incluyen también en esta categoría los contratos cuyo objeto sean servicios sociales o específicos enumerados en el Anexo IV de la norma, con un valor estimado igual o superior a 750.000 euros. Ello implica mejorar el régimen de concurrencia respecto de esta categoría de servicios.

7. Contratos administrativos y contratos privados

La distinción entre contratos administrativos y contratos privados resulta del máximo interés en lo que se refiere a sus efectos prácticos sobre las distintas fases en que se divide la actividad contractual de las entidades del sector público. Así, en función de esta clasificación, nos encontramos con contratos que se rigen íntegramente por la LCSP y cuyas incidencias se someten a la revisión de los jueces y tribunales de lo contencioso administrativo. O, en otro caso, solo se someten a la LCSP en su preparación y adjudicación, pero en lo relativo a sus efectos, cumplimiento y extinción, se remiten al Derecho Privado y son objeto de revisión en el orden civil.

Con la nueva ley, algunos aspectos del régimen de ejecución y extinción de determinados contratos privados se someterán también a la LCSP. En particular, lo relativo a las condiciones especiales de ejecución (en materia medioambiental, social o laboral), modificación, cesión, subcontratación y resolución.

Ello se entiende en la medida en que tales aspectos de la ejecución de los contratos son fundamentales a la hora de mantener el equilibrio de las prestaciones considerado en la adjudicación y, por tanto, un régimen flexible de alteración sobre las mismas puede conllevar la ruptura de los principios de publicidad y concurrencia.

8. Duración máxima de los contratos

Las sucesivas normativas de contratación pública que han estado vigentes a lo largo de los años han regulado con precisión la duración máxima que deben tener los contratos que celebren las entidades del sector público. El objeto de limitar la duración de los contratos no es otro que permitir que las prestaciones que incorporan sean objeto de concurrencia de forma periódica, evitando así que los contratistas se perpetúen en la ejecución de prestaciones a favor de la Administración.

La regla general que considera la norma es que la duración de los contratos debe responder a la naturaleza de sus prestaciones, a las características de su financiación y, como decimos, a la necesidad de someter periódicamente a concurrencia su realización.

En esta materia se precisan algunos aspectos de relevancia.

El plazo máximo de duración de los contratos, incluyendo posibles prórrogas, queda como sigue:

- Contratos de concesión de obras y de servicios que comprendan obras, 40 años.
- Concesiones de servicios sin obras, 25 años para los no sanitarios y 10 años para los sanitarios.
- Contratos de suministro, arrendamiento de bienes muebles y servicios de prestación sucesiva, 5 años (cuando antes no tenían un plazo máximo de duración).
- Contratos de servicios de prestación sucesiva, 5 años, si bien se podrá establecer un plazo de duración superior cuando lo exija el periodo de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato.
- Contratos de servicios de mantenimiento que se concierte conjuntamente con el de la compra del bien a mantener, con carácter general, podrán tener como plazo de duración el de la vida útil del producto adquirido.

Se establece que para que las prórrogas ordenadas por el órgano de contratación sean obligatorias éste habrá de dar un preaviso al empresario de, al menos, dos meses. Esto resulta muy relevante en la práctica (pues habilita cierto margen a las empresas para organizar la continuidad de la prestación con la debida antelación).

9. Recurso especial

El recurso especial se ha consolidado como un instrumento muy eficaz a la hora de combatir los actos de los órganos de contratación relativos a la contratación pública que no se consideran conformes a la normativa.

Hasta su implantación hace unos años, la práctica conllevaba que el órgano que debía revisar en primera instancia la adecuación de determinada decisión era el mismo que la había adoptado, por lo que el número de casos que se ganaban en vía administrativa era casi despreciable. Y, una vez desestimado el recurso en vía administrativa, la única alternativa posible era acudir a los tribunales correspondientes, por lo que, para cuando se obtenía una decisión sobre la materia, el contrato muchas veces ya se había ejecutado y solo quedaba pedir una indemnización.

Con la aplicación de la denominada directiva de recursos, se estableció que la revisión de estas decisiones debía ser llevada a cabo por un “tribunal” independiente y suspender con carácter general los trámites para la adjudicación y formalización del contrato, de forma que se diera una vía efectiva de recurso en estos casos.

Aunque la creación en sede administrativa de los tribunales de recursos contractuales generó suspiros sobre su independencia en un primer momento, lo cierto es que en la práctica sí han sido con carácter general imparciales y, estos últimos años, hemos visto numerosos ejemplos de recursos especiales ganados en vía administrativa.

La nueva ley profundiza en el alcance que debe dársele a este instrumento, ampliándose notablemente su ámbito de aplicación.

En este sentido, se amplía el ámbito de aplicación a: (i) los contratos de obras, concesiones de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los 3.000.000 de euros, (ii) los contratos de servicios y de suministros cuyo valor estimado supere los 100.000 euros, y (iii) los contratos administrativos especiales si no es posible fijar su precio de licitación por sus características, o atendida su duración total más prórrogas, su importe sea igual o superior a lo establecido en los contratos de servicios.

Asimismo, serán recurribles: (i) las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo previsto en los pliegos o en la LCSP respecto de los modificados de los contratos, cuando se entienda que una modificación en concreto debió ser objeto de nueva adjudicación, (ii) la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales, y (iii) los acuerdos de rescate de concesiones.

Además, se añaden, como legitimados para interponer el recurso, las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales sectoriales representativas de los intereses de los afectados.

Se añade también una regulación específica del acceso al expediente que, en la práctica, resulta especialmente relevante, pues en ocasiones las limitaciones derivadas de los plazos de recurso y de acceso a la información para preservar la confidencialidad de las ofertas, conllevaba que el recurso tuviera que formularse “a ciegas” (lo que debilitaba notablemente las posibilidades de éxito en estos casos).

Se elimina la exigencia de anunciar el recurso que, a nuestro juicio, en la práctica, tenía poco sentido, pues el plazo para hacerlo era el mismo que el de la interposición y realmente resultaba un trámite burocrático innecesario.

Se limita el efecto suspensivo automático del recurso respecto de los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición.

Se establece un plazo máximo de dos meses para resolver el recurso y se establece un sentido negativo al silencio administrativo. Ello, como es sabido, solo a los efectos de permitir que el interesado pueda acudir a los tribunales correspondientes, sin eliminar la obligación del tribunal de resolver expresamente y sin que vincule en modo alguno el sentido de la decisión que se adopte tardíamente.

Se prevé expresamente la posibilidad de imposición de sanciones de entre 1.000 y 30.000 euros para supuestos en los que se aprecie que el recurso o la solicitud de medidas cautelares se han interpuesto con temeridad o mala fe. La sanción, que se graduará en función de la mala fe que se aprecie, el perjuicio ocasionado y el beneficio obtenido, busca perseguir la generalización de los recursos que se ha dado cuando el contratista que está ejecutando el contrato no logra volver a ser adjudicatario en su renovación mediante una nueva licitación y, solo por la suspensión automática, ya obtenía cierto rédito por recurrir.

Por último, y aunque esto real mente no sea una novedad, se prevé expresamente que la interposición sea gratuita para los recurrentes.

10. Publicidad y conflictos de interés

Según hemos visto, uno de los principales objetivos de la nueva norma es profundizar en las obligaciones de transparencia que deben cumplir los órganos de contratación en su actividad contractual y en la lucha contra la corrupción.

En este sentido, la LCSP establece numerosas medidas para ampliar el alcance de la publicidad de la actividad contractual pública.

Así, se fija que la difusión del perfil del contratante (apartado de la web de las entidades sujetas a la norma en la que se debe incluir la información requerida en la materia) será llevada a cabo a través de Internet. En este punto, se prohíbe exigir la identificación previa del usuario para acceder a la información, lo cual constituía una práctica relativamente extendida y que podía actuar como un freno a la hora de permitir la mayor concurrencia posible.

A partir de ahora, la información objeto de publicación deberá permanecer publicada al menos cinco años, en contra de la práctica habitual hasta este momento, conforme a la que, tras la formalización de un contrato, toda la información sobre éste desaparecía casi inmediatamente. Ello supone no solo un ejercicio de transparencia adecuado, sino que en la práctica contribuirá notablemente a la difusión y control de la

actividad contractual del sector público (por ejemplo, en lo relativo al recurso especial contra los modificados, ahora posible, según lo expuesto).

Se extiende el alcance de la información y documentos que deben ser objeto de publicación. De ahora en adelante, deberán incluirse en el perfil la memoria justificativa del contrato (incluyendo la justificación del procedimiento elegido cuando no sea abierto o restringido), los pliegos y la aprobación del expediente, los anuncios, todas las actas de las mesas de contratación o resoluciones del servicio u órgano de contratación, el informe de valoración de ofertas, los informes sobre ofertas en presunción de anormalidad, etc.

Respecto de los contratos menores (aquéllos que, por su reducida cuantía, se permite adjudicar a cualquier empresario capaz de ejecutarlos), se prevé que deberá ser objeto de publicidad al menos trimestral información sobre su objeto, duración, adjudicatario e importe. Ello, como veremos, contribuirá al control de las nuevas limitaciones que se han introducido sobre esta figura.

En lo que respecta a los conflictos de interés, se establece como medida de prevención del fraude y la corrupción la obligación de cualquier persona que tenga conocimiento de una situación de riesgo en esta materia, de ponerla inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación. Se define un conflicto de interés como cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en su resultado, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

En estos casos, se establece la obligación de los órganos de contratación de tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos, de forma que no se distorsione la competencia y se garantice la transparencia y la igualdad de trato a todas las empresas.

11. Capacidad y solvencia para contratar

La normativa de contratación pública ha establecido tradicionalmente medidas para garantizar que las empresas que contratan con el sector público sean capaces de ejecutar los contratos a los que optan. Este filtro, que supone una restricción evidente a la concurrencia, se justifica clara mente en los intereses generales que representa la adecuada ejecución de los contratos públicos.

Como una medida para abrir la concurrencia y permitir el acceso a un mayor número de contratos públicos a las pequeñas y medianas empresas, se restringe el requisito de experiencia que típicamente ha sido valorado como un elemento de solvencia técnica mínima para concurrir. Así, se limitan los años de experiencia mínima, que pasan a 5 años en contratos de obras (frente a los 10 anteriores) y a 3 años en los de suministro y de servicios (en lugar de 5, como hasta ahora).

Se reconoce expresamente que las uniones temporales de empresarios podrán integrar su solvencia con medios ajenos (cuestión esta que, en la práctica, era dudosa y ha dado lugar a numerosos conflictos en el seno de licitaciones públicas).

Se pone el foco en el cumplimiento de las condiciones de solvencia consideradas en las uniones temporales de empresas, de suerte que, a partir de ahora, si se quiere modificar su composición por ampliación, disminución o sustitución de empresas, será requerida la autorización previa y expresa del órgano de contratación y el cumplimiento de una serie de requisitos relativos a la ejecución previa del contrato. Esta medida busca restringir una práctica relativamente habitual en nuestra práctica de contratación pública, cuál era la acreditación formal de la solvencia mediante la constitución de UTE que, luego en la ejecución del contrato, no se ajustaban a la realidad.

Sin perjuicio de lo anterior, sí se dulcifica este régimen para el caso de que se produzca el concurso de acreedores de alguno de los miembros de la unión temporal. En estos supuestos, se prevé la continuación del contrato con el resto de miembros de la UTE siempre que cumplan la solvencia requerida o los requisitos de clasificación considerados para concurrir.

Para controlar estos aspectos, se establece la obligación de publicar el porcentaje de participación de los miembros de una UTE en la adjudicación del contrato.

En lo relativo a las prohibiciones de contratar, se hace un guiño a los modelos de compliance que tan de moda se han puesto en los últimos años al hilo de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello, en la medida en que se establece que la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para la comisión de futuras infracciones administrativas (entre ellas, acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia) será un supuesto en que se podrá evitar la imposición de la prohibición. Esta medida conllevará en la práctica que sea recomendable revisar los modelos de compliance que han adoptado las empresas estos últimos años, pues, con carácter general, se centran en el ámbito penal y no tanto en el administrativo y de competencia.

También podrá evitarse la imposición de la prohibición de contratar en el supuesto de que se acredite el pago o compromiso de pago de multas e indemnizaciones en el trámite de audiencia del expediente correspondiente.

Una medida también extremadamente relevante en esta materia es la previsión de que, en el caso de las uniones temporales, el órgano de contratación requiera a las empresas para que justifiquen las razones para concurrir agrupadas. En el caso de que se aprecien indicios fundados de colusión, el órgano de contratación deberá trasladarlo a la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (CNMC) y suspender el procedimiento hasta que ésta decida sobre el particular con carácter urgente. Las empresas respecto de las que se aprecie que han concurrido vulnerando las normas de competencia serán excluidas de la licitación.

Esta nueva previsión, que busca regular y perseguir supuestos de colusión en las uniones temporales que se han apreciado en los últimos años, exigirá en la práctica que las empresas deban valorar cuidadosamente la estructura con la que desean concurrir a las licitaciones.

12. Objeto y precio del contrato

Como es lógico, dos de los elementos más relevantes de todo contrato son su objeto y precio. La adecuada conjunción de estas dos variables en un determinado pliego puede lograr maximizar la concurrencia, restringirla indebidamente o hacer que una licitación fracase y quede desierta.

Además, dado que el valor estimado de los contratos es lo que marca las normas de procedimiento exigibles, una práctica relativamente usual para restringir la concurrencia ha sido tradicionalmente el fraccionamiento de los contratos con vistas a aligerar los requisitos de publicidad y concurrencia aplicables.

En esta materia, la nueva norma busca mantener los controles actuales (prohibición de fraccionamiento), pero abriendo la mano a que los contratos se dividan en lotes para abrir la concurrencia a pequeñas y medianas empresas. Así, se invierte la regla general actual de que es necesario justificar en el expediente la división en lotes de los contratos, para generalizar esta práctica y solo no llevarla a cabo en el caso de que se justifique que no es técnicamente posible reducir el tamaño de los contratos.

Otra de las barreras que tradicionalmente han encontrado las pequeñas y medianas empresas para concurrir en condiciones de igualdad ha sido la exigencia de garantías provisionales para asegurar la seriedad de las ofertas. Con la llegada de la crisis, se pasó de un régimen obligatorio de exigencia de esta garantía a uno voluntario, a elección del órgano de contratación. Con la nueva LCSP, las garantías provisionales solo podrán exigirse de forma excepcional, por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. Ello redundará, como decimos, en mayores opciones para las pymes.

Por último, tradicionalmente, los órganos de contratación y los órganos consultivos han considerado que el cumplimiento de las condiciones laborales de los adjudicatarios de contratos públicos no era objeto ni del procedimiento de adjudicación ni de la supervisión en su ejecución. Ello ha dado lugar a la adjudicación de contratos con un componente elevado de mano de obra cuyo precio, directamente, no permitía cumplir los convenios colectivos aplicables.

A partir de ahora, la Administración deberá velar por esta materia desde el inicio del expediente de contratación, pues se exige que el precio de sus contratos cuyo coste económico principal sea el laboral considere los términos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de ejecución.

Con arreglo a ello, el valor estimado de los contratos deberá incorporar no solo los conceptos tradicionales (importe total, sin IVA, incluyendo opciones y prórrogas, posibles primas o pagos a los licitadores y potenciales modificaciones), sino también los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, los costes de ejecución material y los gastos generales y de estructura.

Si bien ello redundará en evitar casos polémicos por todos conocidos, requerirá en la práctica un esfuerzo adicional a los órganos de contratación a la hora de estructurar y sacar adelante sus licitaciones.

13. Preparación de los contratos

La preparación de los contratos se refiere a la fase administrativa durante la que los órganos de contratación llevan a cabo todos los trámites necesarios para sacar a licitación una determinada prestación (memoria justificativa del contrato, aprobación del pliego, reserva de presupuesto, etc.).

Una práctica habitual de nuestros órganos de contratación a la hora de configurar un determinado contrato es la de consultar a determinados empresarios sobre qué objeto y precio podrían plantear de cara a cubrir una determinada necesidad administrativa. Piénsese en estos casos que muchas veces el sector público tiene necesidades para las cuales desconoce los mejores medios posibles para atajarlas. El riesgo

que esta práctica conlleva reside en otorgar una posición de ventaja a las empresas que de alguna forma hayan ayudado al órgano de contratación a definir el objeto y valor estimado del contrato.

Para estos casos, y con vistas a seguir permitiendo esta práctica, pero, al mismo tiempo, garantizando la concurrencia y la igualdad de trato, se prevé expresamente que los órganos de contratación puedan realizar estudios de mercado, dirigir consultas a los operadores económicos y buscar el asesoramiento de terceros (esto último, de forma excepcional). Las claves que aquí nos da la nueva norma es que estas acciones del órgano de contratación deberán ser objeto de publicación en el perfil del contratante antes de iniciarse y deberá elaborarse un informe de actuaciones realizadas que habrá de ser también objeto de publicidad.

Cuando se cumplan los requisitos apuntados, los participantes en las consultas podrán intervenir en el procedimiento de licitación. Por tanto, en sentido contrario, de no hacerse así, estos licitadores deberán quedar excluidos del procedimiento en cuestión.

Otra de las medidas relevantes para profundizar en la publicidad y concurrencia de los contratos públicos es la restricción del uso de contratos menores (que, como hemos indicado, pueden ser adjudicados a cualquier empresario capaz de llevarlos a cabo).

Se limita aún más el importe máximo que podrá ser objeto de estos contratos, pasando de 50.000 euros a 40.000 euros en las obras y de 18.000 a 15.000 euros en contratos de suministro y de servicios.

Ya no será posible adjudicar, ejecutar y pagar estos contratos simplemente mediante la incorporación de la factura en el expediente, sino que será necesario justificar en éste su necesidad, el hecho de que no se esté alterando su objeto para evitar la concurrencia y que el contratista no haya suscrito recientemente más contratos menores que, individual o conjuntamente, superen las referidas cuantías.

Estas medidas son, probablemente, una mala noticia para los contratistas de la Administración, pero a su vez una muy buena para el conjunto de los ciudadanos, pues se profundiza en la transparencia y la debida concurrencia.

En lo que se refiere a los pliegos, será obligatorio a partir de ahora establecer al menos una condición especial de ejecución referida a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

Además, los órganos de contratación podrán exigir a los operadores que prueben el cumplimiento de las prescripciones técnicas o de los criterios de adjudicación de los contratos mediante la aportación de un informe de pruebas o un certificado emitido por un organismo de evaluación.

14. Reglas de los procedimientos

Como venimos diciendo, una de las mayores preocupaciones del legislador con la nueva LCSP ha sido la de profundizar en la transparencia de la actividad contractual de las entidades del sector público.

Para ello, las novedades en lo que respecta a los procedimientos de adjudicación son numerosas y de calado.

La publicidad del anuncio de convocatoria de licitaciones deberá incluirse también en el perfil del contratante de la entidad, ya no solo en los diarios correspondientes. Deberá además darse acceso electrónico, a través del perfil, de forma libre, completa y gratuita a los pliegos y documentación complementaria.

Se prevé por primera vez expresamente la posibilidad de ampliación del plazo de presentación de ofertas o solicitudes de participación si no se proporciona información necesaria al peticionario o no se comparte dentro de un plazo razonable para considerarla en la formulación de la plica.

Además, se profundiza en la generalización de la declaración responsable como medio para acreditar la capacidad y solvencia de las empresas, de forma que solo se exija la presentación de toda la documentación justificativa al que vaya a ser propuesto como adjudicatario. Ello conlleva en la práctica una reducción drástica de la burocracia necesaria para concurrir y facilitar la tarea a las pymes. No obstante, en nuestra experiencia, es de prever que esta práctica pueda dar lugar a conflictos en el marco de licitaciones, en supuestos en que sea cuestionable que la documentación aportada se ajusta a lo requerido en los pliegos y declarado responsablemente por el licitador propuesto.

Frente a la práctica actual de dejar a la discrecionalidad de la Administración el rechazar o admitir la justificación de ofertas incursas en anormalidad, se precisa que éstas habrán de ser rechazadas en general cuando estén basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.

15. Negociado sin publicidad y nuevos procedimientos

Otra gran medida tendente a profundizar en las obligaciones de publicidad y concurrencia es la eliminación de los procedimientos negociados sin publicidad por razón de la cuantía. En estos casos, la norma hasta ahora en vigor permitía, por ejemplo, en con tratos de servicios inferiores a 60.000 euros, invitar a, al menos, tres empresarios a formular una oferta sin publicidad alguna. Ello conllevaba un riesgo significativo de prácticas poco transparentes y hacía que una parte importante de los contratos públicos se adjudicaran por esta vía.

A partir de ahora, solo será posible acudir a estos procedimientos por motivos tasados en la norma y no vinculados con su mayor o menor importe.

Esta importante previsión de la norma lleva aparejada la creación de dos nuevos procedimientos, el abierto simplificado y el abierto simplificado "cualificado". En estos procedimientos, a los que cabe también acudir en función del importe, se rebajan las exigencias de documentación y tramitación administrativa, pero al mismo tiempo se garantiza la publicidad y concurrencia de todo aquel que pueda estar interesado en acudir a la licitación de que se trate.

En definitiva, una de cal y una de arena para los órganos de contratación, que por un lado ven como se restringe una vía de contratación especialmente atractiva para agilizar sus procedimientos, pero al mismo tiempo encuentran nuevos procedimientos que, en la práctica, deberían permitirles seguir contratando de forma flexible y sin colapsar su actividad ordinaria.

Se crea y regula también un nuevo procedimiento de asociación para la innovación, cuya finalidad es desarrollar productos, servicios y obras innovadores (no disponibles en el mercado) y la compra ulterior

por la Administración de tales prestaciones, siempre que se alcancen los niveles de rendimiento y costes acordados.

16. Criterios de adjudicación

Tradicionalmente, las entidades del sector público debían configurar sus licitaciones con la finalidad de identificar la oferta “económicamente más ventajosa”. Ello no quería decir que tuvieran que adjudicarse los contratos a las ofertas más baratas, sino que se debían incluir en los criterios de adjudicación todos los elementos necesarios para identificar la oferta que, en su conjunto, fuera más ventajosa para la Administración (calidad, precio, plazo, coste utilización, etc.).

En la nueva LCSP se prescinde del concepto de oferta “económicamente más ventajosa” y se sustituye por el de “mejor relación calidad precio”. Además, se profundiza en definir los conceptos que se consideran que pueden dar lugar a identificar esa mejor oferta entre las presentadas.

Se incluye también el concepto del coste del ciclo de vida, que habrá de observarse en la valoración de los criterios cualitativos (no económicos) de las propuestas.

En definitiva, las entidades del sector público vendrán en los próximos meses obligadas a revisar sus pliegos tipo para incorporar estas novedades en las fórmulas para valorar las ofertas de los licitadores.

17. Ejecución de los contratos

Las leyes de contratación pública han incorporado tradicionalmente también normas precisas sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Se regulan en profundidad, para cada contrato, cuestiones tales como las penalidades por incumplimiento, su modificación, la subcontratación o los supuestos de resolución anticipada y efectos.

La nueva norma incorpora numerosas novedades en esta materia. Con carácter general, tales novedades se refieren a la tramitación exigible respecto de las incidencias en el marco de la ejecución de los contratos, las penalidades aplicables y la modificación, suspensión, subcontratación y resolución en estos contratos.

Se establece la exigencia de un informe del Consejo de Estado u órgano equivalente de las comunidades autónomas en caso de reclamación del contratista igual o superior a 50.000 euros por responsabilidad contractual de la Administración. Se pretende con ello tratar de evitar posibles supuestos de connivencia entre el órgano de contratación y el contratista mediante la valoración de la situación por un órgano independiente a la relación contractual.

Aunque estos informes no sean vinculantes, sin duda constituyen un elemento muy relevante de cara a que la Administración forme su voluntad antes de decidir sobre la cuestión y, en caso de no acogerse el sentido de la recomendación, a revisar y defender el caso ante el tribunal correspondiente.

Respecto de las penalidades por incumplimiento, se triplican las cuantías de las previstas para supuestos de incumplimiento del plazo total de ejecución. Pasamos de 0,2 euros diarios por cada 1.000 euros del precio del contrato, a 0,6 euros diarios.

Otra de las grandes novedades en esta materia es el régimen de modificación de los contratos. Esta figura ha sido tradicionalmente una de las vías utilizadas por los contratistas, con la aquiescencia de la Administración, para alterar las condiciones de la adjudicación y hacer más rentables contratos que, de inicio, podían no resultar atractivos o incluso deficitarios. Hace años ya que desde la Unión Europea se puso el foco en esta práctica en nuestro país y en los últimos años se ha venido restringiendo, cada vez más, la posibilidad de hacer modificados.

En línea con lo indicado respecto de la ampliación del alcance del recurso especial a los modificados (cuando se considere que no se cumplen los requisitos para acordarlos y que, por tanto, las prestaciones correspondientes deberían haber salido a licitación), la nueva LCSP establece la obligación de publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea la modificación de los contratos sujetos a regulación armonizada, y en el perfil del contratante la de todos los contratos públicos.

Vuelven, una vez más, a revisarse los supuestos y límites porcentuales que puedan alcanzar los modificados por referencia al precio de adjudicación de los contratos. Además, en el caso de poderes adjudicadores que no sean Administración pública (por ejemplo, sociedades o fundaciones públicas), se requerirá la autorización de su Administración de tutela para modificaciones superiores al 20% del contrato en contratos superiores a 6.000.000 de euros de precio inicial.

Las modificaciones que superen el 20% del precio inicial dejarán de ser obligatorias para el contratista, previéndose en estos casos, el posible desistimiento por éste del contrato.

En lo que respecta a la subcontratación, encontramos un nuevo guiño relevante para favorecer la posición de las pequeñas y medianas empresas. La nueva LCSP establece la obligación de la Administración de verificar el cumplimiento de las condiciones de cobro pactadas con los subcontratistas (que deberán en todo caso respetar la normativa de lucha contra la morosidad). En caso de incumplimiento de tales condiciones, y sin perjuicio de otras consecuencias entre las partes del subcontrato, se impondrán penalidades al contratista principal de hasta el 50% del subcontrato.

Otra de las viejas aspiraciones de las pymes en esta materia (sobre todo, en los años de crisis), el pago directo de la Administración a los subcontratistas, se ha regulado de forma muy descafeinada en las disposiciones adicionales de la LCSP.

Éste fue precisamente uno de los puntos que, por su complejidad práctica para la Administración, negoció con fuerza nuestro Estado con la Comisión Europea en el marco de la redacción de las directivas ahora transpuestas. Al final de la negociación, se logró limitar el alcance de esta medida a habilitar a los Estados miembro a regular la materia en su normativa propia (en lugar de imponerla como obligatoria). El legislador español, por su parte, ha remitido la posibilidad en cuestión a los pliegos de cada contrato. Por ello, creemos que, en la práctica, la Administración no optará con carácter general por incorporar este aspecto en sus pliegos (aunque tendremos que esperar al menos unos meses para verificarlo).

En lo que se refiere a la cesión de los contratos, la norma cambia radicalmente los supuestos en que ésta cabe. Mientras que hasta ahora se permitía la cesión siempre que los pliegos no indicaran lo contrario o se dedujera de ellos esta imposibilidad, la nueva LCSP establece que solo cabrá si obedece a una opción inequívoca de éstos.

Otro aspecto muy relevante en esta materia es la regulación que se establece para el caso de contratos en los que se constituye una sociedad específica para su ejecución. Para estos supuestos, se prevé que será el pliego el que establecerá la posibilidad de cesión de sus participaciones societarias, así como el supuesto en que implique un cambio de control que deba equipararse a una cesión a efectos de la exigencia de requisitos y autorización administrativa previa.

Esta medida viene a cubrir una situación de inseguridad jurídica que se observaba tradicionalmente en el marco de operaciones societarias sobre grandes contratistas de la Administración y que derivaba de un antiguo dictamen del Consejo de Estado sobre la materia, que en determinados casos equiparaba la compraventa de acciones a la cesión del contrato (considerándose un incumplimiento grave el no obtener la autorización del órgano de contratación antes de ejecutar la operación societaria que podía dar lugar a la resolución del contrato).

La debida generalización de la regulación de este aspecto en los pliegos debería dar lugar a una mayor claridad y confiabilidad en el marco de operaciones societarias relevantes.

La resolución anticipada de los contratos es otro de los aspectos que tradicionalmente han sido objeto de una regulación pormenorizada en la normativa de contratación pública y cuya aplicación práctica, por ser un supuesto anómalo de terminación de los contratos, ha dado lugar a numerosas e importantes incidencias (i.e. radiales).

En este caso, la nueva LCSP introduce nuevas causas de resolución de los contratos, añadiendo a las ya existentes la relativa al impago de los salarios o el incumplimiento de los convenios colectivos por el contratista. Nos encontramos, nuevamente, ante una medida de marcado carácter social y que debería contribuir a limitar casos conocidos que han su cedido en los últimos años y que han generado cierta alarma social.

Una vez adjudicado un contrato, la potestad que ostenta la Administración de acordar unilateralmente su suspensión por motivos de interés público es también un supuesto anómalo y que ha sido debidamente regulado por la normativa desde hace años. En estos casos, como contrapeso a esta potestad exorbitante, se preveía la obligación de indemnizar al contratista por todos los daños y perjuicios que la medida le ocasionara. Esto, en la práctica, daba lugar usualmente a conflictos entre la Administración y el contratista, pues los intereses de ambas se encontraban siempre muy polarizados.

Para tratar de atajar esta situación, la LCSP acota los conceptos que deberán ser objeto de indemnización en estos supuestos, limitándolo al coste del mantenimiento de las garantías, a los gastos salariales y de mantenimiento de los medios adscritos a la prestación que no puedan reutilizarse en otros contratos, y a un 3% del importe dejado de percibir. Además, se precisa que el plazo de prescripción de la acción para reclamar el derecho a una indemnización por suspensión del contrato será de un año a contar desde la orden de reanudación.

Ciertamente, la prueba que se exige sobre la posibilidad o no de readscribir medios a otros contratos no parece sencilla en la práctica, por lo que es de esperar que sigan surgiendo conflictos en este ámbito.

18. Conclusiones

En conclusión, nos encontramos ante una reforma estructural y de mucho calado sobre una materia, la contratación pública, que tiene una relevancia significativa en la actividad de muchas de nuestras empresas y, por tanto, en términos de conservación y creación de puestos de trabajo.

Conforme a la información disponible, su entrada en vigor es uno de los motivos por los que se está retrasando la esperada puesta en marcha del PIC, que se espera que conlleven una inversión de 5.000 millones de euros para actuar sobre 2.000 kilómetros de carreteras en los próximos 4 años.

Y en ese preciso contexto, las empresas que mejor conozcan y hayan interiorizado (en lo aplicable) las nuevas normas de la LCSP serán las que mayores ventajas competitivas obtendrán en el reparto del pastel.

Fuente: Expansión