Conozca ADN | Auditsoft | Conecta | Práctica Procesal | Revistas | Suite Jurídica 2

Acceso clientes | Librería virtual

Usuario | Contraseña | Entrar

ELDERECHO.COM
LEFEBVRE · EL DERECHO

Noticias, artículos... | Buscar

Inicio | Actualidad | Tribuna | Publicaciones | Productos | Corporativa | Especiales | Law & Tic | Observatorio

ADMINISTRATIVO

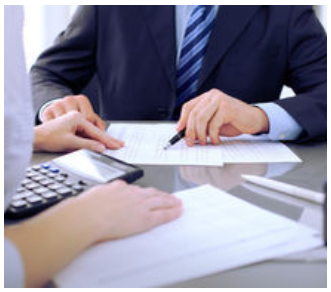
La nueva Ley de Contratos del Sector Público desde la perspectiva de la Administración

Por Alicia Segovia Marco

Alicia Segovia, Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento , analiza el impacto de la nueva Ley de contratos del sector público desde el enfoque de la Administración, especialmente en cuanto a los nuevos criterios de adjudicación, subrayando los aspectos sociales, medioambientales y de innovación.

Madrid | 12.12.2017

1 comentario



TRIBUNA RELACIONADA

- Aplicación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017: especial estudio de la fase de ejecución del contrato

La trasposición de las directivas comunitarias

La nueva Ley de contratos del sector público, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación, de conformidad con su disposición final decimosexta "*Entrada en vigor*"[1].

Esta norma supone la incorporación del Derecho Comunitario mediante la trasposición de las Directivas 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; así como la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión[2]. Quedan sin transponer los aspectos relativos a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, es decir, los denominados "sectores excluidos", de estas directivas y de la 2014/25/UE, que actualmente se contienen en la Ley 31/2007, de 20 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Con la Ley 9/2017, por tanto, se pone fin a las interpretaciones sobre la aplicación directa de las directivas, transcurrido el plazo para incorporar las mismas, que motivó numerosos estudios y análisis en distintos niveles de la Administración para pautar las actuaciones sobre contratación, con escaso éxito para los esfuerzos que se aplicaron en tal empresa.

Los principios y finalidad de la norma

Esta nueva norma, además de transponer la normativa europea, contiene en su Exposición de Motivos y en su artículo 1, la exteriorización de otras finalidades y principios.

Uno de ellos es el de reducir la burocracia y las cargas administrativas (en terminología típica de las instituciones europeas: "*administrative burdens*"). No obstante, la ley que ahora conocemos tiene 347 artículos, 53 disposiciones adicionales, 5 transitorias, 1 derogatoria, 16 finales y 6 anexos. Además, cada uno de sus preceptos cuenta con una extensión tal que podría decirse que la norma integra una ley y un reglamento en sí misma. Por ello, con un carácter detallado y cuasi reglamentario, es difícil sostener que resulte sencilla de comprender y de aplicar, lo cual no se compadece bien con la propia intención manifestada en su Exposición de Motivos.

Se puede comparar esta vocación por simplificar con la que manifestaba la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que fue un hito en derecho procesal y que, diecisiete años después, sigue siendo un referente normativo de los procesos. Esta dedica su Exposición de Motivos a enfatizar la necesaria sencillez de las normas en aras de su comprensión para el justiciable y sobre todo, para acercar la justicia al ciudadano y tanto es así, que se refería hasta al lenguaje jurídico utilizado, adoptando una terminología mucho más asequible para los no juristas. En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil, contrapuesta a su predecesora decimonónica, logra el propósito que manifiesta. No parece, a la vista de la nueva ley sobre la contratación pública, que vaya a ser tan exitosa en alcanzar este fin, dado que la presente es aún más compleja que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, primera que introduce las novedades del derecho europeo en el contexto del ordenamiento jurídico español.

CONTENIDOS RELACIONADOS

#DíaInternacionalDeLaMujer
"En Arriaga Asociados no existe brecha salarial"

Colección Tribunal Supremo
Ley General Tributaria. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y ...

Práctica Procesal

No se puede achacar, sin embargo, a la norma, que haya estado exenta de trabajo en su elaboración, puesto que, al esfuerzo de la Administración para enviar un texto adecuado al Parlamento, se une la tramitación en las cámaras legislativas, donde se han planteado 1081 enmiendas, de las que se han aceptado 975.

Otro de los objetivos de la norma es la lucha contra la corrupción, para lo cual cita como principio el de integridad. A diferencia de otros, sí recogidos en la Constitución Española, no es este un principio constitucional, sino que se deduce la necesaria objetividad que se exige a las Administraciones Públicas en el artículo 103 de la CE, así como de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE. Tiene un precedente en la cita del principio en el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que recoge en el Código de Conducta, entre los deberes de los empleados públicos, en el artículo 52, la integridad. Es lógico pensar que, si se quiere erradicar la corrupción de las entrañas de lo público, se invoque la integridad como un necesario correlato de esa lucha.

Además, la ley pretende incluir entre sus criterios de adjudicación aspectos medioambientales, sociales y de innovación, erigiéndose, según sus propias palabras, en un instrumento para implementar políticas públicas. En este mismo sentido, busca abrir la contratación a las PYMES. Es esta una forma de adecuar la normativa europea a la realidad del tejido empresarial español.

También se cita, ya en línea con otras normas de este ámbito, la necesidad de perseguir la calidad (la relación calidad-precio o el obtener obras, servicios y suministros de calidad) y, por tanto, se busca endurecer la normativa para evitar las ofertas anormalmente bajas.

Por último, la Ley 9/2017, como cualquier otra de materia administrativa, invoca los principios constitucionales de seguridad jurídica, transparencia, proporcionalidad, igualdad y no discriminación.

La estructura de la norma

La Ley 9/2017 se puede comprender desde un análisis que distinga lo subjetivo de lo objetivo:

1. En el plano subjetivo esta ley, como la Ley 30/2007, se sujeta a la "teoría de los círculos" del sector público. El círculo mayor, en efecto, es el del sector público; dentro de este se dibuja un círculo más pequeño que es el de los poderes adjudicadores; y dentro del círculo de los poderes adjudicadores, finalmente, se incardina el círculo menor de las Administraciones Públicas.

El concepto de sector público y el de poderes adjudicadores se impone en nuestro ordenamiento jurídico desde las directivas comunitarias de 2004[3], transpuestas mediante las leyes de 2007. No son términos propios de nuestro derecho hasta ese mismo momento, puesto que las normas en materia de contratación pública siempre hacían referencia al término "administraciones públicas" (el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Diez años después de aquella inicial transposición, no cabe duda del éxito de la terminología de "sector público" adoptada, dado que la reciente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, también la recoge, poniendo fin a la vida de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. En el plano objetivo, la norma vuelve a distinguir entre los contratos sujetos a regulación armonizada y los no sujetos, por razón del tipo de contrato y la cuantía. Siendo este un constructo igualmente europeo, también, como el de poder adjudicador, se ha implantado en el quehacer ordinario de las entidades públicas e influye toda la actuación en materia de contratación.

El plano subjetivo

Se aplica el artículo 3 para definir el **sector público** (círculo mayor) (artículo 3.1):

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.

d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.

e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

f) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

g) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.

h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

i) Los fondos sin personalidad jurídica.

j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

k) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

Este círculo traza una imagen amplia de todo lo público en el ordenamiento jurídico español.

La novedad fundamental es la adaptación a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El segundo concepto, como ya se ha adelantado, es el de **poder adjudicador** (círculo medio) (artículo 3.3):

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Las fundaciones públicas.

c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

Y finalmente, el círculo pequeño, es el de las **Administraciones Públicas** en su concepto clásico o estricto, el de administraciones territoriales y su órbita más directa (artículo 3.2):

(Apartado a) del artículo 3.1) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.

(Apartado b) del artículo 3.1) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

(Apartado c) del artículo 3.1) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.

(Apartado l) del artículo 3.1) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

(Apartado b) del artículo 3.2) Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.

Se aprecia una novedad muy significativa al margen de los anteriores círculos, cual es la mención expresa de los **partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales**, que, lógicamente, no se engloban en el sector público, pero a los que la ley les confiere la cualidad de ser cuasi públicos, cuando reúnan algunos de los requisitos propios de un poder adjudicador:

4. Los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales a las que se refiere la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del apartado 3 del presente artículo, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente.

Los sujetos obligados deberán aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que se adecuarán a lo previsto en el párrafo anterior y a la normativa comunitaria, y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico. Estas instrucciones deberán publicarse en sus respectivas páginas web.

Sobre este apartado debe hacerse una crítica, dado que se refiere a todos los requisitos para ser poder adjudicador (ser mayoritariamente financiados por otros poderes adjudicadores, o bien que estos nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia), pero atendiendo a la naturaleza de los sujetos (partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales) solo podrán cumplir uno de estos requisitos, cual es la financiación mayoritaria, puesto que es altamente improbable que sus órganos de dirección, administración o vigilancia sean nombrados por otros poderes adjudicadores.

Por último, se cierra el ámbito subjetivo estricto con las **Corporaciones de derecho Público** cuando cumplan también los requisitos para ser adjudicador, conforme al artículo 3.2 d) ya reseñado.

En el ámbito subjetivo en un sentido más amplio, se puede hacer referencia a la actuación de la Administración **por cooperación vertical, a través de medios propios o por cooperación horizontal, por medio de convenios** de colaboración de los artículos 47 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

También cabe la ejecución directa con medios propios no personificados o colaboración de empresarios particulares (artículo 30) en circunstancias concretas que la norma enumera.

La cooperación vertical se realiza por los medios propios personificados, que parecen quedar más restringidos que en anteriores ocasiones para poder cumplir con uno de los propósitos de la ley, que es el de aumentar la competencia. Eso sí, el artículo 32, que los regula, sigue respetando los famosos "criterios Teckal" o la doctrina del "in-house providing".

El recrudecimiento de los requisitos para poder acudir a los medios propios responde, según la norma, a ese propósito de aumentar la competencia, pero, como se verá más adelante, parece apuntar una idea más profunda, impuesta por las Directivas europeas: la de que la Administración sea residual, secundaria, en la prestación de servicios y realización de actividades, porque estas pertenecen al sector privado. Es esta idea propia de las sociedades anglosajonas donde el entramado de lo privado sustenta la sociedad, por contraposición a las sociedades del Estado de Bienestar de derecho europeo continental, países como Alemania o la propia España, asentados sobre la base de lo público. Nuestra norma no supone un espaldarazo claro al cambio de sistema pero, al trasponer las Directivas, ha tenido que hacerse eco de ese otro régimen que no le es propio –como sucederá a la inversa en los países bajo influencia anglosajona que hayan tenido que trasponer las Directivas y adecuarse al concepto de lo público. En definitiva, la homogeneización europea lleva a extrañas situaciones donde el mínimo común denominador no siempre es intuitivo para los juristas de todos los Estados Miembros, si bien siempre consigue que sus frutos sean productivos para el conjunto de Europa.

El gran cambio de la norma de cara a las entidades que integran el sector público lo imponen los artículos 316-320 y 321-322; en los primeros (316-320) se contiene el régimen de los sujetos que son considerados poder adjudicador pero no son Administración Pública. Anteriormente, con las leyes precedentes, debían aprobar normas internas de contratación para regir la misma, esas llamadas "instrucciones". Ahora, estas entidades tienen que atenerse a tres reglas: (i) siguen estando estrictamente sujetas a la normativa contractual que regula los contratos sujetos a regulación armonizada cuando celebren estos; (ii) podrán acudir a la adjudicación directa para los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros; y (iii) los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.225.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 209.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II de la norma, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168.

Por su parte, las entidades del sector público que no tienen la consideración de Administración Pública o poder adjudicador se rigen por las reglas del artículo 321, y en síntesis, consisten en que han de aprobar unas instrucciones en las que regulen los procedimientos de contratación (las normas internas de contratación) de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta. Como en el caso precedente, los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente.

El plano objetivo

Los antiguos artículos 5 al 12 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público pasan a ser el 12 al 18 en la nueva Ley del Sector Público. La tipología de contratos queda como sigue:

Contrato de obras	Contrato de obras
Contrato de concesión de obras públicas	Contrato de concesión de obras
Contrato de gestión de servicios públicos	Contrato de concesión de servicios
Contrato de suministro	Contrato de suministro
Contrato de servicios	Contrato de servicios
Contrato de colaboración entre el sector público y privado	----
Contratos mixtos	Contratos mixtos

El **contrato de obras** (artículo 13) permanece inalterado, aunque se refuerza el concepto de "obra completa", entendiendo por tal la que es susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, comprendiendo todos los elementos precisos para la utilización de la obra, sin perjuicio de ampliaciones futuras.

Esta unidad de la obra completa se debe respetar como objeto del contrato, salvo cuando la Administración ejecuta sus propias obras, en cuyo caso puede no atenerse a tal concepto, al actuar directamente (ex artículo 13 en relación con el artículo 30).

El **contrato de concesión de obras** (artículo 14) se mantiene en lo esencial en su definición.

El **contrato de concesión de servicios** (artículo 15) renueva esta terminología, pero se mantiene en lo esencial también idéntico a su predecesor. El cambio habido afecta a los sujetos que pueden realizarlo, pues ahora el precepto se refiere a los poderes adjudicadores. Puede realizarse una crítica puesto que es el único tipo de contratos en el que se define por razón de los sujetos el mismo, y no solo por el objeto.

En ambas concesiones es relevante la referencia a que se produce la transferencia del riesgo operacional a los concesionarios.

El **contrato de suministro** (artículo 15) permanece inalterado.

El **contrato de servicios** (artículo 17) añade a su definición habitual que no podrán ser objeto de este contrato aquellos servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Parece esta una regla que cualquier administrativista habría deducido con o sin su mención, pero si el legislador lo ha introducido expresamente, es dable pensar que en la práctica se hayan encontrado supuestos en los que actividades prestacionales que implicaran tal autoridad hayan sido objeto de contratación.

Los **contratos mixtos** cuentan con reglas más prolijas sobre los mimos.

Y el **contrato de colaboración entre el sector público y privado** (artículo 11 de la antigua ley) desaparece, seguramente, por su escasa aplicación práctica.

Otras novedades relevantes para la Administración

Criterios de adjudicación (artículos 145, 146, 147)

Estos preceptos nos indican que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad-precio. Desaparece, por tanto, el concepto de la oferta económica más ventajosa. Junto con el concepto de mejor relación calidad-precio, aparece también el de mejor relación coste-eficacia: "*Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida"* (145.1 segundo párrafo).

Es aquí también donde expresamente se establece que los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato.

Por otra parte, la norma distingue los casos en los que se utilice más de un criterio de adjudicación, que es la regla general en los contratos de concesión, suministros y servicios, de los supuestos en los que solo se utiliza un criterio de adjudicación. Si solo hubiera un criterio, se considera inescindible del precio o la rentabilidad. Si son varios, se da preferencia a aquellos que sean objetivos, mesurables por cifras o por porcentajes en fórmulas establecidas en los pliegos.

Cobra importancia también la existencia de un comité de expertos en los procedimientos abiertos o restringidos de las Administraciones Públicas cuando la valoración implique un juicio de valor. Este comité tendrá una cualificación apropiada, estará compuesto por al menos tres miembros y tendrán el carácter de independientes.

En definitiva, la finalidad es obtener un resultado de gran calidad (se cita especialmente los supuestos de contratos de servicios con objeto de prestaciones de ingeniería y de arquitectura). Por ello, los criterios deben estar vinculados al objeto del contrato y deben ser formulados de manera objetiva, con respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, no conferir al órgano de contratación libertad de decisión ilimitada y redundar en la competencia efectiva.

Por último, es relevante indicar que la ley sigue luchando contra las ofertas anormalmente bajas, mediante el procedimiento establecido en el artículo 149 de su texto.

División en lotes de los contratos (artículo 99)

El artículo 99 referido al objeto del contrato introduce un cambio radical puesto que impone la división en lotes: "*siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes*".

Puede, de manera motivada, eludir el órgano de contratación tal división, salvo en el contrato de concesión de obras. Los motivos vienen definidos, aparentemente no de modo excluyente para poder justificar la no división en base a otros, en este mismo precepto, resumiéndose en dos: defender la competencia e impedimentos de índole técnica[4].

La norma permite, eso sí, un cierto margen de actuación al órgano de contratación que podrá introducir las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente:

a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.

b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

Subcontratación (artículo 215, 216 y 217)

Se permite con carácter general pero conviene recalcar la facultad que tienen las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes de comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos.

También es importante desde la perspectiva de las Administraciones Públicas que los subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.

Recurso especial (Capítulos IV y V, Título I)

El artículo 44 amplía el objeto del recurso especial a los siguientes puntos:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. No se produce modificación alguna.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos sean cualificados, es decir, decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149 al que nos hemos referido con anterioridad. Se precisa este párrafo para determinar con más exactitud cuáles son los actos de trámite que se consideran cualificados y por tanto, susceptibles de recurso.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación. Esta es una novedad que afectará mucho al normal desenvolvimiento de la actuación de la Administración, puesto que hasta ahora no se podía impugnar por esta vía las modificaciones.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales. En este punto ha de realizarse una crítica, tal vez teórica, pero procedente.

La formalización de este tipo de encargos a medios propios, toda vez que se trata de un supuesto de autoorganización administrativa por la vía de la cooperación vertical, como indica el artículo 31, no debiera estar sometida al control por este especial recurso, puesto que constituye una injerencia en la actuación interna de la Administración. Se confiere legitimación como interesados para recurrir o incluso, como si existiera un derecho legítimo a impedir que la Administración actúe por sus medios propios y existiera un correlativo derecho a exigir que la Administración contrate con terceros y externalice. Subyace en este supuesto una comprensión jurídica de la Administración como una entidad que externaliza necesariamente y ello implica una concepción distinta a la inherente al ordenamiento jurídico administrativo y constitucional español, sobre el prestador de los servicios públicos, tal y como se ha apuntado anteriormente en el apartado relativo al ámbito subjetivo.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones. Es esta otra novedad, tal vez inesperada y no intuitiva para un jurista clásico de derecho administrativo, que es previsible que no tenga excesiva aplicación práctica.

Cabe destacar el efecto suspensivo automático cuando el recurso se interponga contra el acto de adjudicación –salvo en contratos realizados bajo la fórmula de acuerdo marco o por sistema dinámico de adquisición-, por cuanto detiene sin trámite previo de actuaciones, la actividad administrativa.

También que sea posible la suspensión del plazo de presentación de ofertas a modo de medida cautelar, lo cual ralentiza la marcha de la Administración, pero evita situaciones antieconómicas desde la perspectiva de los licitadores.

Por lo demás, permanecen las causas de invalidez, nulidad y anulabilidad, que se anudan a la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común.

Cambios en los procedimientos (artículo 156, 159, 161, 164, 167, 168, 169, 177)

Se crea un procedimiento abierto simplificado bajo determinadas condiciones, lo cual requerirá una adaptación de las entidades contratantes con la finalidad, manifestada en la Exposición de Motivos de la norma, de aligerar las cargas administrativas y simplificar.

Esto mismo se pretende al ordenar la reducción de plazos en la presentación de proposiciones en el procedimiento abierto y de solicitudes de participación y de proposiciones en el procedimiento restringido.

El procedimiento negociado con publicidad, por su parte, pasa a llamarse procedimiento con negociación en el epígrafe de la subsección 4ª, si bien se mantiene en el artículo 168 como supuesto de procedimiento el denominado negociado sin publicidad.

Se mantiene el llamado diálogo competitivo y se introduce la novedad del procedimiento de asociación para la innovación.

Debe hacerse en este punto una mención especial a que se permite introducir modificaciones en los contratos, o bien que estén previstas en los pliegos o bien en la forma prevista en el artículo 205, que mantiene estrictas reglas para que las modificaciones no se conviertan en verdaderas ampliaciones sustantivas del objeto. Así mismo, se establece el régimen de publicidad, de tal manera que las modificaciones se publican en el perfil del contratante y en el caso de contratos sujetos a regulación armonizada, en el Diario Oficial de la Unión Europea.

La lucha contra la corrupción, los órganos encargados de velar por la contratación (artículos 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334)

Con una gran extensión, la norma regula los órganos propios de la normativa de contratación:

- La Junta Consultiva de Contratación Pública
- El Comité de Cooperación en materia de contratación pública
- La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
- La Oficina Nacional de Evaluación

Y junto a ellos, la Estrategia Nacional de Contratación Pública.

Pues bien, la Junta Consultiva de Contratación, junto con sus funciones consultivas, adopta ahora un papel de coordinación de obligaciones de información derivadas de las directivas comunitarias (artículo 328.3). Es así, el punto de referencia de cooperación para la Comisión Europea e informa cada tres años con un informe global sobre contratos sujetos a regulación armonizada, lo que se augura como un trabajo verdaderamente ímprobo.

El Comité de Cooperación, por su parte, es competente para elevar la Estrategia Nacional de Contratación a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de Proyectos, quien la aprueba cada cuatro años. Además, esta Oficina ha de promover la concurrencia y combatir ilegalidades.

Integrada en la Oficina se encuentra la Oficina Nacional de Evaluación, que es la que procede a analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y concesión de servicios y emite preceptivo informe previo a la licitación de dichos contratos.

Existen otras reglas aplicables a aquellos aspectos donde la norma detecta posibilidades de corruptelas o actuaciones contrarias a sus principios, como por ejemplo, las remisiones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el artículo 69 en relación con el 150: *Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas. Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados (…).*

Por último, se regula también la remisión de información al Tribunal de Cuentas para su análisis y fiscalización.

Con todos estos controles internos y externos, se pretende, en efecto, mantener la lucha contra la corrupción en la contratación pública, dado que representa aproximadamente el 20% del PIB español.

[1] Hay algunas reglas especiales en cuanto a la entrada en vigor de algunos de sus preceptos:

Disposición final decimosexta. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

No obstante, la letra a) del apartado 4 del artículo 159 y la letra d) del apartado 2 del artículo 32, lo harán a los diez meses de la citada publicación; y los artículos 328 a 334, así como la disposición final décima, que lo harán al día siguiente de la referida publicación.

El tercer párrafo del apartado 1 del artículo 150 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo.

[2] Disposición final quinta.

[3] 2004/17/CE y 2004/18/CE.

[4] *a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conllevase el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.*

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.

El artículo 44 amplía el objeto del recurso especial a los siguientes puntos:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. No se produce modificación alguna.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos sean cualificados, es decir, decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149 al que nos hemos referido con anterioridad. Se precisa este párrafo para determinar con más exactitud cuáles son los actos de trámite que se consideran cualificados y por tanto, susceptibles de recurso.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación. Esta es una novedad que afectará mucho al normal desenvolvimiento de la actuación de la Administración, puesto que hasta ahora no se podía impugnar por esta vía las modificaciones.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales. En este punto ha de realizarse una crítica, tal vez teórica, pero procedente.

La formalización de este tipo de encargos a medios propios, toda vez que se trata de un supuesto de autoorganización administrativa por la vía de la cooperación vertical, como indica el artículo 31, no debiera estar sometida al control por este especial recurso, puesto que constituye una injerencia en la actuación interna de la Administración. Se confiere legitimación como interesados para recurrir o incluso, como si existiera un derecho legítimo a impedir que la Administración actúe por sus medios propios y existiera un correlativo derecho a exigir que la Administración contrate con terceros y externalice. Subyace en este supuesto una comprensión jurídica de la Administración como una entidad que externaliza necesariamente y ello implica una concepción distinta a la inherente al ordenamiento jurídico administrativo y constitucional español, sobre el prestador de los servicios públicos, tal y como se ha apuntado anteriormente en el apartado relativo al ámbito subjetivo.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones. Es esta otra novedad, tal vez inesperada y no intuitiva para un jurista clásico de derecho administrativo, que es previsible que no tenga excesiva aplicación práctica.

Cabe destacar el efecto suspensivo automático cuando el recurso se interponga contra el acto de adjudicación –salvo en contratos realizados bajo la fórmula de acuerdo marco o por sistema dinámico de adquisición-, por cuanto detiene sin trámite previo de actuaciones, la actividad administrativa.

También que sea posible la suspensión del plazo de presentación de ofertas a modo de medida cautelar, lo cual ralentiza la marcha de la Administración, pero evita situaciones antieconómicas desde la perspectiva de los licitadores.

Por lo demás, permanecen las causas de invalidez, nulidad y anulabilidad, que se anudan a la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común.

Cambios en los procedimientos (artículo 156, 159, 161, 164, 167, 168, 169, 177)

Se crea un procedimiento abierto simplificado bajo determinadas condiciones, lo cual requerirá una adaptación de las entidades contratantes con la finalidad, manifestada en la Exposición de Motivos de la norma, de aligerar las cargas administrativas y simplificar.

Esto mismo se pretende al ordenar la reducción de plazos en la presentación de proposiciones en el procedimiento abierto y de solicitudes de participación y de proposiciones en el procedimiento restringido.

El procedimiento negociado con publicidad, por su parte, pasa a llamarse procedimiento con negociación en el epígrafe de la subsección 4ª, si bien se mantiene en el artículo 168 como supuesto de procedimiento el denominado negociado sin publicidad.

Se mantiene el llamado diálogo competitivo y se introduce la novedad del procedimiento de asociación para la innovación.

Debe hacerse en este punto una mención especial a que se permite introducir modificaciones en los contratos, o bien que estén previstas en los pliegos o bien en la forma prevista en el artículo 205, que mantiene estrictas reglas para que las modificaciones no se conviertan en verdaderas ampliaciones sustantivas del objeto. Así mismo, se establece el régimen de publicidad, de tal manera que las modificaciones se publican en el perfil del contratante y en el caso de contratos sujetos a regulación armonizada, en el Diario Oficial de la Unión Europea.

La lucha contra la corrupción, los órganos encargados de velar por la contratación (artículos 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334)

Con una gran extensión, la norma regula los órganos propios de la normativa de contratación:

- La Junta Consultiva de Contratación Pública
- El Comité de Cooperación en materia de contratación pública
- La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
- La Oficina Nacional de Evaluación

Y junto a ellos, la Estrategia Nacional de Contratación Pública.

Pues bien, la Junta Consultiva de Contratación, junto con sus funciones consultivas, adopta ahora un papel de coordinación de obligaciones de información derivadas de las directivas comunitarias (artículo 328.3). Es así, el punto de referencia de cooperación para la Comisión Europea e informa cada tres años con un informe global sobre contratos sujetos a regulación armonizada, lo que se augura como un trabajo verdaderamente ímprobo.

El Comité de Cooperación, por su parte, es competente para elevar la Estrategia Nacional de Contratación a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de Proyectos, quien la aprueba cada cuatro años. Además, esta Oficina ha de promover la concurrencia y combatir ilegalidades.

Integrada en la Oficina se encuentra la Oficina Nacional de Evaluación, que es la que procede a analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y concesión de servicios y emite preceptivo informe previo a la licitación de dichos contratos.

Existen otras reglas aplicables a aquellos aspectos donde la norma detecta posibilidades de corruptelas o actuaciones contrarias a sus principios, como por ejemplo, las remisiones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el artículo 69 en relación con el 150: *Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas. Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados (...).*

Por último, se regula también la remisión de información al Tribunal de Cuentas para su análisis y fiscalización.

Con todos estos controles internos y externos, se pretende, en efecto, mantener la lucha contra la corrupción en la contratación pública, dado que representa aproximadamente el 20% del PIB español.

Lefebvre - EL Derecho no comparte necesariamente ni se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores o colaboradores de esta publicación

tesauro Abogado

1 comentario

1 Comentario

Escribe tu comentario

15.02.2018 - 10:45h | Jesús Quesada

Entiendo que el círculo menor, AAPP, es el que en la legislación anterior era el mayor, de esta forma me cuesta diferenciar entre los entes que pertenecen al círculo mayor y al círculo menor.

Añadir comentario

* Nombre

* Correo electrónico

(*) Datos obligatorios

Comentario

He leído y acepto las condiciones de la Política de Privacidad y el Aviso Legal

Enviar

© Lefebvre – El Derecho S.A.