



Principales novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Diciembre 2017

Índice

Principales novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.....	5
Disposiciones generales	6
Preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas	11
Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de las Administraciones públicas.....	14
Concesiones de obras y de servicios.....	17
Contratos del resto de entidades del sector público.....	24
Abogados de contacto	26

Principales novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

El 9 de noviembre de 2017 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 272 la 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 (“**LCSP**”).

La LCSP entrará en vigor el próximo 9 de marzo de 2018 y derogará el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (“**TRLCS**P”), así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la LCSP.

La LCSP se aplicará a los expedientes de contratación que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor, entendiéndose por su inicio la publicación de la convocatoria de la licitación (o la aprobación de los pliegos en los procedimientos sin publicidad). Los contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la LCSP se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Disposiciones generales

ÁMBITO DE APLICACIÓN

La LCSP ha extendido ligeramente su ámbito de aplicación. Ha incluido en su ámbito subjetivo a los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las empresariales, y las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de estas entidades cuando reúnan los requisitos para ser consideradas poder adjudicador. La nueva Ley lleva a cabo una regulación más precisa de las fundaciones públicas, a las que califica como poderes adjudicadores.

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, los contratos y negocios jurídicos excluidos se han estructurado de manera más ordenada y definida. Además de excluir expresamente supuestos como el de los contratos para la realización de campañas políticas, el nuevo artículo 6 de la LCSP regula detalladamente los requisitos cumulativos para que los convenios y encomiendas de gestión queden fuera del ámbito de aplicación de la Ley.

DELIMITACIÓN DE LOS TIPOS CONTRACTUALES

En este ámbito la principal novedad es la reordenación de los contratos típicos que han venido canalizando la colaboración de los empresarios con el sector público en la provisión de obras y servicios públicos. Se mantiene la concesión de obras públicas, pero el contrato de gestión de servicios públicos (en sus cuatro subtipos de concesión, concierto, sociedad de economía mixta y gestión interesada) es sustituido por la concesión de servicios. Desaparece también como contrato típico el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

En la regulación del contrato mixto, la LCSP desarrolla con detalle las reglas aplicables para determinar qué normas deberán regir su adjudicación.

ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS

La LCSP establece novedades en los que denomina “encargos a medios propios”.

La Ley distingue estos encargos a medios propios de la figura de las encomiendas de gestión establecida en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (“LRJSP”), en virtud de la cual los órganos administrativos o las entidades de derecho público

pueden encomendar la realización de actividades de carácter material o técnico a otros órganos administrativos o entidades de derecho público.

La regulación de los encargos a medios propios contenida en la LCSP distingue entre los encargos de los poderes adjudicadores y los encargos del resto de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador.

Como regla general, aumentan las exigencias que deben cumplir los medios propios para que los encargos a estas entidades queden fuera del ámbito de aplicación de la LCSP. Con ello se pretende evitar una utilización inadecuada de estos medios propios para eludir la convocatoria de licitaciones, menoscabando el principio de libre competencia.

Para que una entidad tenga la consideración de medio propio deberá reunir los siguientes requisitos:

- (i) Disponer de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo. Se limita el porcentaje susceptible de subcontratación por parte de estos medios.
- (ii) Recabar la autorización del poder adjudicador del que dependa.
- (iii) No tener sujetos privados en su capital social.
- (iv) No realizar libremente en el mercado más de un 20 % de su actividad.

El medio propio únicamente podrá subcontratar con terceros prestaciones parciales que no excedan del 50 % de la cuantía del encargo, si bien existen algunos supuestos en que no será aplicable esta limitación.

Además, estos encargos serán susceptibles de ser recurridos mediante el recurso especial en materia de contratación.

De acuerdo con la disposición transitoria primera de la LCSP, esta regulación será de aplicación a los encargos a medios propios que se realicen después de su entrada en vigor.

RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Las principales novedades en relación con el recurso especial en materia de contratación son las siguientes:

En primer lugar, la LCSP suprime la cuestión de nulidad. Se trata más bien de una reordenación de los medios de impugnación previstos en la Ley, pues las causas que permitían la interposición de la cuestión de nulidad podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación.

En segundo lugar, la LCSP refuerza el recurso especial en materia de contratación ampliando su ámbito de aplicación en un doble sentido:

- Por un lado, se reducen las cuantías que dan acceso al recurso. A partir de la entrada en vigor de la norma serán susceptibles de recurso los actos recogidos en la LCSP referidos a (i) los contratos de obra con valor estimado superior a 3.000.000 de euros; (ii) los contratos de suministro y servicio con valor estimado superior a 100.000 euros; y (iii) las concesiones de obras o servicios con valor estimado superior a 3.000.000 de euros.
- Por otro lado, se amplían las actuaciones susceptibles de este recurso. Destaca a este respecto la posibilidad de recurrir actos relacionados con contratos administrativos especiales cuando, por sus características, no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios, así como los encargos a medios propios cuando no sea posible fijar su importe o cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a 100.000 euros. Es importante destacar igualmente la posibilidad de recurrir modificaciones previstas o no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares cuando pueda entenderse que debieron ser objeto de una nueva adjudicación. Como se ha mencionado, cabe también el recurso especial contra la formalización de encargos a medios propios en los casos en que aquellos no cumplan los requisitos legales. Y se amplía también el recurso a los acuerdos de rescate de concesiones, y a los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de contratos de obras, suministro o servicios, así como a los contratos basados en cualquiera de ellos.

En tercer lugar, se legitima a las organizaciones sindicales para interponer este recurso cuando de las decisiones recurribles se pudiera deducir fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplirán las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. Se incluye también un reconocimiento expreso de la legitimación de las organizaciones empresariales sectoriales representativas de los intereses colectivos afectados por el acto impugnado.

Y, en cuarto lugar, se habilita a los Ayuntamientos de municipios de gran población, conforme al artículo 121 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y a las Diputaciones Provinciales para la creación de un órgano especializado con competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación.

UNIONES TEMPORALES DE EMPRESARIOS (“UTE”)

La LCSP acoge buena parte de la jurisprudencia y doctrina existentes en este ámbito.

En este sentido, el nuevo texto establece qué sucede si durante la fase de licitación, o una vez formalizado el contrato, (i) se modifica la composición de la UTE (aumentando o disminuyendo el número de empresas que la integran, o sustituyendo una o varias); (ii) se altera la cuota de participación de las empresas integrantes de la UTE; (iii) una de las integrantes queda incurso en un supuesto de prohibición de contratar; (iv) una de las integrantes se ve inmersa en un proceso de sucesión empresarial (fusión, escisión, etc.); o (v) se declara a algún integrante en concurso de acreedores, incluso si ya está abierta la fase de liquidación. El artículo 69 de la LCSP (apartado 8 y 9) sistematiza las consecuencias de las situaciones descritas.

PROHIBICIONES DE CONTRATAR

La LCSP mantiene sustancialmente la reforma de las prohibiciones introducida por la LRJSP, si bien presenta las siguientes novedades:

- Matiza algunas de las prohibiciones preexistentes:
 - Antes de la reforma operada en el TRLCSP por la LRJSP, se consideraba una prohibición de contratar haber sido sancionado con carácter firme por la comisión de una infracción grave en materia de “disciplina de mercado”. Tras la reforma, se sustituyó la anterior referencia por la de “falseamiento de la competencia”. Ahora, el nuevo texto normativo recoge ambas categorías.
 - En cuanto a la prohibición por haber sido sancionado con carácter firme por la comisión de infracciones muy graves en materia medioambiental, se sustituye el listado cerrado de normas ambientales cuya infracción podía dar lugar a la prohibición por la siguiente referencia abierta: “por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente”.
 - La prohibición de contratar por hallarse declarado en concurso de acreedores resultará aplicable salvo que haya adquirido eficacia un convenio “o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos”.
- Se añade como causa de prohibición de contratar que en empresas de más de 250 trabajadores no se cumpla con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.

- Se incorporan las llamadas *self-cleaning measures* previstas en las Directivas. Esto es, la posibilidad de que no se declaren (o habiéndose declarado, la posibilidad de que se revisen) las prohibiciones de contratar —excepto en algún supuesto— cuando las personas incursas en la prohibición acredite: (i) el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de esas multas e indemnizaciones en la citada sentencia o resolución; y (ii) la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. Es relevante tener en cuenta que el procedimiento para la apreciación de prohibiciones de contratar varía en función de la causa de prohibición de que se trate. Existen prohibiciones que pueden ser apreciadas por el propio órgano de contratación.

Preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas

CONSULTAS PRELIMINARES DE MERCADO

El artículo 115 de la LCSP recoge en parte una pretensión ampliamente defendida por el mercado para la correcta definición del objeto del contrato. Con la finalidad de garantizar la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios e informar a los operadores de los planes de contratación y de los requisitos que se exigirán en el procedimiento, la LCSP introduce la posibilidad de que, antes de la licitación, los órganos de contratación realicen estudios de mercado o dirijan consultas a los operadores económicos que estén activos en el sector. El resultado de las consultas debe concretarse en características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas. La participación en la consulta no impide la posterior participación en el procedimiento de licitación. Las consultas deben hacerse de manera que en todo momento se respeten la competencia y los principios de no discriminación y transparencia.

LA “MEJOR RELACIÓN CALIDAD–PRECIO” COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

La nueva Ley establece una detallada y compleja regulación sobre la selección y aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos.

Conforme a la LCSP, el criterio de adjudicación de los contratos es la “mejor relación calidad-precio”. Este concepto sustituye nominalmente al de “oferta económica más ventajosa”. La mejor relación calidad-precio se evaluará atendiendo a criterios económicos y cualitativos. Entre los criterios cualitativos, el órgano de contratación podrá incluir aspectos sociales o medioambientales vinculados al objeto del contrato.

Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes de las prestaciones ofertadas, como el precio o la rentabilidad o el coste del ciclo de vida. No podrán emplearse solo criterios cualitativos; estos deberán ir acompañados en todo caso de un criterio relacionado con los costes, que podrá ser, a elección del órgano de contratación, el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad.

PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

En relación con los procedimientos de adjudicación, la LCSP introduce el procedimiento abierto simplificado, el procedimiento de asociación para la innovación y el procedimiento de licitación con negociación.

- El procedimiento abierto simplificado resulta de aplicación a contratos de obras, suministros y servicios que no superen determinados umbrales, y siempre que no incluyan ningún criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor o, de incluirlo, su ponderación no supere determinados porcentajes. Los trámites se simplifican, se acortan los plazos y se introducen algunas particularidades: la documentación se presenta en un solo sobre (salvo que existan criterios de adjudicación evaluables mediante juicios de valor), no se exige garantía provisional y los licitadores, con la excepción de los de Estados miembros de la UE o del EEE, deben estar inscritos en el correspondiente Registro de Licitadores.
- El nuevo procedimiento de asociación para la innovación está previsto para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Tras la convocatoria de licitación y la presentación de solicitudes de participación, el órgano de contratación selecciona a los candidatos que pueden formular ofertas. A continuación, el órgano de contratación crea una asociación con uno o varios socios que realicen por separado actividades de investigación y desarrollo. Esta asociación para la innovación se estructurará a su vez en fases sucesivas que podrán culminar con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes.
- El procedimiento de licitación con negociación será aplicable en aquellos casos en que (i) sea necesario realizar un trabajo previo de diseño o adaptación de la prestación al caso concreto por parte de los licitadores; (ii) la prestación incluya un proyecto o soluciones innovadoras; (iii) concurren circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación o a los riesgos que su realización implica que exijan la existencia de una negociación; (iv) no se puedan establecer previamente con suficiente precisión las prescripciones técnicas; (v) en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hayan presentado ofertas irregulares o inaceptables; o (vi) se trate de servicios sociales personalísimos. El procedimiento, al que tendrán acceso los licitadores invitados de acuerdo con reglas similares a las propias del procedimiento restringido, dará lugar a una negociación de los términos del contrato con los licitadores invitados, que se podrá desarrollar a través de sucesivas fases selectivas.

La LCSP mantiene el procedimiento de diálogo competitivo, ampliando sus supuestos de aplicación, que serán los mismos que los del procedimiento de licitación con negociación, e incluye una regulación más amplia de las primas o compensaciones que se establezcan para los participantes en el diálogo.

Por último, en relación con los procedimientos de adjudicación, cabe señalar que la LCSP elimina el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, que queda sustituido por el procedimiento abierto simplificado.

CONTRATOS MENORES

La LCSP rebaja los umbrales aplicables para considerar a los contratos como contratos menores. En particular, se considerarán contratos menores aquellos contratos de valor inferior a 15.000 euros, para suministros y servicios, y de valor inferior a 40.000 euros, para obras.

Asimismo, la LCSP establece que en la tramitación del expediente del contrato menor se exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato (además de requerirse la aprobación del gasto y la incorporación al expediente de la factura correspondiente, lo que ya se exigía en el TRLCSP).

Por último, la LCSP introduce la obligación de justificar expresamente en el expediente de contratación (i) que no se está alterando el objeto del contrato para que resulte de aplicación el régimen de contratación de los contratos menores y (ii) que el contratista no ha suscrito más contratos menores que, individual o conjuntamente, hagan superar los umbrales máximos de los contratos menores.

Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de las Administraciones públicas

MODIFICACIONES CONTRACTUALES

La LCSP mantiene la distinción entre modificaciones previstas en el pliego y modificaciones no previstas.

Para las primeras, la LCSP aumenta los requisitos, de manera que, además de cumplir el resto de prescripciones del artículo 204, las modificaciones no podrán superar el 20 % del precio inicial, introducir nuevos precios unitarios no previstos ni alterar la naturaleza global del contrato.

Las modificaciones no previstas en los pliegos y aquellas que, aun estándolo, superen los límites indicados deberán ajustarse a unas nuevas reglas que flexibilizan las introducidas en 2011 por la Ley de Economía Sostenible. Estas modificaciones deberán limitarse a introducir las variaciones indispensables para responder a la causa objetiva que las haga necesarias, debiendo constar acreditada la concurrencia de alguno de los supuestos siguientes:

- La necesidad de añadir prestaciones siempre que (a) no sea posible cambiar de contratista por razones de tipo económico o técnico, y (b) que la modificación no supere el 50 % del precio inicial (IVA excluido).
- La concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de la licitación siempre que las modificaciones (a) no hubieran podido ser previstas por una Administración diligente; (b) no superen, conjunta o aisladamente con otras modificaciones imprevistas, el 50 % del precio inicial (IVA excluido), y (c) no alteren la naturaleza global del contrato.
- Que la modificación no tenga carácter sustancial. Se considerará que una modificación es sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente distinta al celebrado inicialmente o siempre que (a) introduzca condiciones que de haber sido conocidas hubieran permitido elegir otro licitador o hubieran atraído a más licitadores; (b) altere el equilibrio económico en beneficio del contratista de una manera que no estuviera prevista en el contrato; o (c) amplíe de forma importante el ámbito del contrato, lo que se considerará que ocurre cuando el precio se modifica en más de un 15 % si se trata de un contrato de obras o de un 10 % en los demás contratos.

Con carácter general, las modificaciones de los contratos sujetos a regulación armonizada se publicarán en el *DOUE*. Todas las modificaciones serán publicadas en el perfil del contratante durante 5 días desde su aprobación. La publicación deberá incluir las alegaciones del contratista y todos los informes relativos a la modificación.

SUCESIÓN DEL EMPRESARIO Y CESIÓN DEL CONTRATO

En los supuestos de sucesión del empresario se prevé expresamente la necesidad de que la empresa resultante comunique al órgano de contratación la circunstancia que se ha producido y que ha conllevado la sucesión. Además, se establece que la garantía aportada por la primera adjudicataria conserva su vigencia hasta que sea substituida.

La LCSP exige que la posibilidad de cesión esté prevista en los pliegos como opción inequívoca. En caso de no previsión en el pliego, no se podrá ceder el contrato.

Por lo demás, las reglas de cesión coinciden sustantivamente con las vigentes. Ahora bien, el nuevo texto normativo destaca el carácter reglado de la autorización de cesión y establece el silencio positivo en caso de que el órgano de contratación no resuelva sobre la solicitud de cesión en un plazo de dos meses.

Además, la LCSP aclara las situaciones concursales en las que se puede exceptuar la aplicación del límite porcentual de duración recogido en la Ley (20 % del precio o 1/5 de duración para concesiones). Para los contratos de concesión, la Ley introduce el conocido como *step in right* de los acreedores pignoratícios o hipotecarios. Así, permite que, si se ha previsto en los pliegos, el acreedor pueda, en cualquier momento, solicitar la cesión de la concesión a favor de un tercero si acredita su inviabilidad (presente o futura) y siempre que este tercero cumpla los demás requisitos.

SUBCONTRATACIÓN

La LCSP elimina el límite porcentual a las subcontrataciones. Asimismo, la LCSP elimina la posibilidad de exigir la subcontratación de hasta un 50 % del presupuesto del contrato. La regla general es la posibilidad de subcontratar con los límites que se establezcan en el pliego. En ningún caso las limitaciones del pliego pueden suponer una restricción efectiva de la competencia.

La LCSP mantiene en lo sustantivo el régimen de comunicación previa de la intención de subcontratar. No obstante, se exige que se acredite que el subcontratista no está incurso en prohibición de contratar antes de la celebración del subcontrato.

La LCSP mantiene que el incumplimiento las reglas de subcontratación pueda dar lugar a una penalización de hasta el 50 % del importe subcontratado, pero solo si así se hubiera previsto en los pliegos. La resolución por este motivo solo podrá tener lugar en caso de que se produzca un incumplimiento de las obligaciones esenciales identificadas como tales en los pliegos.

La LCSP establece un mayor control del órgano de contratación sobre el cumplimiento de los plazos de pago a los subcontratistas en los contratos de obras o servicios con un valor estimado superior a 5 millones de euros en los que se subcontrate más del 30 %. En estos contratos, el incumplimiento de los plazos de pago a subcontratistas será siempre susceptible de penalización.

Por último, siempre que concurren determinadas condiciones, los pliegos podrán contemplar la posibilidad de hacer pagos directos a subcontratistas, pagos que tendrán la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra.

CLÁUSULAS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES

La LCSP refuerza la importancia de las consideraciones sociales y medioambientales en los contratos públicos. Los órganos de contratación podrán establecer estas consideraciones, bien como criterios de adjudicación cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, bien, como hasta ahora, como condiciones especiales de ejecución siempre que estén vinculadas con el objeto del contrato, no sean discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión y se prevean en los pliegos o en el anuncio de licitación. La novedad en el ámbito de las condiciones especiales de ejecución es que la LCSP obliga al órgano de contratación a que el pliego establezca al menos una condición especial de tipo ambiental, social o laboral de las que se recogen en el artículo 202.

El incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución es susceptible de penalización. Asimismo, la LCSP establece como nuevas causas de resolución de los contratos el impago de los salarios de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato o el incumplimiento de las condiciones establecidas en el convenio colectivo.

Concesiones de obras y de servicios

Como se ha expuesto, la LCSP traspone también 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 (la “Directiva de Concesiones”). Aunque no venía obligado por la Directiva, la Ley reorganiza el conjunto de los contratos que han permitido hasta ahora la colaboración entre el sector público y las empresas para la provisión de infraestructuras y servicios públicos, ha eliminado como contrato típico el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y ha sustituido el contrato de gestión de servicios públicos (con sus diferentes subtipos) por el de concesión de servicios.

La Directiva de Concesiones regula dos tipos de concesiones: la concesión de obras y la de servicios, esta última parcialmente coincidente con la modalidad de concesión del antiguo contrato de gestión de servicio público. En ambos casos el elemento definidor es la transferencia del riesgo operacional al concesionario, equiparable sustancialmente al tradicional riesgo y ventura en la explotación de la concesión tradicional de nuestro ordenamiento. La regulación de la concesión de obras resulta de aplicación supletoria a la concesión de servicios en todo lo no regulado expresamente para este tipo de concesión, siempre y cuando sea compatible con su naturaleza. Por este motivo, expondremos los aspectos compartidos por ambos tipos de concesiones en el apartado relativo a las concesiones de obra.

CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS

- Transferencia del riesgo operacional

La delimitación del contrato de concesión de obras en cuanto a las prestaciones que puede incluir no presenta diferencias respecto de la regulación anterior. La definición del contrato gira alrededor de la asunción por el contratista de lo que la nueva Ley, en línea con la Directiva, califica de “riesgo operacional” en la fase de explotación de las obras, lo que no supone algo sustancialmente diferente a la obligación que hasta ahora tenía de realizar dicha explotación a su riesgo y ventura.

Este riesgo operacional puede abarcar el riesgo de demanda, el de suministro o ambos. La definición del riesgo de suministro se refiere al “suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda”. Este riesgo de suministro no es otro que el que ha venido tradicionalmente denominándose riesgo de “disponibilidad” de las infraestructuras.

La LCSP establece que la transferencia al concesionario del riesgo operacional debe implicar que 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 como consecuencia de la explotación de las obras. Así, cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no puede ser “meramente nominal o desdeñable”.

- Novedades en las actuaciones preparatorias y diseño contractual

- (A) Estudio de viabilidad

Como novedades relativas al estudio de viabilidad que justifique la procedencia de la concesión de obras, el estudio debe incluir

- Una justificación de las ventajas cuantitativas y cualitativas que aconsejan la utilización de este contrato frente a otros tipos contractuales.
- Valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario a fin de evaluar el riesgo operacional, así como los criterios para valorar la tasa de descuento.
- Impacto de la concesión en materia de estabilidad presupuestaria.

Este aspecto será de gran relevancia práctica para las Administraciones contratantes, toda vez que el tratamiento estadístico de las concesiones en el Sistema Europeo de Cuentas (“SEC”), aplicable para calcular el déficit y la deuda de las Administraciones públicas, ha sido uno de los principales factores del incremento en el uso de concesiones. Dada la práctica coincidencia entre la definición de riesgo operacional y del riesgo económico a asumir por los concesionarios establecido en el SEC, cabe esperar que se reduzcan significativamente las discrepancias que en la práctica se daban entre la calificación contractual y la calificación en contabilidad nacional.

- En caso de existir aportaciones a la construcción o explotación de la concesión, el estudio debe pronunciarse sobre su compatibilidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

- (B) Iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad

Cuando el estudio de viabilidad presentado por un privado culmine en el otorgamiento de la concesión, la nueva LCSP prevé que su autor tenga derecho a 5 puntos adicionales a los obtenidos por la aplicación de los criterios de adjudicación en la licitación. Si no resultara

adjudicatario, el autor tendrá en todo caso derecho al resarcimiento de los gastos, incrementados en un 5 % como compensación.

(C) Duración

Las concesiones han de tener una duración limitada calculada en el pliego en función de las obras (o servicios, si son concesiones de servicios) que constituyan su objeto. Si se superan los cinco años, la duración máxima no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. En todo caso, la duración máxima de los contratos de concesión de obras no podrá exceder los 40 años.

- Régimen económico financiero de las concesiones de obras

(A) Retribución del concesionario

La LCSP acaba con el debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la posible naturaleza tributaria de las tarifas percibidas por los concesionarios. Ya sean abonadas por los usuarios o por la Administración, la ley excluye totalmente la posibilidad de que sean consideradas tributos, siendo en principio prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario, sin perjuicio de que, en atención de las circunstancias particulares del caso, pudiera llegar a justificarse su naturaleza de precios puramente privados.

Por otra parte, se establece expresamente la posibilidad ya existente de que la Administración retribuya al concesionario mediante pagos por disponibilidad. Estos pagos deberán calcularse con base en índices de corrección automáticos por nivel de disponibilidad independientes de las posibles penalidades que resulten aplicables al concesionario.

(B) Supuestos de reequilibrio del contrato de concesión de obra pública

Los supuestos legales de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión de obras quedan definidos del modo siguiente:

- Modificación del contrato.
- Actuaciones de la Administración concedente que, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinen la ruptura sustancial de la economía del contrato.
- Causas de fuerza mayor que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

LCSP excluye expresamente el derecho al reequilibrio en caso de incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en los estudios realizados por la Administración o el concesionario.

(C) Derecho del concesionario de desistir del contrato de concesión

Se reconoce el derecho del concesionario a desistir del contrato de concesión en determinados supuestos en los que su cumplimiento deviene excesivamente oneroso. Este derecho surge ante:

- La aprobación de disposiciones generales por Administraciones distintas de la contratante después de la formalización del contrato de concesión.
- La obligación legal o contractual del concesionario de incorporar avances técnicos disponibles en el mercado después de la formalización del contrato de concesión.

En ambos casos, las medidas en cuestión deben suponer un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 % del importe neto de la cifra de negocio de la concesión por el periodo que reste hasta su conclusión. El desistimiento del contrato no dará derecho a indemnización para ninguna de las partes.

- Efectos de la resolución anticipada

La LRJSP ya modificó los efectos de la resolución anticipada de las concesiones de obra y del contrato de gestión de servicios públicos. Aquella modificación acabó con el tradicional régimen de la denominada impropriamente como “responsabilidad patrimonial de la Administración” o “RPA”, que permitía la recuperación de las inversiones no amortizadas en obras y terrenos en caso de resolución anticipada del contrato, de acuerdo con la valoración de esas inversiones prevista en el contrato. Recordamos brevemente la configuración de los efectos de la resolución, aprobada por la LRJSP y que ahora mantiene la nueva LCSP:

- Cuando la resolución anticipada se produzca por causas imputables a la Administración contratante, el concesionario percibirá el importe de las inversiones pendientes de amortización, así como una indemnización por daños y perjuicios.
- Cuando la resolución anticipada se produzca por causas no imputables a la Administración contratante (entre las que se incluye la insolvencia del concesionario), la compensación que percibe el concesionario se identifica con la “valoración de la concesión”, según resulte de un nuevo procedimiento de adjudicación mediante subasta al alza, en el que el único criterio de adjudicación es el precio.

La licitación se articulará de la siguiente forma:

El tipo de licitación del proceso de adjudicación se determina en función de los flujos futuros de caja que se prevea obtener por la sociedad concesionaria en el periodo que resta desde la resolución del contrato hasta su reversión, en la forma prevista en el artículo 282 LCSP.

Si la primera licitación queda desierta, se convocará una nueva licitación, siendo el tipo de licitación el 50 % de la primera.

En el caso de que la segunda licitación también quede desierta, el valor de la concesión será el tipo de esta, sin perjuicio de la posibilidad de que el concesionario originario o los acreedores titulares de al menos un 5 % del pasivo exigible de la concesionaria presenten un nuevo comprador que abone al menos el tipo de licitación.

En todo caso, el nuevo concesionario su subroga en la posición del primitivo, siendo las condiciones del contrato de concesión las mismas que las establecidas en el contrato resuelto, incluyendo el plazo de duración.

- El rescate de las concesiones

La LCSP regula con mayor detalle los requisitos para que la entidad contratante pueda rescatar la concesión. Para tal rescate, habrá de acreditarse (i) la existencia de razones de interés público para el rescate, (ii) que la obra pasa a explotarse de forma directa y (iii) que la gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.

Esta misma regulación resulta aplicable también al rescate de la concesión de servicios, con la diferencia de que el TRLCSP ya vinculaba el rescate con la gestión directa por la Administración.

Además, ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 3, este nuevo régimen resulta de aplicación a los acuerdos de rescate que se realicen con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP. Por tanto, se trata de un régimen que resulta aplicable también a las concesiones licitadas antes de la entrada en vigor de la LCSP.

CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

- Definición y alcance del contrato de concesión de servicios

Una de las novedades más relevantes de la LCSP es la desaparición del contrato de gestión de servicio público y su sustitución, aunque con un objeto más amplio, por el contrato de concesión de

servicios. Además, aparece el contrato de concesión de servicios sujeto a regulación armonizada cuando el valor estimado del contrato es superior a 5.225.000 euros.

En todo caso, subsiste la posibilidad de adjudicar concesiones de obras y de servicios a sociedades de economía mixta, y la figura de determinados conciertos para la prestación de asistencia sanitaria, a los que se atribuye la naturaleza de concesión de servicios.

Serán contratos de concesión de servicios aquellos en los que un poder adjudicador encomienda a un concesionario la gestión de un servicio susceptible de explotación económica de su titularidad o competencia. Ahora no tiene que ser necesariamente un servicio público, como ocurría con el contrato de gestión de servicio público. La contrapartida para el concesionario de servicios será el derecho a explotar los servicios objeto del contrato, o bien dicho derecho acompañado del de percibir un precio. Este derecho de explotación debe suponer la transferencia del riesgo operacional. En caso de que no se produzca esa transmisión del riesgo operacional, el contrato será considerado como un contrato de servicios y le resultarán de aplicación determinadas especialidades. Por tanto, el elemento esencial del contrato de concesión de servicios es la transferencia del riesgo operacional, de manera que puede haber contratos de servicios prestados directamente a la Administración o a los usuarios que sean concesiones siempre que el concesionario asuma ese riesgo, que, como se ha referido, es sustancialmente idéntico al tradicional riesgo y ventura en la explotación del servicio.

La concesión de servicio puede comprender la ejecución de obras, en cuyo caso el plazo máximo del contrato se reduce de 50 a 40 años. En caso contrario, el plazo de la concesión de servicios puede ser de hasta un máximo de 25 años, o de un máximo de 10 años en las concesiones de servicios que comprendan la prestación de servicios sanitarios. Por lo demás, las previsiones en relación con la determinación de la duración son las mismas que para las concesiones de obras.

En aras de la seguridad jurídica, la disposición adicional trigésima cuarta establece que las referencias en la legislación vigente al contrato de gestión de servicio público deben entenderse realizadas al contrato de concesión de servicios, en la medida que se adecuen a las previsiones de la LCSP sobre este contrato.

- Régimen jurídico aplicable a la concesión de servicios en función del carácter de servicio público

La concesión de servicios no tiene necesariamente que referirse a un servicio público. Esta circunstancia ha obligado al legislador a establecer ciertas especialidades que solo resultan de aplicación cuando la concesión recae sobre un servicio público. Básicamente las siguientes:

- En la fase de preparación se requiere que, con anterioridad a la licitación, se establezca el régimen del servicio público.
 - En la fase de ejecución, la Administración pública mantendrá los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio.
 - La Administración puede acordar el secuestro o intervención del servicio en los términos previstos para la concesión de obras
- Régimen económico-financiero del contrato de concesión de servicios

El concesionario tiene derecho a una retribución fijada en función de la utilización del servicio, que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración. En relación con la retribución se suscitan las siguientes cuestiones:

- Se plantea la duda de si las concesiones de servicios admiten como contraprestación para el concesionario los “pagos por disponibilidad”, dado que no hay mención expresa a ello.
- Como en el caso del contrato de concesión de obras, las tarifas a percibir por el concesionario tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario.

No obstante, esta calificación se ve matizada por lo dispuesto en la disposición adicional cuadragésima tercera, que parece limitar la naturaleza pública a las contraprestaciones que se perciban por la prestación de servicios públicos. Por tanto, parece que en el supuesto de concesiones de servicio que no recaigan sobre un servicio público, las tarifas abonadas por los usuarios serían precios privados, en línea con lo que se ha dejado antes comentado en relación con las tarifas percibidas por el concesionario de una obra pública.

Por otra parte, la LCSP se refiere a la posibilidad que el concesionario abone un “canon o participación”, sin establecer su forma de determinación.

Por último, el derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión de servicios es sustancialmente parecido al establecido para la concesión de obras.

- La sociedad de economía mixta con entidad adjudicataria de contratos de concesión

Como se ha dicho, aunque la LCSP elimina las distintas formas de gestión indirecta del contrato de gestión de servicio público (sociedad de economía mixta, concierto y gestión interesada), la disposición adicional vigésima mantiene la posibilidad de adjudicar contratos de concesión de obras y de servicios a sociedades de economía mixta. Se trataría, de acuerdo con el texto literal de la Ley, de una adjudicación directa de la concesión, que resultaría posible si la elección del socio privado se ha llevado a cabo de conformidad con las normas que la Ley prevé para la adjudicación de las concesiones.

Contratos del resto de entidades del sector público

PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO TIENEN LA CONDICIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas se prepararán y adjudicarán de conformidad con las normas aplicables a los contratos adjudicados por las Administraciones públicas.

En relación con la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas se debe tener en cuenta lo que se expone a continuación.

Los trabajos preparatorios de la LCSP y, en consonancia con ello, su exposición de motivos apuntaban a la desaparición de las instrucciones de contratación con la finalidad de homogeneizar la preparación y adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no son Administración pública con los adjudicados por la Administración.

Así, desaparece en la LCSP la mención expresa a que los poderes adjudicadores que no son Administración deban tener instrucciones internas, estableciéndose las disposiciones que deberán aplicar en la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada, a saber:

- podrán adjudicarse directamente cuando su valor estimado sea inferior a 40.000 euros si se trata de contratos de obras, concesiones de obras o de servicios, o inferior a 15.000 euros si se trata de contratos de servicios y suministros; y
- cuando se superen los anteriores umbrales, podrán adjudicarse por cualquiera de los procedimientos previstos para las Administraciones públicas con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que solo se podrá utilizar en los casos del artículo 168.

Sin embargo, la disposición transitoria quinta de la LCSP impone a los poderes adjudicadores que no son Administración (su remisión al título tercero, hay que entenderla referida al libro tercero) adaptar sus instrucciones en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la Ley. Esta regla transitoria permite interpretar que, aun no siendo legalmente obligatorio, es posible que los poderes adjudicadores no Administración mantengan sus instrucciones de contratación, siempre que estas

observen estrictamente el régimen de adjudicación establecido por la LCSP, que es el que ha quedado expuesto.

Para el resto de entidades del sector público que no tengan la condición de poder adjudicador, se mantiene la obligación de disponer de instrucciones de contratación regulando los procedimientos de contratación para la adjudicación de sus contratos.

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO TIENEN LA CONDICIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los contratos celebrados por las entidades del sector público que no tienen la condición de Administración pública siguen recibiendo la consideración de “contratos privados”.

Sin embargo, la LCSP amplía las partes de su regulación que se han de aplicar a los contratos que suscriben los poderes adjudicadores que no son Administración: se someterán no solo a lo establecido en materia de límites legales de las modificaciones contractuales, sino también a lo dispuesto sobre cláusulas sociales, condiciones especiales de ejecución, cesión y subcontratación, racionalización técnica de la contratación y cuestiones relativas a la forma de pago y a las certificaciones. Asimismo, se prevé que opere como causa de resolución de estos contratos la imposibilidad de ejecutar el contrato y el impago de salarios.

Por otro lado, la ejecución de los contratos suscritos por entidades del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador se someterán con carácter general a Derecho privado.

ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN

Se crea un nuevo órgano administrativo dentro de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, denominado Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública, que estará encargado de coordinar, entre otras cuestiones, los criterios de interpretación seguidos por las distintas Administraciones públicas de las normas de contratación pública y el impulso de la contratación electrónica en el ámbito del sector público.

También se crea la Oficina Independiente de Supervisión de la Contratación, que debe velar por la correcta aplicación de la normativa de contratación pública y que coordinará la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público. Esta Oficina dará cuenta a los órganos competentes en caso de que tenga conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción a nivel estatal, autonómico o local.

Abogados de contacto



Javier Balza

Socio

+34 944794981

javier.balza@uria.com

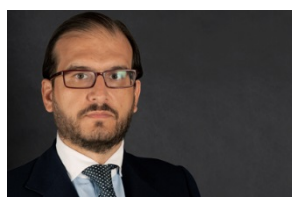


Mariano Magide

Socio

+34 915860577

mariano.magide@uria.com



Carlos Mínguez

Counsel

+34 963532320

carlos.minguez@uria.com



José Alberto Navarro

Socio

+34 934165538

josealberto.navarro@uria.com



Daniel Ripley

Socio

+34 934165529

daniel.ripley@uria.com



Manuel Vélez

Socio

+34 915860160

manuel.velez@uria.com

**BARCELONA
BILBAO
LISBON
MADRID
PORTO
VALENCIA
BRUSSELS
FRANKFURT
LONDON
NEW YORK
BOGOTA
BUENOS AIRES
MEXICO CITY
LIMA
SANTIAGO
SAO PAULO
BEIJING**

www.uria.com