

FORO DE ACTUALIDAD

ESPAÑA

CRITERIOS INTERPRETATIVOS SOBRE ASPECTOS DISCUTIDOS DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Crerios interpretativos sobre aspectos discutidos de la nueva Ley de Contratos del Sector Público

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, vigente desde marzo de 2018, ha introducido modificaciones sustanciales en la regulación española en materia de contratación pública. En este foro se exponen los principales criterios ofrecidos por las autoridades y órganos consultivos en relación con los aspectos más polémicos de esta nueva normativa.

PALABRAS CLAVE

Ley de Contratos del Sector Público, Contratación Pública, Doctrina Administrativa, Licitaciones.

Interpretation of controversial issues regarding the new Spanish Public Procurement Law

Law 9/2017, of 8 November 2017, on public procurement, in force since March 2018, has introduced substantial amendments to the regulation of public procurement in Spain. This article deals with the main opinions offered by public authorities and advisory bodies regarding the more contentious aspects of the new law.

KEY WORDS

Key words: Public Procurement Law, Public Procurement, Administrative doctrine, Public tender.

Fecha de recepción: 15-1-2018

Fecha de aceptación: 15-5-2018

INTRODUCCIÓN

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público («LCSP») entró en vigor el pasado 9 de marzo. Su objeto principal es incorporar al ordenamiento español 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 y la Directiva 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.

La nueva LCSP introduce cambios importantes en los procedimientos que han de tramitar los entes del sector público para adjudicar sus contratos y, también, en el régimen jurídico al que ha de someterse su ejecución.

Son bastantes las dudas interpretativas que, en estos primeros meses de vigencia de la LCSP, está generando la nueva regulación. Por ejemplo, sobre los nuevos requisitos de los contratos menores o en relación con el régimen de contratación de los

poderes adjudicadores que no son Administración pública.

Las autoridades y órganos consultivos con competencias en materia de contratación pública están siendo especialmente activos —en comparación con anteriores actualizaciones de la normativa de contratación—, al ofrecer sus criterios e interpretaciones de las distintas cuestiones que están sin resolver en la nueva Ley.

El objeto de este foro es resumir los principales materiales interpretativos disponibles. Como a continuación se verá, los planteamientos de las distintas entidades no siempre coinciden; sobre determinadas cuestiones incluso podemos encontrar interpretaciones opuestas.

CONTRATOS MENORES

La nueva regulación de los contratos menores, contenida en el artículo 118 de la LCSP, es uno de los aspectos que mayores dudas interpretativas está

generando. Suscitan dudas sus ámbitos objetivo, subjetivo y, también, el temporal.

Los cambios respecto de la regulación precedente tienen un gran impacto en la contratación pública, ya que se han reducido las cuantías económicas del contrato menor —pasan a 15.000 euros en servicios y suministros y a 40.000 euros en obras— y se han incrementado los requisitos exigibles.

Las mayores dificultades interpretativas afectan a la incompatibilidad establecida por el apartado 3 del artículo 118. De forma novedosa, este apartado exige que en el expediente de contratación se justifique *«que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo»*.

Los materiales interpretativos más relevantes hasta la fecha, clasificados por autoridad u órgano consultivo, son los siguientes:

Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

(i) Informes de los expedientes 41 y 42/2017

La Junta hace una interpretación teleológica y flexible de la incompatibilidad. Para la Junta, interpretar literalmente la incompatibilidad del artículo 118.3 de la LCSP supondría un exceso sobre la finalidad de la norma que conduciría a un resultado desproporcionado al impedir de manera absoluta el acceso a otros contratos menores por quien ya haya ejecutado uno, si se superan los umbrales legales.

La interpretación que se sostiene en estos informes es considerar la incompatibilidad sin excesivo rigorismo: no como una exigencia separada, sino cumulativa a la regla anterior, consistente en la prohibición de fraccionar indebidamente el objeto de una misma contratación. Es decir, cabe ejecutar sucesivos contratos menores por parte de un mismo operador económico cuando:

- el objeto de los contratos sean cualitativamente distintos; o bien
- si son prestaciones equivalentes, cuando no constituyan una misma unidad de ejecución en lo económico ni en lo jurídico.

En resumen, para esta Junta es posible celebrar contratos menores con el mismo contratista cuando las prestaciones sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad.

Por lo que respecta al límite temporal de las anteriores condiciones, la necesidad de justificación en el expediente no se considera indefinida: debe computarse a un año vista desde la aprobación del gasto.

(ii) Informe del expediente 5/2018

Este informe se centra en el cómputo del plazo en los contratos menores.

Respecto de los dos informes antes citados, la Junta añade que el no fraccionamiento prohibido por la norma debe valorarse teniendo en cuenta los contratos menores realizados conforme a la legislación precedente, en el plazo de un año natural inmediatamente anterior a la aprobación del gasto.

Afirma la Junta que esta interpretación no constituye una aplicación retroactiva de la norma, ya que no se trataría de aplicar la nueva LCSP a contratos menores adjudicados conforme a la normativa derogada, sino de tomarlos en cuenta, como antecedentes necesarios, a la hora de verificar si en el nuevo contrato se cumplen las condiciones impuestas por la LCSP.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

(i) Informe 3/2018, de 13 de febrero

La Junta comienza recordando las novedades introducidas por el artículo 118 de la LCSP, a saber:

- La disminución de los umbrales que permiten acudir al contrato menor.
- La exigencia de un informe del órgano de contratación que motive la necesidad del contrato.
- La necesaria publicidad de la adjudicación en el perfil del contratante, que podrá realizarse de forma agrupada con carácter trimestral.
- La incompatibilidad para adjudicar sucesivos contratos menores a un contratista que ya ha resultado adjudicatario de anteriores contratos menores, cuando con ello se superen las cuantías que limitan este tipo de contratos.

De los criterios interpretativos y razonamientos que ofrece esta Junta, procede destacar los siguientes:

— *Ámbito objetivo. ¿A qué contratos afecta la regla de incompatibilidad para la adjudicación sucesiva contemplada por el artículo 118.3 de la LCSP?*

Para esta Junta, la regla de incompatibilidad debe operar respecto de anteriores contratos menores de la misma tipología, es decir, entre los contratos de obra / de servicios / de suministros respecto al que pretenda adjudicarse.

De este modo —razona la Junta—, la adjudicación previa de un contrato menor de obras por importe superior a 15.000 euros no sería obstáculo para la adjudicación al mismo operador de otros contratos de servicios hasta llegar a sumar esa cantidad.

— *Ámbito subjetivo. ¿La regla de incompatibilidad se aplica a cada entidad contratante o bien debe entenderse referida a cada uno de los órganos de contratación?*

La Junta se inclina por considerar que la regla resulta de aplicación respecto de cada órgano de contratación. Así, la limitación no impedirá que otros órganos de contratación de la misma entidad contratante adjudiquen contratos al mismo operador económico, ni se «consumirá» el importe al que como máximo pueden ascender los contratos menores cuando se adjudiquen por otros órganos de la misma entidad contratante.

— *Ámbito temporal. ¿Qué plazo debe computarse a efectos de la incompatibilidad?*

Sostiene la Junta que entender la incompatibilidad sin límites temporales «llevaría a consecuencias absurdas».

La incompatibilidad se aplicará sobre la base del ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad.

— *Sobre la aplicación de procedimientos con publicidad y concurrencia a los contratos menores. ¿Qué efecto tiene introducir trámites que promueven la concurrencia entre operadores sobre la incompatibilidad del artículo 118.3?*

Considera la Junta que la simple aplicación de mecanismos de publicidad y fomento de la competencia a contratos menores no será suficiente para evitar la aplicación de los límites del artículo 118.3. Para ello será necesario que, como mínimo, se cumplan los requisitos del procedimiento abierto simplificado sumario.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya

(i) Informe 1/2018, de 20 de abril

Para esta Junta, la finalidad de la nueva limitación del artículo 118.3 de la LCSP es adicional a la que persigue la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos. Busca evitar la falta de rotación o de diversificación de empresas contratistas y el favorecimiento a una empresa, el no «reparto» de mercado con la reiterada adjudicación de contratos menores al mismo operador.

Ahora bien, la limitación de suscribir un determinado volumen de contratos con la misma empresa debe entenderse referida a contratos con los mismos objetos, que son aquellos que se componen de prestaciones sustancialmente coincidentes.

El periodo temporal que se considera conveniente tomar en cuenta a la hora de aplicar esta limitación de suscribir contratos menores con el mismo contratista es el ejercicio presupuestario, por ser el que permite el control del cumplimiento y por coincidir con la base de la que las entidades contratantes han de partir a la hora de programar su contratación.

Por último, de acuerdo con este informe, la aplicación de publicidad a los contratos menores o solicitar varias ofertas no exime del cumplimiento del artículo 118 de la LCSP.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Xunta de Galicia

(i) Informe 1/2018, de 25 de abril

La Junta repasa distintos materiales que ya se han pronunciado sobre los contratos menores y desarrolla algunas cuestiones no analizadas hasta el momento.

Comienza destacando que el artículo 118 contiene «graves deficiencias» que exigen una interpretación clarificatoria de sus términos y de su contenido ante la inseguridad jurídica que provoca tanto en los operadores públicos como en los privados. Su interpretación literal, a juicio de la Junta, no es suficiente, ya que lleva a resultados contrarios al resto del articulado de la LCSP y a su propia finalidad.

Procede destacar lo siguiente:

— *Elementos objetivos*

El artículo 118.3 no ha de interpretarse, considera la Junta, como una regla prohibitiva independiente y autónoma (no «repetir» contratista), sino como una precisión de la regla que le antecede, referida a la prohibición de fraccionamiento. Se trataría, dice la Junta, de «*elevar las exigencias de motivación y justificación de las reglas legales*» ya existentes sobre el objeto y valor estimado. No de establecer una regla limitativa independiente por el mero hecho de tener concertados contratos menores anteriormente.

Conforme a la LCSP, los contratos menores no requieren de formalización. Al respecto, la Junta interpreta que por contrato «suscrito» debe entenderse contrato perfeccionado mediante el consentimiento de las partes (concurso de oferta y aceptación sobre la causa y la cosa, con arreglo al Código Civil).

Se le consulta también a la Junta si computan a estos efectos las empresas vinculadas o las empresas que concurren en UTE. La Junta responde remitiendo a su previo criterio, según el cual la existencia de fraccionamiento viene determinada no por el número de adjudicatarios, por pertenecer a un mismo grupo o por participar en UTE, sino por la identidad de objeto contractual.

— *Elementos subjetivos*

Por lo que respecta a la determinación de los sujetos, entidades y órganos que abarcan el cálculo de los límites cuantitativos del artículo 118.3, y siguiendo su propio criterio, esta Junta sostiene que el fraccionamiento ilícito es independiente del número de órganos de contratación o de unidades funcionales que intervengan en una adjudicación. Esto le lleva a concluir que cada órgano de contratación o cada unidad funcional separada debe comprobar, dentro de su propio ámbito, que está justificada en el expediente la ausencia de un fraccionamiento ilícito del objeto contractual.

— *Elementos temporales*

La Junta se inclina por considerar que el periodo temporal que debe tenerse en cuenta es el ejercicio presupuestario, por ser el de referencia para las actividades de control de la normativa presupuestaria y contractual.

Por último, para la Junta, la motivación de la necesidad del contrato y justificación de la no alteración

de su objeto debe producirse antes de la aprobación del gasto.

Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi

(i) Recomendación 1/2018, de 11 de abril

Se trata de una recomendación dirigida a las Direcciones de servicios o Gestión económica de los Departamentos y Direcciones de los organismos autónomos.

Según se expresa en la propia recomendación, la utilización del término «debe» o «exige» a lo largo de su contenido «*responde a un mandato legal, por tanto, esos aspectos van más allá de una mera recomendación*».

Esta Junta sostiene una interpretación literal y estricta de la regulación de los contratos menores. Considera que procede justificar no solo la ausencia de fraccionamiento indebido del objeto del contrato, sino también, adicionalmente, que el contratista no ha suscrito con el mismo órgano de contratación más contratos menores que individual o conjuntamente superen las cifras reguladas por el artículo 118.

En cuanto al límite temporal en que opera la prohibición de adjudicar a la misma persona física o jurídica, considera la Junta el año entendido como ejercicio presupuestario.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid

(i) Informe 1/2018, de 11 de abril

Para esta Junta, la incompatibilidad del artículo 118.3 opera respecto de contratos menores de la misma tipología (obras, servicios, suministros), y la considera un requisito que encierra una finalidad añadida consistente en la obligación del órgano de contratación de comprobar específicamente que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los importes del citado precepto.

En cuanto al aspecto temporal, para la Junta, el periodo temporal a considerar es un año, referido a la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente.

CONTRATACIÓN DE LOS PODERES ADJUDICADORES QUE NO OSTENTAN LA CONSIDERACIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La regulación de la actividad contractual de los poderes adjudicadores que no reúnen la condición de Administración en sentido estricto —también llamados PANAP— ha experimentado modificaciones significativas. Estas modificaciones han supuesto, en síntesis, su mayor aproximación al régimen al que se someten las Administraciones públicas.

El nuevo régimen jurídico de contratación de los PANAP se condensa en los artículos 316 a 320 de la LCSP. A continuación, se exponen los materiales que lo abordan.

Abogacía General del Estado

(i) Informe de 17 de enero de 2018

Destacan las siguientes cuestiones, de rabiosa actualidad, en relación con el nuevo régimen aplicable en la preparación y adjudicación de los contratos de los PANAP:

— *¿Son contratos menores los del artículo 318.a) de la LCSP?*

Por las diversas razones expuestas en el informe, los contratos del artículo 318.a) de la LCSP se consideran «conceptualmente coincidentes» con los contratos menores, motivo por el cual «no se advierte razón legal que excluya la aplicación a estos contratos del artículo 318.a) de los requisitos que, con carácter general, establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP».

— *¿Podrían los PANAP, con base en el artículo 318.b), utilizar cualquiera de los procedimientos de la sección 2.ª del capítulo I del título I del libro segundo sin tener que cumplir los requisitos que la Ley exige para cada uno de ellos?*

Se concluye que la remisión es *in totum* a la regulación aplicable a cada procedimiento. Es decir, sin perjuicio de la facultad de utilizar cualquiera de ellos, han de cumplirse los requisitos establecidos en cada caso (por ejemplo, umbrales económicos para el abierto simplificado).

No parece que fuera el designio del legislador que los contratos de valores muy próximos a los que determinan una sujeción a regulación armonizada —razona la Abogacía del Estado— pudieran adju-

dicarse mediante, por ejemplo, el abierto simplificado del artículo 159.6 de la LCSP.

— *¿Qué pasa con las IIC?*

El posible mantenimiento de las Instrucciones Internas de Contratación («IIC»), cuya existencia contemplaba expresamente la normativa derogada, plantea también dudas interpretativas.

El informe aclara que las IIC quedaron «suprimidas» desde el 9 de marzo de 2018. Es clara la voluntad del legislador —se apunta— de poner fin a la diversidad de regímenes hasta ahora establecidos a través de las IIC.

No obstante, de establecerse o conservarse, las IIC se admitirían a efectos meramente internos y explicativos, especialmente organizativos, sin que puedan sustituir el régimen jurídico aplicable *ex artículo 318.b)* de la LCSP.

— *¿Qué régimen de recurso se aplica a los actos impugnables de los PANAP no susceptibles de recurso especial?*

El párrafo segundo del artículo 44.6 de la LCSP contempla un recurso de alzada impropio ante el titular del departamento, ente u organismo de adscripción o tutela cuando se trate de contratos no susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Se interpreta que este régimen prevalece «sobre lo dispuesto con carácter general por el artículo 114.2.d) de la Ley 39/2015, que además admite expresamente excepciones por norma con rango legal, como es el caso».

Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

(i) Recomendación de 28 de febrero de 2018

La Junta mantiene, en esencia, el mismo criterio que la Abogacía del Estado en el informe antes citado en cuanto a la sujeción de los contratos contemplados por el artículo 318.a) de la LCSP a los requisitos de los contratos menores establecidos por el artículo 118, la necesidad de cumplir los requisitos de cada procedimiento, la supresión de las IIC y la previsión de un recurso de alzada impropio cuando no quepa recurso especial.

Añade la Junta que la constitución de la Mesa de contratación contemplada por el artículo 326 de la LCSP es facultativa para los PANAP.

NOTIFICACIONES Y TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA

Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

(i) Informe del expediente 1/2018

La Junta aclara las siguientes cuestiones relacionadas con la obligación de tramitar electrónicamente los procedimientos de contratación pública instaurada por la nueva LCSP:

— En contratación pública, también las notificaciones a personas físicas deben realizarse por medios electrónicos. Y ello a pesar de que la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común les dispense un tratamiento diferenciado.

En la LCSP la notificación electrónica no es preferente, sino, como detalla la disposición adicional 15.^a, el medio exclusivo de notificación, sin diferenciar a las personas físicas de las jurídicas.

— La dirección electrónica habilitada o la de comparecencia electrónica es aplicable a todos los actos de notificación.

Se plantea cómo deben entenderse las referencias de los artículos 51 y 140 de la LCSP a las «direcciones de correo electrónico habilitadas».

Aclara la Junta que la dirección de correo electrónico habilitada es aquella que debe mencionar expresamente el licitador cuando presenta la declaración responsable autorizando cualquier notificación posterior. Su calificación como habilitada debe ser consecuencia de un proceso específico que culmina con la habilitación concedida por la Administración competente.

(ii) Informe del expediente 2/2018

La Junta comienza recordando que la regla general en los procedimientos de contratación es la presentación de ofertas y solicitudes de participación por medios exclusivamente electrónicos (disposición adicional 15.^a de la LCSP) y que la legislación en materia de procedimiento administrativo común es supletoria.

La cuestión se centra, en este caso, en determinar si resulta aplicable a la presentación de ofertas por vía electrónica la posibilidad de subsanación prevista, con carácter general, por el artículo 68.4 de la Ley

39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («Ley 39/2015»).

La Junta es contundente al señalar que ante el incumplimiento de la obligación de presentación electrónica de la documentación no cabe aplicar el trámite de subsanación del artículo 68.4 de la Ley 39/2015. Y ello por dos motivos: el primero, porque no existe una laguna legal que motive la aplicación supletoria de dicho precepto; y el segundo, porque sería incompatible con los principios generales de publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación que rigen en contratación pública.

COMPOSICIÓN DE LAS MESAS DE CONTRATACIÓN

Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

(i) Informe del expediente 3/2018

Como novedad en la regulación de la composición de las Mesas de contratación, el artículo 326.5 establece que no podrán formar parte de ellas «*el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda*».

Según la Junta, de este precepto se deduce la voluntad inequívoca del legislador de restringir la participación en las Mesas del personal que haya participado en la redacción de cualquier documentación técnica del contrato, con la finalidad de favorecer la transparencia y evitar conflictos de intereses en los miembros de este órgano colegiado.

Para que opere la prohibición se requiere una participación efectiva en la confección del pliego técnico (instrucciones u observaciones de obligado cumplimiento en la redacción de la documentación). No alcanza la prohibición —entiende la Junta— a quien no ha participado en la redacción de la regla técnica del contrato ni tampoco a quien simplemente la haya visto o incluso visado.

Sobre cómo acreditar esta circunstancia de manera práctica, la Junta recomienda a las entidades contratantes dejar constancia en el expediente de quiénes han sido los miembros de su personal que han participado efectivamente en la redacción de los pliegos técnicos.

INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

(i) Informe 2/2018, de 13 de febrero

Las conclusiones de la Junta sobre la nueva regulación de la posibilidad de integración de la solvencia por medios externos son las siguientes:

- El nuevo artículo 75 de la LCSP expresamente contempla la posibilidad de que un licitador que concurre en UTE sea quien se integre de la solvencia con medios externos, para completar los requisitos exigidos.
- La integración de la solvencia por medios externos alcanza a todos los aspectos, tanto solvencia económica como técnica.

No obstante, los pliegos podrán limitar tal posibilidad, por razón del carácter personalísimo de ciertos aspectos de la prestación, exigiendo que determinados trabajos o partes de trabajos sean ejecutados por el propio licitador o por uno de los miembros de la UTE.

- Los medios externos que acreditan la solvencia de un licitador pasan a formar parte del concepto de «operador económico» que contrata, y por ello deben estar integrados en el contrato.

Para la Junta, esto significa que el órgano de contratación debe tener garantizado que los medios del operador económico que viene a integrar su solvencia estén a disposición del licitador durante la ejecución. Disposición que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, no puede presumirse, sino que debe basarse en compromisos vinculantes.

ELENA PICÓ BARANDIARÁN Y ROCÍO GONZÁLEZ FERNÁNDEZ*

* Abogadas del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Bilbao).