

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

Marcado por la denominada «Estrategia Europa 2020», dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos, aparecen las tres nuevas Directivas comunitarias:

- Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública,
- Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la
- Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la más novedosa, ya que carece de precedente en la normativa comunitaria.

Las nuevas directivas vienen a sustituir a la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, aprobadas hace ahora una década, y que habían sido transpuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público —posteriormente derogada y sustituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre—, y la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente.

Mediante la presente Ley se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, institución de larga tradición jurídica en el derecho español, y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, dejando la transposición de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales a otra ley específica (se encuentra todavía en tramitación en el Congreso de los Diputados) que asimismo incorporará al ordenamiento jurídico español la parte de la Directiva 2014/23/UE que resulte de aplicación a los sectores citados.

El texto de la nueva “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”, toma como punto de partida el del vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público con el que tiene continuidad:

a) Formalmente:

- Es igualmente extenso: 347 artículos, 53 Disposiciones Adicionales, 5 Disposiciones Transitorias y 16 Disposiciones Finales. (Las Disposiciones Adicionales y Transitorias relacionadas con normas de la Ley las he incluido en su articulado).
- En muchas ocasiones tiene un marcado carácter reglamentario,
- Tiene una mejor sistemática

b) Jurídicamente:

- Mantiene los dos parámetros que determinan el régimen jurídico aplicable a todos los contratos del sector público: ámbito subjetivo de aplicación (sector público, poderes adjudicadores y administraciones públicas) y la delimitación entre contratos sujetos o no a regulación armonizada.

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

A pesar de ello existen unas diferencias notables como señala José María Gimeno Feliu (Observatorio de Contratación Pública, artículo titulado “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de Oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública”) con el texto refundido del 2011 puesto que la nueva Ley, siguiendo la estrategia señalada por las Directivas Europeas que transpone, pretende:

1.-Incrementar la eficiencia del gasto público.

Se reorienta la finalidad de los criterios de adjudicación puesto que la adjudicación se realizará ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios basados en el principio de mejor relación calidad-precio y desaparece la mención de la “oferta económicamente más ventajosa”. Se prima el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la mejor oferta.

El cambio es de gran relevancia y explica que la nueva regulación del artículo 146 ya no incluya el concepto precio como concepto principal sino el de costes o rentabilidad, así como que se pongan en valor los servicios intelectuales (opción reclamada desde los servicios de ingeniería y arquitectura).

2. – Facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública.

Como medidas en beneficio de las PYMES, se incluyen en el texto legal las medidas que ya aparecían dentro de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con lo que pasan a estar comprendidas dentro de su ámbito natural de aplicación; y se da un paso más allá al establecerse la obligación para el órgano de contratación en los contratos que más frecuentemente acuden a la subcontratación, como son los de obras y de servicios de un determinado importe, de comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más rigorista que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones Públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Además de las anteriores, la nueva normativa incluye soluciones incluidas en el “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos” (SEC (2008)2.193, de 25 de junio de 2008). En especial destaca la nueva regulación de la división en lotes de los contratos. Así, se invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que, solo si no se divide, hay que justificarlo. Se regula la oferta integradora y se puede limitar número de lotes.

Se incorpora también la regla general de la “declaración responsable”, como medida de simplificación para favorecer la participación de las PYMES.

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

3.- Permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes.

El artículo 1.3 LCSP supone una declaración formal de intenciones en este sentido cuando determina que en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Como paradigma de a esta idea destaca la previsión respecto a las especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas, lo que facilita una mejor respuesta jurídica a prestaciones alejadas a la lógica del mercado. Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos. Se habilita que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, así como que se diseñe un régimen singular de contratación.

También se pueden reservar contratos (Disposición Adicional 48: Reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones) e incluso, como admite la Disposición Adicional 47 (Principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV y a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV) es posible establecer unas normas “distintas” de contratación pública en el ámbito de los contratos sanitarios o sociales a las personas, que pongan el acento en aspectos técnicos y de calidad. Se presta la atención a criterios vinculados a la mejor calidad de la prestación desde la perspectiva del ciudadano, donde el precio debe tener poca incidencia. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación. Esto explica que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, como expresamente se contempla en la Disposición Adicional 49 (Legislación de las Comunidades Autónomas relativa a instrumentos no contractuales para la prestación por estas de servicios públicos de carácter social).

4.-Aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar diversos aspectos resaltados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Uno de los retos de la Ley es el de afrontar de forma decidida la problemática de la corrupción y avanzar en un modelo que pivote sobre el principio de integridad. El artículo 1 LCSP incluye la referencia a este principio. No es una mera cuestión formal sino que tiene importantes efectos jurídicos. Es el caso de la regulación estricta de los convenios y de los encargos a medios propios, mucho más estricta y acorde al derecho europeo; la eliminación de la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía; la publicidad y control de los modificados; un modelo de publicidad diseñada para ser transparente poniendo en valor la Plataforma de Contratos del Sector público (se deben publicar allí necesariamente todas las licitaciones); la regulación de los conflictos de intereses y extensión de las prohibiciones de contratar por vínculos familiares; el refuerzo del recurso especial y la ampliación de su objeto por cuantía y actos susceptibles de impugnación; la profesionalización de las mesas; y la opción de una nueva gobernanza dirigida por un supervisor independiente de la contratación pública. Y se fomenta la simplificación con el nuevo procedimiento abierto simplificado y la declaración responsable.

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

Este objetivo se refuerza con diferentes medidas:

a) En los contratos de la Administración Pública y los contratos de los Poderes Adjudicadores que no son Administración Pública se propone una cierta uniformidad de régimen jurídico:

- En todos los contratos, tanto si están o no sujetos a regulación armonizada, siguen el régimen jurídico general tanto su preparación como su adjudicación. Desaparece pues la regulación mediante Instrucciones internas propias de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de administración pública existente actualmente para la adjudicación de contratos.
- No existe, en cambio, uniformidad en el carácter de los contratos - administrativo, en el caso de las Administraciones Públicas y privado en el caso del resto de los Poderes Adjudicadores- ni en los efectos y extinción que se regirán por las normas del derecho privado con ciertas singularidades en el caso del resto de los Poderes Adjudicadores.

b) Se mantiene el carácter privado de los contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador y la exigencia de que para su adjudicación se aprueben unas Instrucciones en las que se regulen los procedimientos de contratación. Aún con todo se posibilita (Art.321.2) que se puedan adjudicar contratos sin aplicar las instrucciones aprobadas.

c) Existe una decidida apuesta por la transparencia. Con la nueva LCSP se exige la justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido. Se exige, además, una detallada información que se debe publicar en los perfiles de contratante que, como indica el artículo 347 LCSP, deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma. En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (la publicidad en el Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito). Y lo que es más importante, desde la perspectiva de cumplimiento de esta obligación, es que el apartado 3 de este precepto obliga a que la publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirá los efectos previstos en la presente Ley cuando los mismos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas. Y la no publicación en la Plataforma comportará la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho (artículo 39.2 c).

Se mejora también la transparencia en el contrato menor. En este procedimiento se rebajan cuantías y se imponen ciertas reglas con el fin de evitar su indebida utilización para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los controles. Asimismo, se obliga a reportar la información de los contratos menores asociado a cada contratista, con el fin de "descubrir" actuaciones irregulares.

Existe, además, una novedosa regulación de los procedimientos con negociación con más detalle (artículos 166 a 171). Así, se advierte que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los distintos aspectos a negociar y la ausencia de negociación se considera causa de nulidad. Pero lo más destacado es que desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción.

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

d) Se amplía la extensión del recurso especial a cuantías inferiores a las del importe armonizado, el cambio producido es muy relevante pues implica configurar el recurso como un instrumento que permita garantizar la mejor transparencia mediante una estrategia del control preventivo. Asimismo, interesa destacar la necesaria ampliación del objeto del recurso especial, que incluye ya los encargos a medios propios y también a ciertos actos relativos de la ejecución del contrato y, en especial, las modificaciones contractuales o rescate de concesiones.

e) Cabe destacar la creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública. Esta Oficina aprobará la Estrategia Nacional de Contratación Pública como un instrumento jurídico vinculante, que se basará en el análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público y diseñará medidas que permitan cumplir los siguientes objetivos:

- Combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública.
- Incrementar la profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación.
- Promover la eficiencia económica en los procesos de obtención de bienes, servicios y suministros para el sector público, estimulando la agregación de la demanda y la adecuada utilización de criterios de adjudicación.
- Generalizar el uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento.
- Utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación.
- Promover la participación de las PYME, en el mercado de la contratación pública.

Por último, señalar que la nueva Ley entrará en vigor en el plazo de 4 meses desde su publicación en el BOE (9/11/2017) por lo tanto el 9 de marzo de 2018, no obstante:

- Lo harán al día siguiente de la referida publicación:

- a. Los artículos 328 a 334: *Órganos Consultivos*.
- b. La disposición final décima: *Modificación de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido*.

-A los diez meses de la publicación lo hará:

- a. La letra a) del apartado 4 del artículo 159 : *inscripción de los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través del procedimiento simplificado en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o de la correspondiente Comunidad Autónoma*.
- b. La letra d) del apartado 2 del artículo 32: *adaptación de los estatutos de la entidad reconociendo su condición de medio propio personificado respecto del poder adjudicador que hace el encargo*.

- En el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo: El tercer párrafo del apartado 1 del artículo 150 (*procedimiento sumarísimo de conductas colusorias en el procedimiento de contratación*).