

NOVETATS MÉS IMPORTANTS DE LA LLEI 9/2017, DE 8 DE NOVEMBRE, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC, PER LA QUAL ES TRANSPONE A L'ORDENAMENT JURÍDIC ESPANYOL LES DIRECTIVES DEL PARLAMENT EUROPEU I DEL CONSELL 2014/23/UE I 2014/24/UE, DE 26 DE FEBRER DE 2014 (LCSP).

I. RÈGIM JURÍDIC I ÀMBITS D'APLICACIÓ DE LA LCSP.

1. LA CLASSIFICACIÓ DELS CONTRACTES PEL SEU OBJECTE.

- 1.1. Els contractes administratius: règim jurídic i jurisdicció.
- 1.2. Els contractes privats de l'Administració: règim jurídic i jurisdicció.

2. LA CLASSIFICACIÓ DELS CONTRACTES PEL SUBJECTE CONTRACTANT.

- 2.1. Poders adjudicadors.
- 2.2. Administracions públiques.
- 2.3. Altres ens del sector públic.

3. EL CRITERI ECONÒMIC DE LA REGULACIÓ HARMONITZADA.

4. RÈGIM JURÍDIC DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES.

5. RÈGIM JURÍDIC DELS PODERS ADJUDICADORS NO ADMINISTRACIÓ.

6. RÈGIM JURÍDIC DELS ALTRES ENS DEL SECTOR PÚBLIC.

II. EL RECURS ESPECIAL I EL RÈGIM D'INVALIDESA DELS CONTRACTES.

1. EL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC (TCCSP).

2. EL RECURS ESPECIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ.

- 2.1. Naturalesa, objecte i legitimació activa en el REMC.
- 2.2. Mesures cautelars administratives (article 49 LCSP).
- 2.3. Inici del procediment (articles 50 a 52 LCSP).
- 2.4. Tramitació del procediment (articles 54 a 56 LCSP).
- 2.5. Resolució del procediment (articles 57 a 60 LCSP).

III. NEGOCIS I CONTRACTES EXCLOSOS.

1. RELACIONS JURÍDIQUES EXCLOSOS EN L'ÀMBIT PATRIMONIAL

2. NEGOCIS I CONTRACTES EXCLOSOS EN L'ÀMBIT FINANCER.

3. ALTRES NEGOCIS O CONTRACTES EXCLOSOS.

4. CONVENIS I ENCÀRRECS DE GESTIÓ.

IV. EXECUCIÓ DIRECTA I ENCÀRRECS A MEDIS PROPIS.

1. EXECUCIÓ DIRECTA DE PRESTACIONS PER L'ADMINISTRACIÓ.

- 1.1. Execució d'obres.
- 1.2. Prestació de serveis.
- 1.3. Necessitat, idoneïtat i eficiència en la contractació.
- 1.4. Execució d'obres en col·laboració amb empresaris particulars.

2. SISTEMES DE COOPERACIÓ VERTICAL I HORIZONTAL.

3. ENCÀRRECS DELS PODERS ADJUDICADORS A MEDIS PROPIS.

4. ENCÀRRECS A MEDIS PROPIS D'ALTRES ENS DEL SECTOR PÚBLIC.

V. DELIMITACIÓ DELS TIPUS CONTRACTUALS.

1. EL CONTRACTE D'OBRES.

2. EL CONTRACTE DE CONCESSIÓ D'OBRES.

3. EL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE SERVEIS.

4. EL CONTRACTE DE SUBMINISTRAMENT.

5. EL CONTRACTE DE SERVEIS.

6. L'APARENT SUPRESSIÓ DE LA COL·LABORACIÓ PÚBLICA I PRIVADA (CPP).

7. EL NOU SISTEMA DE TRANSFERÈNCIA DE RISCOS.

- 7.1. El sistema de transferència de riscos en el TRLCSP.
- 7.2. Risc de disponibilitat i risc de subministrament.

- 7.3. El risc operacional ha de ser substancial.
- 7.4. Què és risc de subministrament?

VI. ELEMENTS SUBJECTIUS DEL CONTRACTE.

1. LA DISPOSICIÓ ADDICIONAL SEGONA LCSP.

- 1.1. Distribució de competències en l'administració local.
- 1.3. La mesa de contractació i el comitè d'experts.

2. LA DISPOSICIÓ ADDICIONAL TERCERA LCSP.

- 2.1. Tramitació anticipada.
- 2.2. Els actes de fiscalització.
- 2.3. Informes del secretari.
- 2.4. Altres qüestions puntuals.

3. CAPACITAT.

- 3.1. Capacitat d'obrar de les persones jurídiques.
- 3.2. Concreció de les condicions de solvència.
- 3.3. Condicions especials de compatibilitat.
- 3.4. Penalitats i sancions.
- 3.5. Les prohibicions de contractar.
 - 3.5.1. Les circumstàncies i la seva apreciació.
 - 3.5.2. El procediment *ad hoc* per declarar la prohibició de contractar.
- 3.6. Classificació i solvència de les empreses.

VII. OBJECTE, PREU, VALOR ESTIMAT I DURACIÓ DEL CONTRACTE

1. DETERMINACIONS RESPECTE DE L'OBJECTE: ELS LOTS.

- 1.1. L'objecte és un element estructural dels contractes.
- 1.2. La subdivisió en lots a la Directiva 2014/24/UE.
- 1.3. Els lots a l'article 99 LCSP.
- 1.4. L'oferta integradora.
- 1.5. Com evitar el frau de llei.

2. LA POTESTAT DE MODIFICACIÓ DELS CONTRACTES.

- 2.1. Concurrència de diferents règims jurídics.
- 2.2. El nou règim de la modificació dels contractes.
 - 2.2.1. Modificacions previstes en el PCAP.
 - 2.2.2. Modificacions no previstes en el PCAP.
- 2.3. Publicació i formalització.
- 2.4. Especialitats procedimentals.
 - 2.4.1. Especialitats del contracte d'obres.
 - 2.4.2. Especialitats dels contractes de serveis i subministraments.
 - 2.4.3. Especialitats dels contractes de concessió.

3. PRESSUPOST BASE DE LA LICITACIÓ, VALOR ESTIMAT I PREU.

- 3.1. Pressupost base de licitació (article 100 LCSP).
- 3.2. Valor estimat del contracte (article 101 LCSP).
- 3.3. Preu (article 102 LCSP).

4. DURACIÓ DELS CONTRACTES

- 4.1. Pròrrogues.
- 4.2. Ampliació del termini d'execució.
- 4.3. Duració dels contractes de subministrament i serveis.
 - 4.3.1. Criteri general.
 - 4.3.2. Excepció.
 - 4.3.3. Supòsits especials de duració.
 - 4.3.4. Pròrroga, a la finalització.
- 4.4. Duració dels contractes d'arrendament de béns immobles.
- 4.5. Duració dels contractes de concessió.

5. LA REVISIÓ DE PREUS COM A TÈCNICA EXCEPCIONAL.

- 5.1. Variació de preus (article 102.6 LCSP).
- 5.2. Actualització de preus (article 130.4 RGLCAP).
- 5.3. Revisió de preus i "efectes de segona ronda".

6. EL NOU MARC DE LA REVISIÓ DE PREUS.

- 6.1. Un article amb la seva vigència demorada fins el passat 6.2.2017.
- 6.2. Les exigències de l'article 103 LCSP.
 - 6.2.1. Fórmules tipus.
 - 6.2.2. Revisió en casos de demora en l'execució (article 104 LCSP).
 - 6.2.3. Pagament de l'import de la revisió.
- 6.3. El Reial Decret 55/2017, de 3 de febrer.
 - 6.3.1. Principis comuns a totes les revisions de preus.
 - 6.3.2. El principi de referenciació a costos (article 3 RLDEE).
 - 6.3.3. El principi d'eficiència i bona gestió empresarial (article 4 RLDEE).
 - 6.3.4. Límit als costos de la mà d'obra (article 5 RLDEE).
- 6.4. Principis per a l'establiment de fórmules (article 7 RLDEE).
- 6.5. Revisió de preus en el contracte d'obres (article 8 RLDEE).
- 6.6. Revisió de preus en els altres contractes (articles 9 i 10).
 - 6.6.1. El període de recuperació de la inversió.
 - 6.6.2. La previsió de la fórmula de revisió en els plecs.
 - 6.6.3. Regles dels contractes amb preu igual o superior a 5.000.000.- €.
 - 6.6.4. Regles dels contractes amb un preu inferior a 5.000.000.- €.
- 6.7. El règim transitori de la LDEE.

VIII. PROCEDIMENTS D'ADJUDICACIÓ.

1. ANUNCI DE LICITACIÓ I ELECCIÓ DEL PROCEDIMENT D'ADJUDICACIÓ.

2. PROCEDIMENT OBERT (articles 156 a 159 LCSP).

- 2.1. Presentació de proposicions.
 - 2.1.1. En contractes no subjectes a regulació harmonitzada.
 - 2.1.2. En contractes subjectes a regulació harmonitzada.
 - 2.1.3. Publicitat en el perfil.
- 2.2. Examen de proposicions i proposta d'adjudicació (article 157 LCSP).
- 2.3. Adjudicació (article 158 LCSP).

3. PROCEDIMENT OBERT SIMPLICAT (article 159 LCSP).

4. PROCEDIMENT OBERT SIMPLIFICAT DE TRAMITACIÓ ABREUJADA.

5. PROCEDIMENT RESTRINGIT (articles 160 a 165 LCSP).

- 5.1. Caracterització.
- 5.2. Sol·licituds de participació.
- 5.3. Selecció dels candidats.
- 5.4. Contingut de les invitacions.
- 5.5. Proposicions.
- 5.6. Adjudicació.

6. PROCEDIMENT AMB NEGOCIACIÓ (articles 166 a 171 LCSP).

- 6.1. Caracterització.
- 6.2. El procediment de licitació amb negociació.
 - 6.2.1. Supòsits d'aplicació.
 - 6.2.2. Tramitació.
- 6.3. El procediment negociat sense publicitat.
 - 6.3.1. Supòsits d'aplicació.
 - 6.3.2. Tramitació.

7. DIÀLEG COMPETITIU (articles 172 a 176 LCSP).

IX. LES POLÍTIQUES SOCIALS, AMBIENTALS I D'INNOVACIÓ.

1. EL NOU MARC NORMATIU DE LA DIRECTIVA 2014/24.

2. FASE DE LICITACIÓ: LES CLÀUSULES D'ACCÉS.

- 2.1. Les prohibicions de contractar.
- 2.2. Els medis d'acreditació de la solvència tècnica.
- 2.3. Les baixes temeràries o desproporcionades.
- 2.4. Els contractes reservats.
 - 2.4.1. Els contractes reservats a CEO i a empreses d'inserció.
 - 2.4.2. La reserva de contractes de serveis socials, culturals i de salut.

3. FASE D'ADJUDICACIÓ.

- 3.1. Els criteris d'adjudicació.
 - 3.1.1. Els criteris mediambientals.
 - 3.1.2. Els criteris socials.
- 3.2. La clàusula de desempat.
 - 3.2.1. Els criteris de desempat.
 - 3.2.2. Actuació en defecte de criteris específics.
- 3.3. El càlcul del cost del cicle de vida.

4. FASE D'EXECUCIÓ.

- 4.1. Subcontractació.
- 4.2. Obligacions de l'òrgan de contractació en l'execució.
 - 4.2.1. La incorporació d'obligacions ambientals en el PCAP.
 - 4.2.2. Les etiquetes ecològiques.
- 4.3. Les condicions especials d'execució del contracte.

5. EL PROCEDIMENT D'ASSOCIACIÓ PER A LA INNOVACIÓ.

- 5.1. Selecció dels candidats.
- 5.2. Negociació amb els licitadors.
- 5.3. L'associació amb els socis.
- 5.4. L'Adquisició del producte resultant.

X. LA IMPLANTACIÓ DE LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA ELECTRÒNICA.

1. DISPOSICIONS DE LA LCSP.

- 1.1. Notificacions electròniques.
- 1.2. Presentació d'ofertes.

2. LA CONTRACTACIÓ ELECTRÒNICA EN EL DECRET LLEI 3/2016.

3. PREVISIONS DE LA LLEI 5/2017, DE 28 DE MARÇ, D'ACOMPANYAMENT.

4. ELS INSTRUMENTS I ELS REGISTRES ELECTRÒNICS.

- 4.1. El perfil de contractant.
- 4.2. La subhasta electrònica.
- 4.3. Els registres electrònics de licitadors.
- 4.4. El registre de contractes del sector públic.
- 4.5. Tramesa de dades a la Sindicatura de Comptes.
- 4.6. La Plataforma de Contractació del Sector Públic.
- 4.7. El Document Europeu Únic de Contractació (DEUC).

5. LA IMPLANTACIÓ DE LA CONTRACTACIÓ ELECTRÒNICA.

- 5.1. Dates límit de transposició i disposicions transitòries.
- 5.2. Obligacions que s'havien d'haver acomplert a 18.4.2016.
- 5.3. Obligacions que s'havien d'haver acomplert a 18.4.2017.
- 5.4. Obligacions que s'havien d'haver acomplert a 9.3.2018.

NOVETATS MÉS IMPORTANTS DE LA LLEI 9/2017, DE 8 DE NOVEMBRE, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC, PER LA QUAL ES TRANSPONEN A L'ORDENAMENT JURÍDIC ESPANYOL LES DIRECTIVES DEL PARLAMENT EUROPEU I DEL CONSELL 2014/23/UE I 2014/24/UE, DE 26 DE FEBRER DE 2014 (LCSP).

I. RÈGIM JURÍDIC I ÀMBITS D'APLICACIÓ DE LA LCSP.

Des de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (LCSP/07) que es fa necessari classificar els règims jurídics dels diferents contractes acudint a tres criteris:

- L'objectiu, en funció de la naturalesa administrativa o privada del contracte, amb el benentès que els contractes no són administratius o privats exclusivament per raó de la matèria, sinó també per raó del subjecte contractant.
- El subjectiu, atenent si el subjecte contractant és només un ens del sector públic o és també un poder adjudicador o, fins i tot, una Administració pública, amb el benentès que:
 - Només poden perfeccionar contractes administratius les Administracions públiques.
 - Tota Administració pública és poder adjudicador, i tot poder adjudicador és ens del sector públic, però no a l'inrevés.
- L'econòmic: en funció del valor estimat del contracte es subjectarà a publicitat comunitària, és a dir, en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE). A partir del primer de gener de 2018 els llindars de la publicitat comunitària són els 5.548.000.- € en obres i concessions, i els 221.000.- € en serveis i subministraments, excepte quan es tracti de serveis socials i altres específics enumerats en l'annex IV LCSP, que el llindar continua en 750.000.- €¹. Quan el valor estimat dels contractes sigui igual o superior a les quantitats anteriors, sempre que l'ens contractant sigui un poder adjudicador, el contracte estarà subjecte, no solament a la publicitat en el DOUE sinó també a regulació harmonitzada, que és l'expressió que s'utilitza per indicar que es troba sotmès a les Directives 2014/23/UE i 2014/24/UE.

Amb l'entrada en vigor de la LCSP, el passat 9 de març de 2018, s'altera substancialment l'àmbit d'aplicació subjectiu que ha vingut establert fins ara a l'article 3, en relació amb els articles 189 a 193 del TRLCSP², ja que desapareix la possibilitat de regulació, mitjançant instruccions internes, dels contractes dels poders adjudicadors no subjectes a regulació harmonitzada. Aquesta, juntament amb la desaparició de la publicitat edictal en butlletins, excepte el DOUE, és la novetat més important de la LCSP.

¹ L'Ordre HAP/2846/2015, de 29 de desembre, fixà els llindars comunitaris fins el 31.12.2017 en les quanties de 5.225.000.- €, en obres i concessions, i 209.000.- €, en serveis i subministraments, excepte quan es tractava de serveis socials i altres serveis específics que ara enumera l'annex IV LCSP, que el llindar ja era de 750.000.- €. Els nous llindars han estat fixats per l'Ordre HFP/1298/2017, de 26 de desembre (BOE n. 316, de 29.12.2017) i romandran vigents fins el 31.12.2019.

² Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat per RDL 2/2011, de 14 de novembre (TRLCSP).

1. LA CLASSIFICACIÓ DELS CONTRACTES PEL SEU OBJECTE.

Per raó del seu objecte els contractes del sector públic poden estar sotmesos a un règim jurídic de dret administratiu o de dret privat (article 24 LCSP). El funció d'un i altre cas, qui coneixerà de les controvèrsies que es concitin serà l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu o l'ordre jurisdiccional civil.

1.1. Els contractes administratius: règim jurídic i jurisdicció.

Conforme diu l'article 25 LCSP tindran caràcter administratiu els contractes següents, sempre que es celebrin per una Administració pública³:

- a) els contractes nominats o típics d'obra, concessió d'obra, concessió de serveis, subministrament i serveis, excepte:
 - els contractes de serveis financers⁴ i els que tinguin per objecte la creació i interpretació artística i literària i els d'espectacles⁵.
 - La subscripció a revistes, publicacions periòdiques i bases de dades.

La D.A. 9ª LCSP declara que la subscripció a publicacions i a bases de dades podrà efectuar-se, qualsevol que sigui llur quantia sempre que no estiguin subjectes a regulació harmonitzada, com a contractes menors, i amb subjecció a les condicions generals que apliquin els proveïdors, fins i tot les relatives a les formes de pagament, sent possible fins i tot el pagament abans de l'entrega, sempre que aquests fossin els usos habituals del mercat.

- b) els contractes declarats així expressament per una llei i els d'objecte diferent als anteriors però que tinguin naturalesa administrativa especial:
 - per estar vinculats al gir o tràfic específic de l'Administració contractant,
 - o per satisfer de forma directa o immediata una finalitat pública de l'específica competència d'aquella.

Els contractes administratius es regiran quant a la seva preparació, adjudicació, efectes, modificació i extinció per la LCSP i les seves disposicions de desenvolupament; supletòriament s'aplicaran les restants normes de dret administratiu i, en el seu defecte, les normes de dret privat. No obstant això, als contractes administratius especials se'ls aplicaran, en primer lloc, les seves normes específiques (article 25.2 LCSP).

L'òrgan jurisdiccional contenciós administratiu és el competent per resoldre les qüestions litigioses relatives a la preparació, adjudicació, efectes, modificació i extinció dels contractes administratius (article 27.1.a) LCSP).

1.2. Els contractes privats de l'Administració: règim jurídic i jurisdicció.

Conforme a l'article 26 LCSP tenen la consideració de privats:

³ Això vol dir que aquest mateixos contractes, quan es celebrin per un poder adjudicador o un altre ens del sector públic, no seran administratius sinó privats.

⁴ Amb número de referència CPV de 66100000-1 a 66720000-3.

⁵ Amb número de referència CPV de 79995000-5 a 79995200-7, i de 92000000-1 a 92700000-8, excepte 92230000-2, 92231000-9 i 92232000-6.

- a) Els contractes que celebrin les Administracions públiques, diferents dels contractes nominats o típics i dels contractes administratius especials. Aquests contractes es regiran, quant a la seva preparació i adjudicació, en defecte de normes específiques, pels articles 115 a 187 LCSP, és a dir, pel gruix de preceptes que regulen l'expedient de contractació, els plecs i els procediments d'adjudicació; i per les seves disposicions de desenvolupament, aplicant-se supletòriament les restants normes de dret administratiu o, en el seu cas, les normes de dret privat, segons correspongui per raó del subjecte o entitat contractant.

Quant als efectes, modificació i extinció, aquests contractes es regeixen pel dret privat. No obstant això, als contractes de serveis financers, de creació i interpretació artística i literària, d'espectacles i de subscripció a revistes, publicacions periòdiques i bases de dades els seran d'aplicació, quan el contracte estigui subjecte a regulació harmonitzada, els articles de la LCSP relatius a

- Condicions especials d'execució.
- Modificació
- Cessió, subcontractació i
- Resolució dels contractes

- b) Els contractes celebrats pels poder adjudicadors que no siguin Administració. Els veurem després amb més detall. Avancem ara que aquests contractes, sempre que siguin objecte de la LCSP, es regiran pels articles 316 a 320 LCSP quant a la seva preparació i adjudicació. Quant als seus efectes i extinció els seran aplicables les normes de dret privat i aquelles a les quals es refereix l'article 319 LCSP.
- c) Els contractes celebrats per altres ens del sector públic que no siguin poders adjudicadors. Els veurem, també, després. Avancem ara que aquests contractes es regiran pels articles 321 i 322 LCSP.

Veiem, doncs, que els denominats àmbits d'aplicació subjectiu i objectiu s'interfereixen mútuament, en la mesura que un mateix contracte nominat (obres, concessió d'obra o de serveis, subministraments o serveis) serà administratiu o no en funció de l'ens contractant. Això ens obliga a distingir entre dues grans categories de contractes privats:

- els que ho són per raó de la naturalesa del contracte, i
- els que ho són per raó de la naturalesa del subjecte contractant.

Dels primers (compravenda, donació, permuta, arrendament i altres), la llei n'efectua un tractament ben peculiar:

- a) no els enumera, ni tan sols a títol enunciatiu, sinó que es defineixen per exclusió a l'article 26.1.a) LCSP en aquests termes: *els que celebrin les Administracions públiques d'objecte diferent...* Aquest article impedeix tenir per completament exclosos aquests contractes de la LCSP, puix que la mateixa norma preveu el règim jurídic aplicable i, en alguns casos, la seva subjecció a la LCSP quant a la seva preparació i adjudicació.
- b) tanmateix, l'article 9.2 els exclou expressament de la LCSP; i aquest article sí que els enumera; es tracta, però, d'una exclusió més aparent que real, insistim, puix que es limita a desplaçar aquests contractes al règim jurídic establert per la normativa patrimonial, per bé que aquesta normativa els tornarà a remetre a la legislació contractual. L'informe 25/08, de 29 de gener de 2009, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat (JCCAE) entén que el règim jurídic aplicable als procediments i formes d'adjudicació dels contractes patrimonials celebrats pels ens locals, és la que resulta de les normes establertes a la Llei 33/2003, de 3 de novembre,

de patrimoni de les Administracions Públiques (LPAP) i les normes de desenvolupament; a Catalunya, el Reglament de patrimoni dels ens locals, aprovat per Decret 336/1988, de 17 d'octubre (RPEL).

L'ordre jurisdiccional contenciós administratiu és el competent per conèixer de les qüestions següents:

- a) Les que es suscitin en relació a la preparació i adjudicació dels contractes privats de les Administracions públiques.
- b) Respecte dels contractes de serveis financers, de creació i interpretació artística i literària, d'espectacles i de subscripció a revistes, publicacions periòdiques i bases de dades, de les impugnacions de les modificacions basades en l'incompliment dels articles 204 i 205, quan estiguin subjectes a regulació harmonitzada.
- c) Les referides a la preparació, adjudicació i modificacions dels contractes celebrats per poders adjudicadors que no tinguin la consideració d'Administració pública.
- d) Les relatives a la preparació i adjudicació de contractes d'ens del sector públic que no siguin poders adjudicadors.
- e) Els recursos jurisdiccional interposats contra les resolucions dels òrgans administratius d'un recurs especial en matèria de contractació (REMC) així com contra la resolució d'un recurs administratiu interposat davant l'Administració tutelar d'un ens del sector públic que no sigui poder adjudicador, contra les actuacions de preparació i adjudicació.
- f) Les qüestions que es suscitin en relació amb la preparació, adjudicació i modificació dels contractes subvencionats als quals es refereix l'article 23 LCSP.

L'ordre jurisdiccional civil serà el competent per resoldre:

- a) Les controvèrsies que es suscitin entre les parts en relació amb els efectes i extinció dels contractes privats dels poders adjudicadors, siguin Administracions públiques o no, amb excepció de les modificacions contractuals.
- b) De les qüestions que es suscitin referides a efectes i extinció dels contractes que celebrin les entitats del sector públic que no tinguin el caràcter de poders adjudicadors.
- c) El coneixement de les qüestions litigioses relatives al finançament privat dels contractes de concessió, llevat d'allò relatiu a l'exercici de potestats administratives que s'atribueixin per la LCSP a l'Administració concedent, respecte de les quals serà competent l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu.

2. LA CLASSIFICACIÓ DELS CONTRACTES PEL SUBJECTE CONTRACTANT.

Hem vist que només els contractes celebrats per una Administració pública tenen caràcter administratiu (25.1 LCSP). Els contractes celebrats pels altres ens del sector públic, fins i tot pels poders adjudicadors que no siguin Administracions públiques, tenen la consideració de contractes privats (26.1.b LCSP).

Cal, doncs, distingir entre Administracions públiques, poders adjudicadors que no siguin Administracions públiques i altres ens del sector públic que no siguin poders adjudicadors, partint de la base que totes les Administracions públiques són poders adjudicadors, i que tots els poders

adjudicadors són ens dels sector públic. Però no a l'inrevés: els ens del sector públic poden ser poders adjudicadors, o no. I els poders adjudicadors poden ser Administracions públiques, o no. Als efectes merament didàctics, per tal de delimitar bé aquests tres nivells és convenient començar pels poders adjudicadors.

2.1. Poders adjudicadors.

En seu local són poders adjudicadors:

- a) les Administracions públiques.
- b) Les fundacions públiques.
- c) Les associacions constituïdes per Administracions o fundacions públiques.

També són poders adjudicadors les altres entitats de dret públic, amb personalitat jurídica pròpia, que hagin estat creades específicament per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial ni mercantil, sempre que un poder adjudicador o més d'un:

- Nomeni més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració, o bé
- Financi majoritàriament la seva activitat, o bé
- Controli la seva gestió.

En seu local, encara que l'ens del sector públic sigui de dret privat i hagi estat creat per satisfer necessitats de caràcter industrial o mercantil, si concorre algun dels tres requisits anteriors, i sempre en concorren dos com a mínim, el més probable és que sigui poder adjudicador atès que el caràcter industrial o mercantil de les necessitats que satisfà l'ens filial normalment no serveix per excloure'l de la consideració de poder adjudicador. Les causes del que afirmem cal trobar-les en la jurisprudència comunitària, particularment en les sentències de condemna del regne d'Espanya que, des de la STJCE de 15 de maig de 2003, vénen dient que la naturalesa industrial o mercantil de les necessitats a satisfer no és merament nominal, sinó que depèn directament de l'objecte real i efectiu de l'ens.

Per aquesta raó a l'esfera local, tant les entitats públiques empresarials com les societats d'ens públic són, pràcticament sempre, poders adjudicadors.

2.2. Administracions públiques.

D'acord amb l'article 3.2 LCSP, en clau local tenen la consideració d'Administracions públiques:

- a) les entitats que integren l'Administració local,
- b) els organismes autònoms locals,
- c) els consorcis i altres entitats de dret públic que siguin poders adjudicadors d'acord amb la definició precedent i, al mateix temps:
 - estiguin vinculats a una o més Administracions públiques, i
 - no es financin majoritàriament amb ingressos de mercat.

S'entén que es financen majoritàriament amb ingressos de mercat quan tinguin la consideració de productor de mercat d'acord amb el sistema europeu de comptes (SEC).

2.3. Altres ens del sector públic.

Són, per exclusió, els altres ens, organismes o entitats que, tot i formar part del sector públic, no són poders adjudicadors *strictu sensu*, per no satisfer necessitats d'interès general i, al mateix temps, perquè cap poder adjudicador:

- no finança majoritàriament la seva activitat,

- ni controla la seva gestió,
- ni nomena més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració.

3. EL CRITERI ECONÒMIC DE LA REGULACIÓ HARMONITZADA.

Aquesta categoria contractual només existirà quan l'entitat contractant tingui el caràcter de poder adjudicador, sigui Administració pública o no (article 19.1 LCSP).

Els articles 19 a 23 LCSP regulen els denominats contractes subjectes a una regulació harmonitzada, que són aquests:

- a) Els contractes d'obra, concessió d'obres i concessió de serveis el valor estimat dels quals sigui igual o superior a 5.548.000.- €⁶.
- b) Els contractes de subministrament el valor estimat dels quals sigui igual o superior a 221.000.- €.
- c) Els contractes de serveis el valor estimat dels quals sigui igual o superior a 221.000.- €.
- d) Els contractes que tinguin per objecte els serveis socials i altres serveis específics enumerats a l'annex IV el valor estimat dels quals sigui igual o superior als 750.000.- €.
- e) Els contractes d'obra i de serveis dels mateixos imports anteriors que realitzin tercers subvencionats en més d'un 50 per 100 per poders adjudicadors, sempre que pertanyin a alguna de les categories que enumera l'article 23.1. LCSP.

4. RÈGIM JURÍDIC DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES.

Els contractes que celebrin les Administracions públiques s'adjudicaran d'acord amb els articles 115 a 187 LCSP, això és:

- a) per procediment obert (156 a 159 LCSP).
- b) per procediment restringit (160 a 165).
- c) per procediment negociat (166 a 171).
- d) per diàleg competitiu (172 a 176).
- e) Per procediment d'associació per a la innovació (177 a 182).
- f) per concurs de projectes (183 a 187).

Als anteriors procediments hem d'afegir-hi els contractes menors, que l'article 118.1 defineix exclusivament per raó de la quantia, en ambdós casos sense IVA (article 101.a. LCSP):

- a) els contractes d'obres d'import inferior als 40.000.- €
- b) els contractes de subministrament i serveis d'import inferior als 15.000.- €⁷.

⁶ Com s'ha dit, aquestes quanties han estat fixades per l'Ordre HFP/1298/2017, de 26 de desembre, per la que es fixen els límits dels diferents tipus de contractes a efectes de contractació a partir de l'1 de gener de 2018 (BOE n. 316, de 29.12.2017) i romandran vigents fins el 31.12.2019.

⁷ S'ha produït una reducció dels imports dels contractes menors, de 50.000.- € a 40.000.- €, en obres, i de 18.000.- € a 15.000.- €, en serveis i subministraments. En les concessions no existeix aquesta categoria de contractes.

Pel que fa als contractes menors, com a novetats principals cal destacar la necessitat de tramitar un expedient de contractació fins i tot en aquest contractes. Així es desprèn de l'article 118 LCSP, segons el qual en els contractes menors la tramitació de l'expedient exigirà:

- a) l'informe de l'òrgan de contractació motivant la necessitat del contracte;
- b) l'aprovació de la despesa i la incorporació de la factura;
- c) el pressupost, respecte dels contractes menors d'obres;
- d) l'informe justificatiu que no s'està alterant l'objecte del contracte per evitar l'aplicació de les regles generals de la contractació i que el contractista no ha subscrit més contractes més contractes menors que individualment o conjunta superin la xifra màxima de 40.000.- € o 15.000.- €, havent de comprovar l'òrgan de contractació el compliment d'aquesta regla.

Respecte d'aquest darrer informe s'ha suscitat una estranya controvèrsia en relació amb la porció subratllada, la qual no s'està referint a la impossibilitat de subscripció de més d'un contracte menor amb el mateix operador econòmic, si aquests superen els anteriors límits quantitius, sinó que cal, al mateix temps, que tots els contractes subscrits *es refereixin al mateix objecte el qual s'estigui alterant per evitar l'aplicació de les regles generals de la contractació*. Si les prestacions objecte dels contractes menors celebrats amb un mateix operador són qualitativament diferents i no formen una unitat, no hi ha problema en què superin els anteriors límits quantitius, ja que la llei no ho prohibeix, i seria absurd que la prohibició s'introduís en seu de justificació documental, que en això consisteix aquest informe.

Abunda aquesta interpretació el recent informe 42/2017 de la JCCPE, la qual fins i tot admet –i així ho reitera l'informe 5/2018 de la mateixa JCCPE- que coincideixi l'objecte i l'operador si ha transcorregut un any des de la data d'aprovació de la despesa del nou contracte.

Al costat dels anteriors procediments d'adjudicació la llei preveu unes diverses modalitats de tramitació dels expedients, que ara només enumerem, i que vénen regulades als articles 116, següents i 143 LCSP:

- a) tramitació ordinària (116 LCSP).
- b) tramitació anticipada (117.2).
- c) tramitació abreujada, en les dues modalitats de
 - tramitació urgent (119).
 - tramitació d'emergència (120).
- d) tramitació per subhasta electrònica (143 LCSP).

La tramitació anticipada segueix el mateix esquema previst fins ara a l'article 110.2 TRLCSP: els expedients de contractació poden adjudicar-se i formalitzar-se l'exercici anterior a aquell en el qual s'iniciaran les prestacions, i els compromisos de crèdits ho seran sota la condició suspensiva de l'aprovació del pressupost corresponent.

La tramitació urgent segueix el mateix esquema immediatament anterior (article 112TRLCSP):

- e) Continua exigint-se una declaració d'urgència motivada a l'expedient feta per l'òrgan de contractació.
- f) Els terminis establerts per la LCSP es reduiran a la meitat, amb les excepcions que veurem a continuació.

- g) El termini d'inici en l'execució del contracte no podrà excedir d'un mes des de la seva formalització.

La reducció dels terminis a la meitat s'excepciona en els supòsits següents:

- a) El termini de presentació de proposicions en el procediment obert d'obres, serveis i subministraments harmonitzats no serà inferior a 15 dies des de la data d'enviament de l'anunci al DOUE (articles 156.3.b LCSP). Aquesta reducció no s'aplica mai als contractes de concessió harmonitzats.
- b) El termini de presentació de sol·licituds en els procediments restringit i de licitació amb negociació d'obres, serveis i subministraments harmonitzats no serà inferior a 15 dies des de la data d'enviament de l'anunci al DOUE (article 161.1 LCSP) i el termini de presentació de proposicions no serà inferior a 10 dies des de la data d'enviament de la invitació escrita (article 164.1.b LCSP). Aquesta reducció no s'aplica mai als contractes de concessió harmonitzats.
- c) Els terminis de presentació de sol·licituds en els procediments de diàleg competitiu i d'associació per a la innovació en contractes d'obres, serveis i subministraments harmonitzats no seran susceptibles de reducció. Aquesta reducció no s'aplica mai als contractes de concessió harmonitzats.
- d) El termini de sis dies abans de finalitzar el termini de presentació d'ofertes, per tal que els serveis de l'òrgan de contractació facilitin informació addicional, es redueix a quatre en els contractes d'obres, serveis i subministraments harmonitzats que s'adjudiquin per procediments obert i restringit.
- e) Els terminis del procediment obert simplificat, tant de tramitació ordinària com abreujada no es veuen reduïts en cap cas per la declaració d'urgència.
- f) Com fins ara, el termini de quinze dies hàbils d'espera des de la tramesa de la notificació de l'adjudicació per formalitzar el contracte, no es veu tampoc reduït en cap cas per la declaració d'urgència.

5. RÈGIM JURÍDIC DELS PODERS ADJUDICADORS NO ADMINISTRACIÓ.

El règim jurídic dels poders adjudicadors que no tenen la condició d'Administració pública ve establert en el títol I del Llibre Tercer de la LCSP, articles 316 a 320, en aquests termes:

- a) La preparació i adjudicació dels contractes subjectes a regulació harmonitzada es regirà pels articles 115 a 187 de la LCSP, això és, pel gruix de la regulació de la contractació administrativa referida a l'expedient de contractació, als plecs i als procediments d'adjudicació.
- b) En l'adjudicació dels contractes no subjectes a regulació harmonitzada s'aplicaran les regles següents:
- Els denominats contractes menors, la quantia dels quals baixa a 40.000.- € en obres i concessions, i a 15.000.- € en serveis i subministraments, podran adjudicar-se directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar que compti amb l'habilitació professional necessària per realitzar la prestació objecte del contracte.

- Els contractes d'obres i concessions de valor estimat igual o superior a 40.000.- € i inferior a 5.548.000.- € i els contractes de serveis i subministraments de valor estimat superior a 15.000.- € i inferior a 221.000.- € es podran adjudicar per qualssevol dels procediments anteriors⁸.
- c) Els efectes i extinció es regiran per les normes de dret privat. No obstant això els seran d'aplicació els articles següents:
- Article 201 sobre obligacions mediambientals, socials o laborals.
 - Article 202 sobre condicions especials d'execució.
 - Articles 203 a 205 sobre modificació dels contractes.
 - Articles 214 a 217 sobre cessió i subcontractació.
 - Articles 218 a 228 sobre racionalització tècnica de la contractació
 - Articles 198.4, 210.4 i 243 sobre condicions de pagament.
- d) Si la modificació del contracte no vingués prevista en el PCAP, si el seu import és igual o superior als 6.000.000.- € i la quantia de la modificació, aïllada o conjuntament, és superior al 20 per 100 del preu inicial del contracte, IVA exclòs, serà necessari acord de l'ens matriu tutelant, és a dir, el ple de l'Ajuntament, i dictamen preceptiu de la Comissió Jurídica Assessora.
- e) En aquests contractes serà en tot cas causa de resolució la impossibilitat d'executar la prestació en els termes inicialment pactats, quan no sigui possible modificar el contracte en els termes dels articles 204 i 205 LCSP, així com l'impagament de salaris a treballadors o l'incompliment de convenis col·lectius durant l'execució del contracte.
- f) Als contractes de concessió d'obra o serveis els seran d'aplicació les causes de resolució específiques dels articles 279 i 294, per a cadascun d'ells. No obstant això, el rescat, la supressió de l'explotació i el segrest s'haurà d'acordar per l'òrgan tutelant de l'ens matriu, o sigui el ple.
- g) En els contractes de serveis consistents en l'elaboració íntegra d'un projecte d'obres s'exigirà la responsabilitat del contractista per defectes o errors del projecte, de conformitat amb l'article 314 LCSP.

Les dues novetats principals respecte dels poders adjudicadors, són aquestes:

- h) desapareixen les instruccions internes⁹.
- i) Es residencien en la jurisdicció contenciosa administrativa les controvèrsies relatives a la preparació, adjudicació i modificacions de tots els seus contractes.

⁸ Excepte el procediment negociat sense publicitat que només es podrà utilitzar en els supòsits del 168 LCSP.

⁹ Tot i que podria semblar que la disposició transitòria cinquena LCSP adreça un mandat d'adaptació de les instruccions internes a tots els ens del sector públic, en un termini màxim de quatre mesos des de l'entrada en vigor de la llei, en realitat aquest mandat només va adreçat als ens del sector públic que no són poders adjudicadors, ja que pel que fa als poders adjudicadors, les instruccions internes desapareixen i, per tant, el més convenient és derogar-les.

6. RÈGIM JURÍDIC DELS ALTRES ENS DEL SECTOR PÚBLIC.

El règim jurídic dels altres ens del sector públic que no siguin poders adjudicadors ve establert en els articles 321 i 322, en aquests termes:

- a) Els òrgans competents aprovaran unes instruccions en les quals regulin els procediments de contractació de forma que quedi garantida l'efectivitat dels principis de publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no discriminació, així com que els contractes s'adjudiquen a qui presenti la millor oferta en els termes de l'article 145 LCSP. Aquestes instruccions es publicaran en el perfil de contractant de l'ens.
- b) No obstant això, podran adjudicar contractes, fins a la quantia dels menors sense aplicar les instruccions aprovades, a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar que compti amb l'habilitació professional necessària per realitzar la prestació objecte del contracte.
- c) I en contractes de valor estimat igual o superior al dels menors les instruccions internes hauran de servir, com a mínim, les regles següents:
 - L'anunci de licitació es publicarà en el perfil de contractant.
 - El termini de presentació d'ofertes serà raonable per preparar-les.
 - L'adjudicació recaurà en la millor oferta conforme al 145 LCSP.
 - La selecció del contractista, motivada, es publicarà al perfil.
- d) Podran establir sistemes per a la racionalització de la contractació, com els acords marc o els sistemes dinàmics d'adquisició.
- e) L'òrgan de tutela de l'ens matriu, és a dir, el ple de l'Ajuntament, controlarà l'aplicació d'aquestes regles en els termes que reglamentàriament s'estableixin.
- f) Les actuacions de preparació i adjudicació d'aquests contractes s'impugnaran en via administrativa conforme a la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú (LPAC) davant l'ens tutelant.
- g) Els efectes, modificació i extinció es regularan per les normes de dret privat.
- h) En els contractes de serveis consistents en l'elaboració íntegra d'un projecte d'obres s'exigirà la responsabilitat del contractista per defectes o errors del projecte, de conformitat amb l'article 314 LCSP.

Les dues novetats més importants pel que fa als altres ens del sector públic que no són poders adjudicadors és que es residencien en la jurisdicció contenciosa administrativa les controvèrsies:

- a) Relatives a la preparació i adjudicació dels seus contractes, prèvia resolució de l'alçada impròpia per l'ens matriu.
- b) Relatives a les seves instruccions internes, atesa llur naturalesa de reglaments, en la mesura que no s'esgoten amb la seva aplicació i són revocables *ad nutum*. Només així pot interpretar-se el mandat de l'article 41.2 LCSP, de nova factura, segons el qual tindran la consideració d'actes administratius els actes preparatoris i d'adjudicació dels contractes dels ens del sector públic que no siguin Administracions públiques, així com els dels contractes subvencionats de l'article 23 LCSP.

II. EL RECURS ESPECIAL I EL RÈGIM D'INVALIDESA DELS CONTRACTES.

1. EL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC (TCCSP).

La Directiva 2007/66/CE del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de desembre de 2007, modificà les directives 89/665/CEE i 92/13/CEE del Consell pel que fa a la millora de l'eficàcia dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació de contractes públics, bo i establint l'obligació dels estats membres de la UE de crear un òrgan independent competent per conèixer els recursos en matèria de contractació pública.

Fins a la Llei 34/2010, de 5 d'agost, l'article 37 LCSP/07 establia que era el mateix òrgan de contractació qui resolvia el REMC; però la Comissió Europea va considerar que aquesta previsió no complia els requisits d'independència ni garantia una protecció jurídica plena. Per això la Llei 34/2010 encomanà la resolució d'aquest recurs -i de la qüestió de nul·litat, ara suprimida- a un òrgan independent de nova creació.

El Tribunal administratiu central de recursos contractuals (TACRC) fou, a partir de la Llei 34/2010 -i continua sent en l'actualitat- l'òrgan que coneix i resol els REMC (i fins ara també les qüestions de nul·litat) i les mesures provisionals o cautelars en l'àmbit de l'Administració de l'Estat. En l'àmbit de les comunitats autònomes la Llei 34/2010 preveïa dues possibilitats:

- a) l'atribució de la competència per a la resolució dels REMC als òrgans independents creats per les Comunitats autònomes, o
- b) la seva atribució al TACRC. En aquest segon cas l'atribució s'articula a través de la celebració d'un conveni.

A l'esfera local la competència per resoldre els REMC és establerta per les normes autonòmiques que atribueixen la competència a l'òrgan independent autonòmic i, en el supòsit de falta de previsió expressa en la legislació autonòmica, la competència correspon al mateix òrgan al qual la Comunitat Autònoma hagués atribuït la competència resolutòria.

El Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP) transformà l'OARCC en TCCSP i n'establí la seva naturalesa i règim jurídic, l'àmbit d'actuació, la seu, la composició, el mandat, l'estatut personal, les funcions, els principis d'actuació i les normes de procediment.

2. EL RECURS ESPECIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ.

Una de les novetats importants de la nova LCSP és que estén el REMC a quanties inferiors a les dels imports harmonitzats. Al mateix temps amplia el seu objecte, que inclou els encàrrecs a medis propis, les modificacions contractuals o el rescat de les concessions. Però potser la novetat més important en aquesta matèria és que desapareix la qüestió de nul·litat contractual, la qual s'integra en el REMC.

2.1. Naturalesa, objecte i legitimació activa en el REMC.

A la LCSP roman la naturalesa potestativa del REMC perquè així la declara l'article 44.7 LCSP, tot i que en el projecte de llei s'optà per la seva naturalesa obligatòria.

S'ha dit¹⁰ que, fins a la Llei 34/2010, el REMC era un recurs precontractual de caràcter administratiu obligatori, en el sentit que era requisit necessari per al posterior accés a la jurisdicció contenciosa administrativa. Amb la reforma de la Llei 34/2010 aquest recurs continuà sent precontractual, ampliant-se el seu objecte a tots els actes anteriors a la formalització del contracte, per bé que encomanant-se la seva resolució a òrgans independents, com ja hem vist, i de naturalesa potestativa. El REMC deixà de ser obligatori i passà a ser potestatiu (article 40.6 TRLCSP), el que vol dir que l'interessat podia saltar-se'l i acudir directament a la via contenciosa administrativa. La naturalesa potestativa del REMC havia estat defensada pel Consell d'Estat en el seu dictamen 499/2010, de 29 d'abril.

Una vegada més s'ha imposat el criteri del Consell d'Estat que, de nou, en el seu dictamen 1.116/2015, de 10 de març de 2016, ha apostat per la seva naturalesa potestativa.

El REMC ve regulat en els articles 44 a 60 LCSP. De conformitat amb el primer d'ells seran susceptibles del REMC:

- a) els contractes d'obres el valor estimat dels quals sigui superior a tres milions d'euros, i de subministraments i de serveis que tinguin un valor estimat superior als 100.000.- €.
- b) Els acords marc i sistemes dinàmics d'adquisició que tinguin per objecte la celebració d'algun dels contractes tipificats a la lletra anterior, així com els contractes basats en qualsevol d'ells.
- c) Els contractes de concessió d'obres o de concessió de serveis el valor estimat dels quals superi els tres milions d'euros.
- d) Els contractes administratius especials, quan, per les seves característiques no sigui possible fixar el seu preu de licitació o, en altre cas, quan el seu valor estimat sigui superior a l'establert per als contractes de serveis.
- e) Els contractes subvencionats de l'article 23 LCSP, i els encàrrecs quan, per les seves característiques no sigui possible fixar el seu import o, en altre cas, quan aquest, atesa la seva duració total més pròrrogues, sigui igual o superior a l'establert per als contractes de serveis.

No es donarà el REMC en relació amb els procediments d'adjudicació que es segueixin pel tràmit d'emergència (article 44.4 LCSP).

Contra les actuacions susceptibles de REMC no procedirà la interposició de recursos administratius ordinaris (article 44.5 LCSP).

En els termes de l'article 44.6 LCSP, els actes que es dictin en els procediments d'adjudicació de contractes de les Administracions públiques que no admetin REMC podran ser objecte de recurs de conformitat amb allò disposat a la LPAC; així com en la Llei 28/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (LJCA).

Les actuacions realitzades per poders adjudicadors no Administracions públiques podran ser impugnades en via administrativa conforme a la LPAC.

L'article 44.2 LCSP declara que podran ser objecte de recurs les actuacions següents:

¹⁰ AAVV. Contratación del sector público local. 2ª ed. La Ley. El Consultor. Isabel Gallego Córcoles. Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

- a) els anuncis de licitació, els plecs i els documents contractuals que estableixin les condicions que hagin de regir la contractació.
- b) els actes tràmit que decideixin directament o indirecta sobre l'adjudicació, determinin la impossibilitat de continuar el procediment o produeixin indefensió o perjudici irreparable en els drets o interessos legítims, com ara els actes de la mesa o de l'òrgan de contractació excloent un licitador o una oferta, fins i tot per baixa temerària.
- c) els acords d'adjudicació.
- d) Les modificacions basades en l'incompliment de l'establert en els articles 204 i 205 LCSP, per entendre que la modificació havia de ser objecte d'una nova adjudicació.
- e) La formalització dels encàrrecs a medis propis en els casos en què aquests no compleixin els requisits legals
- f) Els acords de rescat de concessions.

Pel que fa a la legitimació activa, disposa l'article 48 LCSP que podrà interposar el REMC tota persona física o jurídica els drets o interessos legítims de la qual s'hagin vist perjudicats o puguin resultar afectats per les decisions objecte de recurs.

També estan legitimades les organitzacions sindicals quan de les actuacions o decisions recurribles pogués deduir-se fundadament que durant l'execució del contracte s'incompliran pel contractista les obligacions socials o laborals respecte dels treballadors que participin en la realització de la prestació. En tot cas s'entendrà legitimada l'organització empresarial sectorial representativa dels interessos afectats.

La naturalesa potestativa del REMC produeix una disfunció. Si l'interessat impugna directament l'adjudicació definitiva davant la jurisdicció contenciosa administrativa, el termini d'interposició del recurs ja no serà de 15 dies sinó de dos mesos, i la suspensió de l'eficàcia de l'adjudicació ja no serà automàtica sinó que s'haurà de demanar en seu jurisdiccional, el que vol dir que l'adjudicació haurà desplegat ja la seva eficàcia a través de la perfecció del contracte (formalització), ja que no s'haurà produït la seva suspensió automàtica, i el contracte segurament ja s'haurà iniciat.

2.2. Mesures cautelars administratives (article 49 LCSP).

Abans d'interposar-se el REMC els legitimats poden sol·licitar mesures provisionals adreçades a:

- a) corregir les infraccions de procediment,
- b) impedir que es causin altres perjudicis.

Conforme a l'article 53 LCSP aquesta suspensió serà automàtica si l'acte recorregut és l'adjudicació, llevat en el supòsit de contractes basats en un acord marc o de contractes específics en el marc d'un sistema dinàmic d'adquisició, sense perjudici de les mesures cautelars que s'escaiguin en virtut de l'article 56.3 LCSP, el qual preveu que es puguin sol·licitar en el propi REMC o bé després de la presentació del REMC.

La suspensió del procediment no afectarà en cap cas al termini concedit per a la presentació d'ofertes o proposicions pels interessats, llevat que s'acordi el contrari per l'òrgan competent.

2.3. Inici del procediment (articles 50 a 52 LCSP).

L'interessat té dret a examinar l'expedient de forma prèvia a la interposició del recurs sol·licitant-lo a l'òrgan de contractació, el qual està obligat a posar-lo de manifest.

El procediment de recurs s'iniciarà mitjançant escrit que haurà de presentar-se en el termini de quinze dies hàbils. En funció de l'acte recorregut aquest termini es computarà, o des del dia següent al de la publicació en el perfil de contractant, o des del lliurament del document que s'impugni¹¹.

Amb caràcter general no s'admetrà recurs contra els plecs i documents contractuals si el recurrent amb caràcter previ a la seva interposició, hagués presentat oferta, sense perjudici d'allò previst per als supòsits de nul·litat absoluta.

Desapareix en la nova llei, la necessitat d'enunciar el REMC davant l'òrgan de contractació, si bé, com hem vist, és possible interposar-lo davant d'aquest òrgan.

2.4. Tramitació del procediment (articles 54 a 56 LCSP).

Les comunicacions i intercanvi de documentació entre els òrgans competents per a la resolució del recurs, els òrgans de contractació i els interessats es farà per medis electrònics.

L'òrgan encarregat de resoldre el recurs podrà declarar la seva inadmissió en els casos següents:

- a) Incompetència de l'òrgan.
- b) Falta de legitimació activa o d'acreditació de representació.
- c) Haver-se interposat contra actes no susceptibles de REMC.
- d) Haver-se interposat fora de termini.

El procediment de resolució del REMC es tramita d'acord amb la LPAC amb les especialitats següents:

- interposat el recurs el TCCSP el remet el mateix dia a l'òrgan de contractació i li reclama l'expedient de contractació, que aquest li haurà de trametre en els 2 dies hàbils següents, juntament amb el seu informe. Si el recurs s'interposa davant l'òrgan de contractació, en el mateix termini ha de fer les mateixes remissions a l'òrgan resolutori.
- dins dels 5 dies hàbils següents al de la interposició del REMC, el TCCSP ha de fer el següent:
 - a. en dona trasllat a tots els interessats per tal que en el termini de 5 dies hàbils puguin formular al·legacions.
 - b. simultàniament, en el mateix termini decideix sobre les mesures cautelars sol·licitades en el mateix escrit d'interposició del REMC.
 - c. resol si procedeix o no el manteniment de la suspensió automàtica de l'adjudicació, entenent-se aquesta suspesa fins que no es dicti resolució expressa acordant el seu aixecament.

¹¹ No obstant això quan el recurs es fonamenti en alguna de les causes de nul·litat de l'article 39.2, lletres c), d), e), i f) el termini d'interposició serà de trenta dies o de sis mesos des de la formalització del contracte.

- el TCCSP pot obrir un període de prova de 10 dies hàbils, si no té per certs els fets al·legats, o els interessats ho sol·liciten, o la naturalesa del procediment ho exigeix, sent admissible qualsevol medi de prova, per bé que poden ser rebutjades motivadament les que siguin manifestament improcedents o innecessàries.
- el TCCSP ha de garantir la confidencialitat i el dret a la protecció dels secrets comercials, per bé que aquesta documentació pot ser presa en consideració a l'hora de resoldre.
- Correspon al TCCSP resoldre com garantir la confidencialitat i el secret de la informació sense que resultin perjudicats els drets de la resta d'interessats a la protecció jurídica efectiva i al dret de defensa en el procediment

2.5. Resolució del procediment (articles 57 a 60 LCSP).

Superats els tràmits precedents el TCCSP resol el recurs en el termini de 5 dies hàbils i notifica la resolució a tots els interessats. La resolució podrà estimar o desestimar totalment o parcial les qüestions plantejades, per bé que haurà de ser congruent amb la petició.

La resolució haurà d'acordar l'aixecament de la suspensió de l'acte d'adjudicació, així com de la resta de mesures cautelars adoptades, així com la devolució de les garanties vinculades a l'adopció d'aquestes.

Transcorreguts dos mesos comptats des del següent a la interposició del recurs sense que s'hagués notificat la seva resolució, l'interessat podrà considerar-lo desestimat a efectes d'interposar recurs contenciós administratiu.

A sol·licitud de l'interessat, mai d'ofici, podrà imposar-se a l'òrgan de contractació l'obligació d'indemnitzar l'interessat per danys i perjudicis. Aquesta indemnització es calcularà conforme als articles 32 a 37 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (LRJSP) i haurà de rescabalar al reclamant, com a mínim en les despeses ocasionades per la preparació de l'oferta (article 58 LCSP).

Si el TCCSP aprecia temeritat o mala fe podrà imposar una multa al recurrent d'entre 1.000 i 30.000.- €, en funció de la mala fe apreciada o del perjudici ocasionat a l'òrgan de contractació i als restants licitadors, així com del càlcul dels beneficis obtinguts.

Contra la resolució de el TCCSP només hi cap RCA davant la Sala del contenciós administratiu del TSJC, conforme a la redacció de l'article 10.1.k) LJCA donada per la pròpia Llei 34/2010, de 9 d'agost.

III. NEGOCIS I CONTRACTES EXCLOSOS.

Els articles 4 a 11 regulen els negocis i contractes exclosos de l'àmbit d'aplicació de la LCSP, els quals es regiran per les seves normes especials, aplicant-se els principis d'aquesta llei per resoldre els dubtes i llacunes que poguessin presentar-se.

Desdenyarem l'anàlisi dels negocis i contractes exclosos en l'àmbit de la Defensa i de la Seguretat (article 5 LCSP); en l'àmbit internacional (article 7 LCSP) i en la investigació i desenvolupament (article 8 LCSP), per considerar que aquestes matèries es troben molt allunyades de l'Administració Local.

1. RELACIONS JURÍDIQUES EXCLOSES EN L'ÀMBIT PATRIMONIAL

L'article 9 LCSP exclou del seu àmbit d'aplicació

- a) les autoritzacions i concessions sobre béns demaniais i els contractes d'explotació de béns patrimonials, que es regularan per la seva legislació específica, llevat dels casos que expressament es declarin d'aplicació les prescripcions d'aquesta llei;
- b) els contractes de compravenda, donació, permuta, arrendament i altres negocis jurídics anàlegs sobre béns immobles, valors negociables i propietats incorporals, que tindran sempre el caràcter de contractes privats i es regiran per la legislació patrimonial.

Com hem vist, la legislació patrimonial declara expressament d'aplicació les prescripcions d'aquesta llei tant a les concessions i contractes d'explotació patrimonial, com als contractes patrimonials o privats. Es tracta, en conseqüència, d'una "exclusió trampa". Aquests negocis, en qualificar-se de contractes privats, els són d'aplicació les previsions de l'article 26.2 LCSP el qual declara que es regiran, quant a la seva preparació i adjudicació, en defecte de normes específiques, pels articles 115 a 187 LCSP que són els que regulen el gruix dels expedients de contractació, dels plecs i dels procediments d'adjudicació. Només quant als seus efectes i extinció aquests contractes es regiran pel dret privat. Ens hem de quedar, doncs, amb el contingut d'aquest darrer mandat.

2. NEGOCIS I CONTRACTES EXCLOSOS EN L'ÀMBIT FINANCER.

L'article 10 LCSP exclou els contractes de serveis financers, operacions de préstec i de tresoreria. A diferència dels contractes patrimonials, aquesta exclusió no és posteriorment "rebotada" a l'àmbit d'aplicació de la LCSP per una norma especial, raó per la qual no és possible interpretar que a aquests contractes se'ls aplica l'article 26.2 LCSP amb preferència a l'article 10 LCSP, atesa la seva naturalesa de privats. No és possible perquè el principi d'especialitat ho impedeix. Aquests contractes són exclosos específicament per un article de la llei, l'article 10, que s'hi refereix en exclusiva, raó per la qual ens decantem a interpretar que preval aquest article 10 per sobre del 26.2 LCSP.

3. ALTRES NEGOCIS O CONTRACTES EXCLOSOS.

Com ha fet fins ara l'article 4 TRLCSP, l'article 11 LCSP acaba exclouent, també, de l'àmbit d'aplicació de la llei:

- a) la relació de servei dels funcionaris públics i dels contractats laborals.
- b) les relacions jurídiques consistents en la prestació d'un servei públic la utilització del qual pels usuaris requereixi l'abonament d'una tarifa, taxa o preu públic.
- c) Els contractes relatius a serveis d'arbitratge i conciliació.

I també queden exclosos de l'àmbit d'aplicació de la llei, conforme al mateix article 11 LCSP:

- a) Els contractes pels quals una entitat del sector públic s'obligui a entregar béns o drets o a prestar algun servei, sense perjudici que l'adquirent dels béns o receptor dels serveis, si és un ens del sector públic subjecte a la llei, hagi d'ajustar-se a les prescripcions per a la celebració del corresponent contracte.

- b) Els contractes que tinguin per objecte serveis relacionats amb campanyes polítiques quan siguin adjudicats per un partit polític.
- c) La prestació de serveis socials per entitats privades, sempre que aquesta es realitzi sense necessitat de celebrar contractes públic, a través, entre altres medis, del simple finançament d'aquests serveis om la concessió de llicències o autoritzacions a totes les entitats que compleixin les condicions prèviament fixades per un poder adjudicador, sense límits ni quotes, i que aquest sistema garanteixi una publicitat suficient i s'ajusti als principis de transparència i no discriminació.

4. CONVENIS I ENCÀRRECS DE GESTIÓ.

L'article 6.1 LCSP exclou del seu àmbit d'aplicació els convenis el contingut dels quals no estigui comprès en el dels contractes que regula la llei, celebrats entre sí per les diferents Administracions públiques territorials, les Entitats gestores i serveis comuns de la Seguretat Social, les Universitats públiques, les entitats amb personalitat jurídica pública dependents d'elles i les entitats amb personalitat jurídica privada, sempre que, en aquest darrer cas, tinguin la condició de poder adjudicador. Aquesta modalitat és la que l'article 31.1 LCSP denomina "sistemes de cooperació horitzontal".

Per tal que es produeixi l'exclusió cal que s'acompleixin simultàniament les tres condicions següents:

- a) Les entitats intervinents no han de tenir vocació de mercat, la qual es presumirà quan realitzin en el mercat obert un percentatge igual o superior al 20 per 100 de les activitats objecte de col·laboració, que es calcularà atenent al promig del volum de negocis total o un altre indicador alternatiu d'activitat apropiat.
- b) Que el conveni estableixi o desenvolupi una cooperació entre les entitats participants amb la finalitat de garantir que els serveis públics que els incumbeixen els presten de manera que s'assoleixin els objectius que tenen en comú.
- c) Que el desenvolupament de la cooperació es guia únicament per consideracions relacionades amb l'interès públic.

Estan també excloses de l'àmbit de la present LCSP els convenis que celebrin les entitats del sector públic amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, sempre que el seu contingut no estigui comprès en el dels contractes regulats en aquesta llei o en normes administratives especials (article 6.2 LCSP).

Així mateix queden exclosos els encàrrecs de gestió regulats en la legislació vigent en matèria de règim jurídic del sector públic (article 6.3 LCSP).

IV. EXECUCIÓ DIRECTA I ENCÀRRECS A MEDIS PROPIS.

En aquest capítol estudiarem l'execució directa de prestacions per l'Administració pública amb la col·laboració d'empresaris particulars o a través de medis propis no personificats; els sistemes de cooperació pública vertical i horitzontal; els encàrrecs dels poders adjudicadors a medis propis personificats i els encàrrecs dels ens del sector públic, no poders adjudicadors, a medis propis personificats.

1. EXECUCIÓ DIRECTA DE PRESTACIONS PER L'ADMINISTRACIÓ.

1.1. Execució d'obres.

Preveu l'article 30.1 LCSP que l'execució d'obres podrà realitzar-se pels serveis propis de l'Administració, ja sigui amb medis propis no personificats o amb la col·laboració d'empresaris particulars quan concorri alguna de les circumstàncies següents:

- a) Que l'Administració tingui muntades fàbriques, mestrances, arsenals o serveis tècnics o industrials suficientment aptes per a la realització de la prestació, supòsit en el qual caldrà que s'utilitzi normalment aquest sistema d'execució.
- b) Que l'Administració posseeixi elements auxiliars utilitzables, la utilització dels quals suposi una economia superior al 5 per 100 de l'import del pressupost del contracte o una major celeritat en la seva execució, justificant-se, en aquest cas les avantatges que comporti.
- c) Que en la licitació prèviament efectuada no hi hagi hagut ofertes d'empresaris.
- d) Quan es tracti d'un supòsit d'emergència, d'acord amb l'article 120.
- e) Quan, atesa la naturalesa de la prestació, sigui impossible la fixació prèvia d'un preu cert o la d'un pressupost per unitats simples de treball.
- f) Quan sigui necessari rellevar al contractista de realitzar algunes unitats d'obra per no haver-se arribat a un acord en els preus contradictoris corresponents.
- g) Les obres de mera conservació i manteniment, definides a l'article 232.5 LCSP.
- h) Excepcionalment, l'execució d'obres definides en virtut d'un avantprojecte, quan no s'apliqui l'article 146.2 relatiu a la valoració de les ofertes amb més d'un criteri de valoració.

En els supòsits de les lletres a), b), c), e), f) anteriors, caldrà redactar-se el corresponent projecte.

Conforme a l'article 30.5 LCSP, l'autorització de l'execució d'obres i, en el seu cas, l'aprovació del projecte, correspondrà a l'òrgan competent per a l'aprovació de la despesa, a qui correspondran també els encàrrecs a medis propis regulats als articles 32 i 33 LCSP.

1.2. Prestació de serveis.

Finalment, disposa l'article 30.3 LCSP que la prestació de serveis es realitzarà normalment per la pròpia Administració pels seus propis medis. No obstant això, quan es trobi mancada de medis suficients, prèvia la deguda justificació en l'expedient, es podrà contractar de conformitat amb els articles 308 a 315 LCSP.

1.3. Necessitat, idoneïtat i eficiència en la contractació.

L'anterior justificació documental ha de ser feta simultàniament amb la justificació de la necessitat i idoneïtat del contracte que exigeix l'article 28.1 LCSP, segons el qual els ens del sector públic no podran celebrar altres contractes que aquells que siguin necessaris per al compliment i realització dels seus fins institucionals. A aquests efectes, la naturalesa i extensió de les necessitats que pretenguin cobrir-se mitjançant el contracte projectat han de ser determinades amb precisió, així com la idoneïtat del seu objecte i contingut per satisfer-les,

deixant-ne constància en la documentació preparatòria, abans d'iniciar el procediment encaminat a la seva adjudicació.

L'article 28 LCSP preveu encara tres mandats més adreçats als ens del sector públic:

- a) Valoraran si incorporen consideracions socials, mediambientals i d'innovació. Aquesta exigència serà estudiada sistemàticament, juntament amb aquestes clàusules.
- b) Podran celebrar contractes derivats de projectes promoguts per la iniciativa privada, particularment en els casos de contractes de concessions.
- c) Programaran l'activitat de contractació pública per exercicis pressupostaris o períodes plurianuals i donaran a conèixer el seu pla de contractació anticipadament mitjançant l'anunci d'informació prèvia que regula l'article 134 LCSP.

1.4. Execució d'obres en col·laboració amb empresaris particulars.

Quan l'execució d'obres (o la fabricació de béns mobles) s'efectuï en col·laboració amb empresaris privats, el règim jurídic d'aquests contractes ja no serà el d'un contracte administratiu especial, com fins ara determinava l'article 24.4 TRLCSP, sinó que serà el previst per als contractes d'obres o de subministraments (article 30.4 LCSP) mitjançant els procediments previstos a l'article 131 LCSP. En el cas d'obres, la contractació amb col·laboradors no podrà sobrepassar el 60 per 100 de l'import total projectat.

En aquests casos, l'article 13.3 *in fine* LCSP admet que l'obra que es contracti no sigui una obra completa d'acord amb la definició que s'hi fa en aquell article, sempre i quan la responsabilitat de l'obra completa correspongui a l'Administració per tractar-se d'un supòsit d'execució d'obres per la pròpia Administració.

2. SISTEMES DE COOPERACIÓ VERTICAL I HORIZONTAL.

Conforme a l'article 31.1 LCSP, els ens del sector públic podran cooperar entre sí d'alguna de les formes següents, sense que el resultat de la cooperació pugui qualificar-se de contractual:

- a) Mitjançant sistemes de cooperació vertical consistents en l'ús de medis propis personificats en el sentit i els límits dels articles 32 i 33 LCSP.
- b) Mitjançant sistemes de cooperació horitzontal entre entitats pertanyents al sector públic, prèvia celebració del corresponent conveni, en les condicions i límits de l'article 6.1 LCSP, ja vist.

Els ens del sector públic podran, també, acordar la realització conjunta de contractacions específiques, tenint en aquest cas la responsabilitat conjunta del compliment de llurs obligacions contractuals (article 31.2 i 3 LCSP).

3. ENCÀRRECS DELS PODERS ADJUDICADORS A MEDIS PROPIS.

Disposa l'article 32 LCSP que els poders adjudicadors podran executar qualsevol dels cinc contractes típics valent-se d'un medi propi personificat, de dret públic o de dret privat, previ encàrrec i a canvi d'una compensació tarifària. L'encàrrec a un medi propi no tindrà la consideració de contracte.

Tindran la consideració de medi propi personificat aquelles persones jurídiques, de dret públic o privat, que compleixin tots i cadascun dels requisits que s'estableixen a continuació:

- a) Que el poder adjudicador ostenti sobre el medi propi un control anàleg al dels seus serveis i unitats, de manera que pugui exercir una influència decisiva sobre els seus objectius estratègics i decisions significatives, el que succeirà quan els encàrrecs siguin d'execució obligatòria pel medi propi d'acord amb els estatuts o acte de creació. La compensació s'establirà per referència a tarifes ja aprovades i en la forma que es determini reglamentàriament¹².
- b) Que més del 80 per 100 de les activitats del medi propi es duguin a terme en exercici de comeses que li han estat confiades pel poder adjudicador que fa l'encàrrec i que el controla¹³.
- c) Si el medi propi és un ens de personificació jurídica privada la totalitat del capital o patrimoni haurà de ser de titularitat o aportació pública.
- d) La condició de medi propi personificat respecte del poder adjudicació haurà de reconèixer-se en els seus estatuts o actes de creació, previ compliment dels requisits següents:
 - Conformitat o autorització expressa del poder adjudicador respecte del que vagi a ser medi propi.
 - Verificació pel poder adjudicador que el que vagi a ser medi propi compta amb mitjans personals i materials apropiats per a la realització dels encàrrecs, de conformitat amb el seu objecte social¹⁴.
- e) Els estatuts o acte de creació del medi propi hauran de determinar el poder adjudicador respecte del qual té aquesta condició, precisant el règim jurídic i administratiu dels encàrrecs que se'ls puguin conferir, i establint la impossibilitat de què participin en les licitacions públiques convocades pel poder adjudicador, sense perjudici que, quan no concorri cap licitador pugui encarregar-se'ls l'execució de la prestació objecte d'aquestes licitacions.

Els encàrrecs dels poders adjudicadors a medis propis no tindran la consideració jurídica de contractes, però hauran de complir les normes següents:

- a) El medi propi personificat haurà d'haver publicat a la plataforma de contractació corresponent la seva condició de medi propi; respecte de quins poders adjudicadors l'ostenta; i els sectors de l'activitat en els quals, estant compresos en el seu objecte social, seria apte per executar les prestacions que puguin ser objecte d'encàrrec.
- b) L'encàrrec s'haurà de formalitzar en un document que es publicarà a la plataforma de contractació del sector públic corresponent quan el seu import superi els 50.000.- €, exclòs l'IVA. El document de formalització establirà el termini de duració de l'encàrrec.

¹² S'atendrà al cost efectiu suportat pel medi propi per a les activitats que es subcontractin a empresaris particulars en els casos que aquest cost sigui inferior al resultant d'aplicar les tarifes a les activitats subcontractades.

¹³ Per calcular aquest 80 per 100 es prendrà la mitjana del volum global de negocis o un altre indicador alternatiu d'activitat que sigui fiable.

¹⁴ Es presumirà que compleix aquest requisit quan hagués obtingut la corresponent classificació respecte dels grups, subgrups i categories que ostenti.

Finalment, als negocis jurídics que els medis propis celebrin en execució de l'encàrrec rebut se'ls aplicaran les regles següents:

- a) El contracte quedarà sotmès a la LCSP, d'acord amb la naturalesa de l'entitat que els celebri i del seu valor estimat. Quan el medi propi no sigui poder adjudicador se li aplicaran les normes dels articles 316 a 320 LCSP, o sigui, les relatives als poders adjudicadors.
- b) L'import de les prestacions parcials que el medi propi pugui contractar amb tercers no excedirà del 50 per 100 de la quantia de l'encàrrec, per bé que aquest límit no serà aplicable:
 - als contractes d'obres que celebrin els medis propis als quals se'ls hagués encarregat una concessió d'obres o de serveis.
 - En els supòsits que la gestió del servei públic s'efectuï mitjançant la creació d'entitats de dret públic destinades a aquest fi.
 - En els supòsits en què la gestió s'atribueixi a una societat de dret privat el capital de la qual sigui totalment públic.

L'article 32.3 preveu també la possibilitat que el medi propi, si és poder adjudicador, pugui realitzar també un encàrrec al poder adjudicador que la controla o a una altra persona jurídica controlada pel mateix poder adjudicador.

I l'article 32.5 preveu el règim jurídic dels medis propis personificat respecte de dos o més poder adjudicadors.

En fi, en tots els casos, l'incompliment sobrevingut dels requisits esmentats comportarà la pèrdua de la condició de medi propi personificat, conforme a l'article 32.5 LCSP.

4. ENCÀRRECS A MEDIS PROPIS D'ALTRES ENS DEL SECTOR PÚBLIC.

Els ens del sector públic que no siguin poder adjudicador podran executar directament prestacions pròpies dels cinc contractes típics a canvi d'una compensació valent-se d'una altra persona jurídica que tingui la qualificació de medi propi personificat, a la qual se li farà l'encàrrec; un encàrrec que no tindrà la consideració de contracte.

Tindran la consideració de medi propi personificat respecte d'un ens del sector públic, no poder adjudicador, aquelles persones jurídiques de dret públic o privat que compleixin tots i cadascú dels requisits següents:

- a) Que l'ens que encarregui ostenti un control sobre el medi propi en el sentit de l'article 42 del Codi de Comerç.
- b) Que la totalitat del capital del medi propi sigui de titularitat pública.
- c) Que més del 80 per 100 de les activitats del medi propi es duguin a terme en exercici de les comeses confiades per l'ens que realitza l'encàrrec i que el controla. Aquest requisit haurà de quedar reflectit a la memòria integrant dels comptes anuals i ser objecte de verificació per un auditor de comptes.

V. DELIMITACIÓ DELS TIPUS CONTRACTUALS.

Disposa l'article 12 LCSP que els contractes d'obres, concessió d'obres, concessió de serveis, subministrament i serveis que celebrin els ens del sector públic es qualificaran d'acord amb els articles 13 a 18 LCSP, que defineixen cadascun dels contractes nominats o típics anteriorment ressenyats.

1. EL CONTRACTE D'OBRES.

L'article 13 defineix el contracte d'obres com aquell que té per objecte un dels següents:

- a) La realització d'una obra, aïlladament o conjuntament amb la redacció d'un projecte, o la realització d'algun dels treballs enumerats a l'Annex I.
- b) La realització, per qualsevol medi, d'una obra que reuneixi els requisits fixats per l'entitat del sector públic contractant que exerceixi una influència decisiva en el tipus o el projecte de l'obra.

Per "obra" s'entendrà el resultat d'un conjunt de treballs de construcció o d'enginyeria civil, destinat a complir per si mateix una funció econòmica o tècnica, que tingui per objecte un bé immoble. També es considerarà "obra" la realització de treballs que modifiquin la forma o substància del terreny o del seu vol, o de millora del medi físic o natural.

Els contractes d'obra es referiran a una obra completa, això és, susceptible de ser lliurada a l'ús general o al servei corresponent i comprendrà tots els elements que siguin precisos per a la seva utilització. No obstant això, podran contractar-se obres definides mitjançant projectes independents relatius a cadascuna de les parts d'una obra completa, sempre que aquestes siguin susceptibles d'utilització independent o puguin ser substancialment definides i precedeixi autorització de l'òrgan de contractació que fundi la conveniència de la referida contractació.

2. EL CONTRACTE DE CONCESSIÓ D'OBRES.

Disposa l'article 14.1 LCSP que

La concessió d'obres és un contracte que té per objecte la realització pel concessionari d'algunes de les prestacions a les que es refereix l'article 13, incloses les de restauració i reparació de construccions existents, així com la conservació i manteniment dels elements construïts, i en el que la contraprestació a favor d'aquell consisteix, o bé únicament en el dret d'explotar l'obra, o bé en aquest dret acompanyat del de percebre un preu.

Observem que l'objecte del contracte d'obra i l'objecte del contracte de concessió d'obres és exactament el mateix: l'execució d'una obra tal com aquesta ve definida a l'article 13.2 LCSP. En conseqüència, la LCSP, com ja feia el TRLCSP, estableix la distinció entre el contracte de concessió d'obres i el de concessió de serveis en atenció al seu objecte; així, en el contracte de concessió de serveis l'objecte no és executar una obra, que en el seu cas es conforma com una obligació accessòria, sinó prestar un servei, mentre que en la concessió d'obres l'objecte és construir una obra, essent l'explotació ulterior la forma de retribució del concessionari, també a través d'una tarifa que cobra de l'usuari.

La naturalesa accessòria de les obres en el contracte de concessió de serveis es deriva directament de l'article 287.1 LCSP, segons el qual:

El concessionari està obligat a organitzar i prestar el servei amb estricta subjecció a les característiques establertes en el contracte i dins dels terminis assenyalats en aquest, i, en el seu cas a l'execució de les obres conforme al projecte aprovat per l'òrgan de contractació.

Així les coses la dificultat de diferenciació entre ambdós contractes típics només apareixerà quan ambdós comportin l'execució d'obres.

Hom continua preguntant-se si en el contracte de concessió d'obres hi ha una autèntica activitat prestacional del concessionari a l'usuari, o bé si simplement l'usuari utilitza l'obra i paga un cànon com a contraprestació a aquesta utilització. Aquest criteri, el de l'activitat prestacional, que només concorre en el contracte de concessió de serveis i no en el de concessió d'obres, ens permetria afirmar que en aquest l'explotació no comporta la prestació de cap servei públic, sinó la mera utilització d'una infraestructura per l'usuari, a diferència d'aquell, en el que l'essencial rau en una activitat prestacional. De fet, la Comunicació interpretativa sobre les concessions en el dret comunitari, núm. 2000/C 121/02, de la Comissió Europea, publicada al DOCE el 29 d'abril de 2000 (CI 2000), ja intentà traçar la diferenciació en el fet que en el contracte concessió de serveis les obres són secundàries respecte dels elements prestacionals, mentre que en el contracte de concessió d'obra pública passa a l'inrevés.

Pel demés, l'article 14.2 LCSP preveu que el contracte podrà comprendre, a més, el contingut següent:

- a) l'adequació, reforma i modernització de l'obra per adaptar-la a les característiques tècniques i funcionals requerides per a la correcta prestació dels serveis o la realització de les activitats econòmiques a les que serveix de suport material.
- b) Les actuacions de reposició i gran reparació que siguin exigibles en relació amb els elements que ha de reunir cadascuna de les obres per mantenir-se apta a fi que els serveis i activitats als que aquelles serveixen puguin ser desenvolupats adequadament d'acord amb les exigències econòmiques i les demandes socials.

En la mesura que en el contingut d'aquest contracte apareix la noció de "serveis" s'incrementa la dificultat de distinció entre ambdós contractes administratius típics, en la mesura que ambdós són d'activitat i, per tant, els són predicables els principis d'igualtat davant la llei (14 CE), universalitat (règim de cua), continuïtat i mutabilitat (clàusula de progrés).

El contracte de concessió d'obres podrà també preveure que el concessionari estigui obligat a projectar, executar, conservar, reposar i reparar aquelles obres que siguin accessòries o estiguin vinculades amb la principal i que siguin necessàries per tal que aquesta compleixi la finalitat determinant de la seva construcció i que permetin el seu millor funcionament i explotació, així com efectuar les actuacions ambientals relacionades.

L'essencial, tanmateix, d'aquest article 13 és el seu apartat 4, que transposa el risc inherent als contractes de concessió:

El dret d'explotació de les obres haurà d'implicar la transferència al concessionari d'un risc operacional substancial en l'explotació de les obres, el qual abastarà el risc de demanda o el de subministrament, o ambdós. S'entén per risc de demanda el que es deu a la demanda real de les obres o els serveis objecte del contracte, i risc de subministrament el relatiu al subministrament de les obres o serveis objecte del contracte, en particular el risc que la prestació dels serveis no s'ajusti a la demanda.

Es considerarà que el concessionari assumeix un risc operacional quan no estigui garantit que, en condicions normals de funcionament, recuperarà les inversions realitzades ni cobrirà els costos en els que hagués incorregut com a conseqüència de l'explotació de les obres que siguin objecte de concessió. La part dels riscos transferits al concessionari ha de suposar una exposició real a les incerteses del mercat que impliqui que qualsevol pèrdua potencial estimada en què incorri el concessionari no és merament nominal o desdenyable.

Una altra novetat important de la LCSP les que aquest contracte pot perfeccionar-se amb una societat d'economia mixta, tal com admet la seva disposició adicional segona.

3. EL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE SERVEIS.

El contracte de concessió de serveis és aquell en virtut del qual un o més poders adjudicadors encomanen a títol onerós a una o més persones, naturals o jurídiques, la gestió d'un servei la prestació del qual sigui de la seva titularitat o competència i la contrapartida del qual vingui constituïda bé pel dret a explotar els serveis objecte del contracte o bé per aquest dret acompanyat del de percebre un preu (article 15 LCSP). El dret d'explotació dels serveis implicarà la transferència al concessionari d'un risc operacional, en els termes assenyalats a l'article 14.4. LCSP.

Aquest nou contracte nominat substitueix l'anterior contracte de gestió de serveis públics. Ens trobem, per tant, davant les denominades formes indirectes de gestió del servei públic en les quals l'Administració conserva sempre la titularitat del servei i, amb ella, els poders de policia necessaris per assegurar la seva bona marxa.

Observem, però, que en la denominació del nou contracte salta la partícula "serveis públics", que és substituïda per la de "serveis". Això comporta que no ens trobem únicament davant les denominades formes de gestió indirecta de serveis públics, puix que ara aquesta modalitat contractual pot utilitzar-se, també, per prestar serveis, i no estrictament serveis públics; d'aquí ve que la partícula "serveis públics" hagi saltat de la denominació del contracte. L'essencial, doncs, d'aquest nou contracte de concessió de serveis, no és ja la prestació d'un servei públic sinó la transferència d'un risc operacional en el contractista concessionari.

Per aquesta raó l'article 287.2 LCSP ha de fer la distinció entre aquelles concessions de serveis que recaiguin sobre un servei públic i aquelles altres que no hi recauen:

En el cas que la concessió recaigui sobre un servei públic, l'Administració conservarà els poders de policia necessaris per assegurar la bona marxa dels serveis de què es tracti¹⁵.

Amb la nova LCSP allò que delimita el contracte de concessió de serveis ja no és, doncs, la prestació de serveis públics, sinó la transferència d'un risc operacional substancial en el concessionari. Això vol dir que la modalitat que ara estudiem podrà utilitzar-se tant per prestar un servei públic com per prestar un servei que no tingui aquella consideració.

¹⁵ L'article 279.2 TRLCSP, que és l'equivalent al 287.2 LCSP, no tenia cap necessitat de fer l'anterior distinció, puix que amb el contracte de gestió de serveis públics només es podien prestar serveis públics. Deia aquell article: *En tot cas, l'Administració conservarà els poders de policia necessaris per assegurar la bona marxa dels serveis de què es tracti.*

Cal dir també que s'ha produït la supressió de les diverses modalitats que regulava l'article 277 TRLCSP (concessió, gestió interessada, concert i societat d'economia mixta), les quals amb la nova LCSP queden reduïdes a dues:

- a) la concessió, en sentit estricte, i
- b) la societat d'economia mixta.

Ambdues modalitats, tanmateix, s'han d'incloure indistintament en el nom de contracte de concessió de serveis. Aquesta és la conclusió a la qual cal arribar d'acord amb la disposició addicional segona LCSP, segons la qual

Les concessions d'obra i de serveis podran adjudicar-se directament a una societat d'economia mixta en la que concorri majoritàriament capital públic amb capital privat, sempre que l'elecció del soci privat s'hagués efectuat de conformitat amb les normes establertes per a l'adjudicació del contracte l'execució del qual constitueixi el seu objecte, i sempre que no s'introdueixin modificacions en el seu objecte i les condicions del contracte que es tingueren en compte en la selecció del soci privat.

Aquesta D.A. 2ª constitueix una novetat important en més d'un aspecte:

- a) tot i que la societat d'economia mixta (SEM) continua essent una forma de gestió indirecta de serveis públics, també ho podrà ser de serveis no públics, com acabem de veure.
- b) la forma societària mixta fins i tot podrà utilitzar-se per al contracte de concessió d'obra.
- c) l'àmbit de la SEM, als efectes merament contractuals, queda reduït a aquells supòsits en els quals el capital públic sigui superior al 50 per 100; respectant sempre aquest límit, les constituïdes per a l'execució d'un contracte de concessió, podran:
 - Acudir a ampliacions de capital, sense que la nova estructura no modifiqui les condicions essencials de l'adjudicació, llevat que hagués estat prevista en el contracte.
 - Titulitzar els drets de cobrament que ostentin front a l'entitat adjudicadora del contracte l'execució del qual se l'encomani, prèvia autorització de l'òrgan de contractació, complint els requisits previstos en la normativa sobre mercat de valors.
 - Utilitzar medis de finançament com emissió d'obligacions, emprèstits o crèdits participatius.
- d) en el cas que la SEM pretengués accedir com a concessionària a altres contractes diferents haurà de concórrer al corresponent procediment de licitació d'acord amb la LCSP.
- e) La modificació dels contractes de concessió que s'adjudiquin directament perquè en la constitució de la SEM ja s'hagués efectuat de conformitat amb les normes de la LCSP, només es podrà realitzar d'acord amb els articles 203 a 207 LCSP.

Tal com succeïa amb l'antic contracte de gestió de serveis públics, continua sense existir un concepte unívoc de contracte de concessió de serveis¹⁶. Les raons que s'acaben d'exposar exigiran que en cada contracte haguem de discernir si es tracta d'una concessió *stricto sensu* o bé d'una gestió indirecta per SEM. També haurem de discernir si l'objecte de la concessió és un servei públic o, únicament, un servei.

Ultra això, el contracte de concessió de serveis continua estant subjecte a dues limitacions importants, d'acord amb l'al·ludit article 284.1 LCSP, referides als serveis a gestionar:

- a) han d'ésser sempre susceptibles d'explotació per particulars.
- b) no poden implicar exercici d'autoritat inherent als poders públics¹⁷.

L'explotació, tanmateix, a partir d'ara tindrà lloc a través de la transferència d'un risc de demanda, d'un risc de subministrament o bé d'ambdós riscos alhora, com estudiarem en el lloc oportú.

4. EL CONTRACTE DE SUBMINISTRAMENT.

Diu l'article 16 LCSP que són contractes de subministrament aquells que tenen per objecte l'adquisició, l'arrendament financer o l'arrendament, amb o sense opció de compra, de productes o béns mobles. En canvi, no tindran la consideració de contractes de subministrament els relatius a propietats incorporals o valors negociable. En canvi, es consideraran en tot cas contractes de subministrament:

- a) Aquells en els quals l'empresari s'obligui a lliurar una pluralitat de béns de forma successiva i per preu unitari sense que la quanta total es defineixi amb exactitud en el moment de celebrar el contracte, per estar subordinats els lliuraments a les necessitats de l'adquirent.
- b) Els que tinguin per objecte l'adquisició i l'arrendament d'equips i sistemes de telecomunicacions o per al tractament de la informació, els seus dispositius i programes, i la cessió del dret d'ús d'aquests darrers, en qualsevol de les modalitats de posada a disposició, excepte els contractes d'adquisició de programes d'ordinador fets a mida, que es consideren contractes de serveis.
- c) Els de fabricació, pels quals la cosa o coses que hagin de ser lliurades per l'empresari hagessin de ser elaborades d'acord a característiques peculiars fixades prèviament per l'ens contractant, fins i tot quan aquest s'obligui a aportar tots o part dels materials precisos.
- d) Els que tinguin per objecte l'adquisició d'energia primària o energia transportada.

¹⁶ AA.VV. *Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al texto refundido de la ley (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio)*. Mollinedo Chocano i Martín de Hijas. 3ª ed. El Consultor, Madrid - 2000, pàgs. 749 a 811.

¹⁷ Prohibició que, en l'àmbit local estableix l'article 85.2.b) de la LRBRL, el 95.1 TRRL i el 189.1 del ROAS. En la mateixa línia la STS de 26.1.90 declara nul un acord d'adjudicació, per gestió indirecta, del servei de recaptació, per constituir un servei que implica exercici d'autoritat; en els mateixos termes, les SSTS de 13.6.00 (Ar. 4778) i de 27.6.00 (Ar. 5495). En canvi, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10.1.2001 (Ar. 2001\1034) declara que *el servicio público de Inspección Técnica de Vehículos (...) no determina un uso público de una autoridad ínsita al concepto de poder público sino que queda articulado y cobijado dentro del amplio manto de los servicios públicos; circunstancia que posibilita su prestación indirecta a través de empresas privadas (concesión administrativa)*.

Fora d'aquest darrer supòsit, que clarifica la naturalesa dels contractes de subministrament d'energia elèctrica, aquest article no presenta cap altra novetat respecte de l'immediatament anterior article 9 TRLCSP.

5. EL CONTRACTE DE SERVEIS.

L'article 17 LCSP continua definint el contracte de serveis tenint en compte que el seu objecte pot consistir tant en un contracte d'activitat com en un contracte de resultat. Són contractes de serveis aquells l'objecte dels quals són prestacions de fer:

- a) consistents en el desenvolupament d'una activitat, o
- b) adreçades a l'obtenció d'un resultat diferent d'una obra o subministrament.

Els contractes de serveis, en efecte, són els únics contractes típics que en ocasions són d'activitat i en altres ocasions són de resultat.

L'article 17 LCSP presenta dues novetats respecte del correlatiu article 10 TRLCSP:

- a) afegeix que també són contractes de serveis aquells en què l'adjudicatari s'obliga a executar el servei de forma successiva i per preu unitari.
- b) desapareix de la seva definició tota referència a un eventual annex II, que tampoc no apareix a la LCSP ni a la Directiva 2014/24.

La primera és una modalitat que a vegades s'utilitza i que no es trobava prevista en la definició de l'article 10 TRLCSP, per bé que sí que ho estava en la DA 34^a TRLCSP¹⁸ i ara ho continua estant en la DA. 33^a LCSP. Pensem, per exemple, en el servei de retirada de vehicles mal aparcats o abandonats a la via pública.

La segona novetat es deriva de la Directiva 2014/24, que obvia annexar un llistat de serveis. Aquest nou tractament comunitari vol acabar amb la polèmica que ha suscitat aquests darrers anys una errònia interpretació segons la qual tot servei que no figurés en l'annex II TRLCSP no podia ser objecte d'un contracte de serveis; aquesta doctrina, que no hem compartit mai, arribava a unes conclusions desproporcionades respecte dels contractes administratius especials. Possiblement per això la Directiva 2014/24 defineix els contractes de serveis per exclusió:

Són contractes de serveis aquells contractes públics l'objecte dels quals sigui la prestació de serveis diferents als dels contractes públics d'obres.

De la mateixa manera que en el contracte de concessió de serveis, amb el contracte de serveis es podran prestar, a partir d'ara, serveis públics i serveis que no tinguin aqueixa consideració, puix que l'essencial, a l'hora de diferenciar ambdós contractes ja no és el seu objecte sinó únicament el criteri del risc. Per això la LCSP s'ha vist obligada a introduir un article 312, de nova redacció, que estableix les especialitats dels contractes de serveis que comportin prestacions directes a favor de la ciutadania. Són aquestes:

- a) abans de procedir a la seva contractació haurà d'haver-se establert el seu règim jurídic que declari que l'activitat de què es tracti queda assumida com a pròpia per l'Administració respectiva, determini l'abast de les prestacions en favor dels usuaris i

¹⁸ Contractes de subministraments i de serveis en funció de les necessitats: amb pressupost limitatiu, l'empresari s'obliga respecte d'un preu unitari, sense que el nombre total d'entregues o prestacions no quedi definit amb exactitud en el moment de celebrar el contracte.

reguli els aspectes de caràcter jurídic, econòmic i administratiu relatius a la prestació del servei.

- b) L'adjudicatari d'un contracte de serveis d'aquest tipus estarà subjecte a les obligacions de prestar el servei amb la continuïtat convinguda i garantir als particulars el dret a utilitzar-lo en les condicions que haguessin estat establertes i mitjançant l'abonament en el seu cas de la contraprestació econòmica fixada; de tenir cura del bon ordre del servei; d'indemnitzar els danys que es causin a tercers com a conseqüència de les operacions que requereixi el desenvolupament del servei, llevat d'aquells que fossin produïts per causa imputable a l'Administració; i de lliurar, en el seu cas, les obres i instal·lacions a les que estigui obligat d'acord amb el contracte en l'estat de conservació i funcionament adequats.
- c) Els béns afectats als serveis regulats en aquest article no podran ser objecte d'embargament.
- d) L'administració podrà acordar el segrest del servei si de l'incompliment del contractista se'n derivés perturbació greu i no reparable per altres medis, fins que aquella no desaparegui. En tot cas el contractista haurà d'abonar a l'Administració els danys i perjudicis que li hagués ocasionat.
- e) L'Administració conservarà els poders de policia necessaris per assegurar la bona marxa dels serveis.
- f) Amb caràcter general la prestació s'efectuarà en instal·lacions diferenciades de les de la pròpia Administració contractant i, quan així no fos possible, es faran constar les raons objectives que ho impedeixen. En aquests casos, a efectes d'evitar la confusió de plantilles, s'intentarà que els treballadors de la contractista no comparteixin espais i llocs de treball amb el personal municipal i els treballadors i els medis de la contractista s'identificaran amb distintius, uniformitat o rètols.
- g) A més dels supòsits específics de resolució d'aquests contractes, que són els de l'article 313 LCSP que analitzarem en el lloc oportú, ho seran també els supòsits següents de l'article 294 LCSP, relatiu a la resolució dels contractes de concessió de serveis:
 - El rescat.
 - La supressió del servei per raons d'interès públic.
 - El segrest per més de tres anys, sense que el contractista hagués garantit l'assumpció completa de les seves obligacions.

Veiem, doncs, que a partir de l'entrada en vigor de la nova LCSP, amb el contracte de serveis es podran prestar:

- a) Serveis públics essencials, com ara la recollida de residus sòlids urbans.
- b) Serveis públics no essencials, com ara la neteja viària.
- c) Serveis no públics, com ara la neteja de les dependències municipals.
- d) Contractes de resultat, com una defensa jurídica o la redacció d'un POUM.

6. L'APARENT SUPRESSIÓ DE LA COL-LABORACIÓ PÚBLICA I PRIVADA (CPP).

A partir de l'entrada en vigor de la nova LCSP, el 9.3.18 la CPP desapareix com a sisè contracte típic o nominat, normalment administratiu i sotmès a regulació harmonitzada, en la mesura que la seva regulació que en feia el TRLCSP en els seus articles 11 (definició i característiques); 134

a 136 (actuacions preparatòries); 179 a 183 (adjudicació i diàleg competitiu) i 313 a 315 (règim jurídic, duració i finançament) deixarà de ser dret positiu. El propi preàmbul de la LCSP, en el seu capítol IV ho diu explícitament:

Es suprimeix la figura del contracte de CPP com a conseqüència de la seva escassa utilitat pràctica. L'experiència ha demostrat que l'objecte d'aquest contracte es pot realitzar a través d'altres modalitats contractuals, com és, fonamentalment, el contracte de concessió.

El que afirma l'exposició de motius entenem que només és cert *de lege ferenda*. Creiem, en efecte, que a partir de l'entrada en vigor de la LCSP serà possible acudir al contracte de concessió per tal d'aconseguir els objectius que, avui, només s'aconsegueixen a través de la CPP.

De lege data, per tal comprendre correctament el que estem afirmant, cal que partim del *décalage* que es produeix entre les diferents modalitats contractuals típiques, el qual arrenca dels més genèrics contractes d'obra i de serveis, passa pels més específics contractes de concessió i culmina en la CPP, de natura excepcional. Observem, en efecte, que:

- a) Totes les obres i tots els serveis dels annexos I i II TRLCSP son, respectivament, susceptibles d'un contracte d'obra o de serveis.
- b) Les obres i els serveis dels al·ludits annexos que poden ser objecte d'un contracte de concessió d'obra pública o de gestió de serveis públics ja no són tots sinó únicament els susceptibles d'explotació.
- c) La CPP es va idear per fer possible l'execució d'aquells objectes contractuals no susceptibles d'explotació quan no es disposés de finançament per executar-los com a contractes d'obra o de serveis ni fos possible l'endeutament i, encara així, la seva execució fos ineludible i inajornable.
- d) Tal com establia l'article 11.2 TRLCSP només era possible acudir a la CPP quan l'única possibilitat era la CPP, exigint-se fins i tot que en el document d'avaluació prèvia posés de manifest que les altres formes alternatives de contractació no permetien satisfer les finalitats públiques preteses.

De lege data, el que afirma l'exposició de motius no és cert: avui l'objecte de la CPP no es pot aconseguir a través d'un contracte de concessió, ja que tant l'article 281.1 com el 255.1 TRLCSP obliguen a transferir el risc de demanda en el concessionari d'obres i serveis, i només aquest risc, per tal que el contracte sigui efectivament de concessió, no sent possible transferir el risc de disponibilitat, que és el propi de les CPP, d'acord amb l'article 136 TRLCSP.

De lege ferenda declara la Directiva 2014/23, ja en el mateix article 5 (definicions) que els contractes només seran de concessió quan la seva contrapartida consisteixi

- a) o bé en el dret a explotar les obres o els serveis objecte del contracte, o bé
- b) en aquest mateix dret en conjunció amb un pagament.

Per tant, només podrem parlar de concessió si concorre en el concessionari un dret a explotar, el que comporta que se li hagi de transferir, també, un risc operacional inherent a l'explotació de les obres o dels serveis. El concessionari assumirà un risc operacional quan no estigui garantit que, en condicions normals de funcionament, recuperi les inversions realitzades ni cobreixi els costos en els que hagués incorregut.

La part dels riscos transferits al concessionari ha de suposar una exposició real a les incerteses del mercat que comporti que qualsevol pèrdua potencial estimada no sigui merament nominal o desdenyable.

Finalment, i aquí està la novetat, aquest risc operacional podrà abastar tant:

- a) el risc de demanda, com
- b) el risc de subministrament, com
- c) ambdós riscos simultàniament.

El legislador comunitari, en permetre que en els contractes de concessions es desplaci, també, el risc de subministrament o d'oferta, no fent obligatori, sempre i en tot cas, el desplaçament del risc de demanda, està possibilitant que sota el paraigües dels contractes de concessió, els de la Directiva 2014/23, s'hi puguin aixoplugar les CPP, o el que avui entenem per CPP. Evidentment haurà desaparegut tota la seva regulació positiva, així com el denominat *know how* o saber propi de l'empresari privat, però l'essencial, que és el desplaçament del risc de subministrament o d'oferta, romandrà.

7. EL NOU SISTEMA DE TRANSFERÈNCIA DE RISCOS.

Els contractes només seran de concessió, d'obres o de serveis, quan la seva contrapartida consisteixi

- a) o bé en el dret a explotar les obres o els serveis objecte del contracte, o bé
- b) en aquest mateix dret en conjunció amb un pagament.

Per tant, només podrem parlar de concessió si concorre en el concessionari un dret a explotar, el que comporta que se li hagi de transferir, també, un risc operacional inherent a l'explotació de les obres o dels serveis. Hem vist, en efecte, que l'article 14.4 LCSP disposa que el concessionari assumeix un risc operacional quan no estigui garantit que, en condicions normals de funcionament, recuperi les inversions realitzades ni cobreixi els costos en els que hagués incorregut. La part dels riscos transferits al concessionari ha de suposar, doncs, una exposició real a les incerteses del mercat que comporti que qualsevol pèrdua potencial estimada no sigui merament nominal o desdenyable. Aquest risc operacional podrà abastar:

- a) el risc de demanda,
- b) el risc de subministrament, o bé
- c) ambdós riscos simultàniament.

Hem també vist que sobre idèntiques bases del risc es defineix, a l'article 15 LCSP, el contracte de concessió de serveis.

7.1. El sistema de transferència de riscos en el TRLCSP.

En el marc del TRLCSP havíem d'entendre per risc de demanda el reconeixement al concessionari d'una retribució variable fixada en funció de la utilització de l'obra o del servei pels usuaris, que es percebrà directament dels propis usuaris o de l'Administració.

El nostre dret positiu, com sabem, declara avui obligatòria la transferència en el contractista, en totes les concessions, del risc de demanda i només del risc de demanda; així ho estableixen explícitament:

- a) l'article 281.1 TRLCSP, pel que fa al contracte de gestió de serveis públics.
- b) l'article 255.1 TRLCSP, pel que fa al contracte de concessió d'obra pública.

I no preveu, en canvi, el desplaçament del risc de disponibilitat en aquestes mateixes concessions o, si el preveu, ho fa només de forma genèrica i potestativa en l'article 87.4 TRLCSP:

Els contractes, quan la seva natura i objecte ho permetin, podran incloure clàusules de variació de preus en funció del compliment de determinats objectius de terminis o de rendiment, així com penalitzacions per incompliment de clàusules contractuals, havent de determinar amb precisió els supòsits en els que es produiran aqueixes variacions i les regles per a la seva determinació.

Només en la CPP que, com sabem, no és possible desplaçar el risc de demanda, és obligatòria la transferència del risc de disponibilitat en el contractista col·laborador, com disposa imperativament l'article 136, lletres b), c), f) i g) TRLCSP. En els altres contractes el desplaçament d'aquest risc és potestatiu. Probablement, l'única excepció a aqueixa regla general de la voluntarietat sigui l'establerta a l'article 212.4 TRLCSP:

Quan el contractista, per causes que li siguin imputables, hagués incorregut en demora respecte del compliment del termini total, l'Administració podrà optar indistintament per la resolució del contracte o per la imposició de penalitats diàries en la proporció de 0,20 euros per cada 1.000 euros del preu del contracte.

7.2. Risc de disponibilitat i risc de subministrament.

El risc de subministrament no coincideix exactament amb el risc de disponibilitat, com veurem tot seguit. La redacció definitiva de la Directiva 2014/23 ha variat substancialment el redactat del projecte de Directiva, i el que fins aquell moment denominà *risc de disponibilitat* fou estat substituït en la Directiva definitivament aprovada, pel *risc de subministrament* o *risc d'oferta*, que hem de considerar expressions sinònimes.

Fins ara, seguint els criteris EUROSTAT, per risc de disponibilitat enteníem el que es derivava de qualssevol de les situacions produïdes:

- a) per no lliurament del volum pactat en el contracte.
- b) per incompliment de les disposicions legals o convencionals amb perjudici per als usuaris finals, i
- c) per incompliment dels estàndards de qualitat fixats contractualment.

Ara la Directiva 2014/23 considera que les meres situacions de mala gestió contractual i els riscos vinculats als incompliments del contracte per part dels operadors econòmics no constitueixen en si mateixos un risc operacional ni, per tant, un risc de subministrament. Així ho expressa el seu considerant 20:

(20) Un risc operacional ha de derivar-se de factors que escapen al control de les parts. Els riscos vinculats, per exemple, a la mala gestió, als incompliments del contracte per part de l'operador econòmic, o a situacions de força major, no són determinants a efectes de la classificació com a concessió, ja que aquests riscos són inherents a qualsevol tipus de contracte, tant si és un contracte públic com si és una concessió (...).

Per tant, el *risc de disponibilitat* no coincidirà amb el *risc de subministrament* en la mesura que el primer es refereixi exclusivament a quantitats, qualitats, terminis o altres variables

relacionades amb l'execució de l'objecte del contracte l'incompliment de les quals pugui comportar tant la seva resolució com la imposició de penalitats al contractista.

Contràriament, considerem que hi ha una franja en la qual la gestió, sense constituir incompliment de clàusules contractuals ni, per tant, causa de resolució del contracte, no es pot considerar, tampoc, una gestió òptima; és aquí on determinats rendiments referits a quantitats, qualitats, terminis o similars poden incidir en el subministrament de l'obra o del servei. En aquesta mesura, la previsió d'una retribució variable en funció que la prestació de l'obra o del servei s'ajusti més o menys a la demanda, podria considerar-se risc de subministrament.

7.3. El risc operacional ha de ser substancial.

El risc operacional transferit al concessionari ha de comportar una exposició real a les incerteses del mercat, el que només s'aconseguirà quan no estigui garantit que, en condicions normals de funcionament, el concessionari recuperi les inversions realitzades ni els costos que hagi contret en l'explotació per de les obres i els serveis. Així s'expressa el considerant 18:

(18) Les dificultats relacionades amb la interpretació dels conceptes de concessió i de contracte públic han generat una inseguretat jurídica contínua per a les parts interessades i han donat lloc a nombroses sentències del TJUE. Cal, per tant, aclarir la definició de concessió, en particular fent referència al concepte de risc operacional. La característica principal d'una concessió, el dret a explotar les obres, implica sempre la transferència al concessionari d'un risc operacional de caràcter econòmic que comporta la possibilitat que no recuperi les inversions realitzades ni cobreixi els costos que hagi sufragat per explotar les obres o els serveis adjudicats en condicions normals de funcionament, si bé part del risc segueixi assumint-lo el poder adjudicador. La reglamentació de l'adjudicació de concessions mitjançant normes específiques no estaria justificada si el poder adjudicador alleugerís l'operador econòmic de qualsevol possible pèrdua garantint uns ingressos mínims que fossin iguals o superiors a les inversions que l'operador econòmic hagués d'assumir en relació amb l'execució del contracte (...).

Contràriament, quan el risc operacional no és substancial, no hi ha concessió. El considerant 19 ens informa que quan la reglamentació específica del sector elimina el risc establint una garantia en benefici del concessionari en virtut de la qual es compensin les inversions fetes, el contracte no ha de considerar-se concessió a efectes de la Directiva 2014/23. En el mateix sentit, el considerant 17 disposa el següent:

(17) Aquesta Directiva no ha d'aplicar-se als contractes que no comportin pagaments al contractista i en els que aquest rebi la seva retribució d'acord amb tarifes reglamentades calculades de manera que cobreixin la totalitat dels costos i inversions que aquest hagi suportar per prestar el servei.

7.4. Què és risc de subministrament?

Diu el considerant 20 de la Directiva 2014/23:

(20) Un risc operacional ha d'entendre's com el risc d'exposició a les incerteses del mercat, que pot consistir en un risc de demanda o en un risc de subministrament, o bé en un risc de demanda i de subministrament.

El mateix considerant ens informa que hem d'entendre per *risc de demanda* i per *risc d'oferta*:

- a) *risc de demanda*: el que es deu a la demanda real de les obres o serveis objecte del contracte.
- b) *risc d'oferta*: el relatiu al subministrament de les obres o serveis objecte del contracte i, en particular, el risc que la prestació dels serveis no s'ajusti a la demanda.

Tot i la provisionalitat amb la que cal interpretar, ara per ara, les anteriors definicions, si no volem incórrer en la tautologia consistent en considerar que risc de demanda i risc de subministrament són dues maneres diferents de designar el mateix risc, podem afirmar que el risc de demanda és l'exposició directa a les incerteses del mercat, el qual es pot transferir al contractista mitjançant l'establiment d'una retribució variable, en funció del nombre d'usuaris que utilitzen l'obra o el servei.

I també ens és llegut definir el risc d'oferta o de subministrament com l'exposició indirecta a les incerteses del mercat, el qual es pot transferir al contractista mitjançant l'establiment d'uns ítems referits a quantitats, qualitats, terminis o similars que incideixin en el subministrament de l'obra o del servei fent-lo més o menys atractiu pels usuaris, i vinculant-los a una retribució variable.

No cal dir que el risc de subministrament, tal com l'acabem de definir, s'aproxima molt al risc de disponibilitat, per bé que no abastarà en cap cas el risc vinculat als incompliments del contracte per part de l'operador econòmic ja que, com el risc i ventura, aquest és un risc comú a tots els contractes.

VI. ELEMENTS SUBJECTIUS DEL CONTRACTE.

1. LA DISPOSICIÓ ADDICIONAL SEGONA LCSP.

1.1. Distribució de competències en l'administració local.

La DDU LCSP/07 derogà, entre altres, els articles 21.1.ñ) i p) i 22.2.n) i o) LRBRL, que calgué entendre substituïts per la distribució competencial efectuada per aquella llei, que passà al TRLCSP. Ara la DA2ª, apartats 1 i 2 LCSP continua amb el mateix sistema de distribució competencial, adaptant-lo al nou marc de la LCSP.

Correspon als alcaldes les competències com a òrgan de contractació respecte dels contractes d'obres, de subministrament, de serveis, de concessió d'obres i de concessió de serveis i els contractes administratius especials quan el seu import no superi el 10 per 100 dels recursos ordinaris del pressupost ni, en qualsevol cas, la quantia dels 6.000.000.- €, inclosos els de caràcter pluriennal quan la seva duració no sigui superior a quatre anys, sempre que l'import acumulat de totes les seves anualitats no superi l'anterior coeficient, referit als recursos ordinaris del pressupost del primer exercici, ni l'anterior quantia.

Correspon al ple de l'Ajuntament les competències com a òrgan de contractació respecte dels mateixos contractes quan pel seu valor o duració no corresponguin a l'Alcalde.

De manera similar que amb la legislació anterior correspon als alcaldes la competència per a la celebració de contractes privats i per a l'adjudicació de concessions sobre béns de domini públic; l'adquisició de béns immobles i drets subjectes a la legislació patrimonial i l'alienació de patrimoni, en els tres casos, sempre que el seu valor no superi

- el 10 per 100 dels recursos ordinaris del pressupost, ni

- els 3.000.000.- €.

I al ple li correspon la competència per celebrar contractes privats, l'adjudicació de concessions sobre béns de domini públic; l'adquisició de béns immobles i drets subjectes a la legislació patrimonial i l'alienació de patrimoni, en els tres casos sempre i quan no estiguin atribuïdes a l'alcalde. També correspon al ple l'adquisició i alienació de béns declarats de valor històric o artístic, qualsevol que sigui el seu valor.

Al ple li correspon, també, i en tot cas, la competència per a l'aprovació dels plecs de clàusules administratives generals. Es tracta d'una precisió ociosa atesa la naturalesa de reglaments d'aquests plecs, que ha comportat sempre que la competència per a la seva aprovació fos sempre plenària, a més d'indelegable, en els termes dels articles 22.2.d) i 22.4 LRRL.

En els municipis de gran població les anteriors competències seran exercides per la junta de govern local sigui quin sigui l'import del contracte i la seva duració.

La DA 2ª, apartat 3 i la DA 3ª, apartat 7 es refereixen a la possibilitat que, en els municipis de menys de 5.000 habitants, en els contractes d'obres el finançament dels quals excedeixi del pressupost anyal puguin redactar-se projectes independents relatius a cadascuna de les parts d'una obra, sempre que aquestes siguin susceptibles d'utilització separada en el sentit de l'ús general o del servei, o puguin ser substancialment definides. En aquests casos l'execució de cadascun dels projectes podrà ser objecte d'un contracte diferent, i és el ple de l'Ajuntament l'òrgan competent per autoritzar la seva redacció i licitació.

En aquests municipis les competències contractuals podran ser exercides:

- a) per les centrals de contractació que creï la Diputació.
- b) per la pròpia Diputació, a través d'encàrrecs de gestió.

1.2. Les juntes de contractació en seu local.

En seu local la constitució de juntes de contractació és potestativa. Aquestes juntes actuen com a òrgans de contractació:

- a) En els contractes d'obres que tinguin per objecte treballs de simple reparació, de conservació o de manteniment.
- b) En els contractes de subministrament que es refereixin a béns consumibles o de fàcil deteriorament per l'ús, i
- c) En els contractes de serveis quan el seu valor estimat no superi el 10 per 100 dels recursos ordinaris de l'entitat, o quan superin aquest import si les accions són previstes en el pressupost de l'exercici i es realitzen d'acord amb el que determinin les bases d'execució del pressupost.

Correspon al ple de l'Ajuntament acordar la constitució de juntes de contractació, les quals actuen com a òrgans de contractació en el seu àmbit, així com determinar-ne els extrems següents:

- a) La seva composició, havent de formar part necessàriament d'elles, el secretari o el titular de l'òrgan que tingui atribuïda la funció d'assessorament jurídic de la corporació, i l'interventor.
- b) Els límits quantitius, que podran ser inferiors als assenyalats anteriorment.

En els casos d'actuació de la junta de contractació es prescindirà de la mesa de contractació.

1.3. La mesa de contractació i el comitè d'experts.

La presidència de la mesa de contractació haurà de recaure en un membre de la corporació o un funcionari d'aquesta.

Són vocals nats de la mesa de contractació el secretari i l'interventor o, en el seu cas, els titulars dels òrgans que tinguin atribuïdes les funcions d'assessorament jurídic i de control e econòmic pressupostari, respectivament.

La designació de la resta dels vocals de les meses de contractació correspon a l'òrgan de contractació. Poden formar part de les meses de contractació com a vocals el personal funcionari de carrera i el personal laboral, permanent i no permanent. També poden formar-ne part els membres electes, per bé que el seu nombre ha de ser inferior a tres. D'altra banda, els membres electes que formin part de la mesa de contractació no poden suposar més d'un terç del total dels seus membres.

El personal eventual en cap cas no podrà formar part de la mesa de contractació ni emetre informes de valoració de les ofertes. El personal funcionari interí en podrà formar part quan no existeixin funcionaris de carrera suficientment qualificats, prèvia acreditació a l'expedient.

Actuarà com a secretari un funcionari de la corporació.

La composició de la mesa es publicarà en el perfil de contractant de l'òrgan de contractació i es podran constituir meses de contractació permanents.

El comitè d'experts pot estar integrat per personal funcionari de carrera o laboral fix amb qualificació apropiada que no hagués participat en la redacció de la documentació tècnica del contracte. En tot cas, entre aquest personal haurà de formar part un tècnic jurista especialitzat en contractació pública. Entenem per documentació tècnica el projecte i els elements que el componen, així com els plecs de prescripcions tècniques particulars; no els plecs de clàusules administratives, generals i particulars.

2. LA DISPOSICIÓ ADDICIONAL TERCERA LCSP.

2.1. Tramitació anticipada.

En seu local la tramitació anticipada és possible en dues ocasions, sempre que, en ambdós casos l'adjudicació es sotmeti a la condició suspensiva de l'efectiva consolidació dels recursos que han de finançar el contracte corresponent:

- a) Aquells contractes l'execució material dels quals hagués de començar l'exercici següent,
i
- b) Aquells altres el finançament dels quals depengués d'un préstec, crèdit o subvenció sol·licitats.

2.2. Els actes de fiscalització.

Els actes de fiscalització s'exerceixen per l'interventor i recauen també sobre les repercussions de cada nou contracte, excepte dels menors, en el compliment per l'Entitat local dels principis d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera exigits per l'article 7.3 de la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera (LOEPSF).

L'òrgan interventor assistirà a la recepció material de tots els contractes, excepte dels menors, en exercici de la funció de fiscalització material de les inversions que exigeix l'article 214.2.d) TRLRHL, podent estar assistit per un tècnic especialitzat en l'objecte del contracte, diferent del director de l'obra i del responsable del contracte. Els serveis d'assistència de les Diputacions assistiran als petits municipis a aquests efectes.

Observi's que l'assistència de la Intervenció esdevé obligatòria, a diferència del règim general de la LCSP, el qual ve establert a l'article 210.2 en els termes següents:

En tot cas, la constatació de què el contracte ha estat correctament complert pel contractista exigirà per part de l'Administració un acte formal i positiu de recepció dins del mes següent a l'entrega o realització de l'objecte del contracte, o en el termini que es fixi en el PCAP. A la Intervenció de l'Administració li serà comunicat, quan sigui preceptiu, la data i lloc de l'acte, per a la seva eventual assistència en exercici de les seves funcions de comprovació de la inversió.

En els contractes celebrats en els municipis de menys de 5.000 habitants l'aprovació de la despesa podrà ser substituïda per una certificació d'existència de crèdit que s'expedirà pel secretari interventor o per l'interventor.

2.3. Informes del secretari.

Es parteix de la regla general que els informes que la LCSP assigna als serveis jurídics, a l'esfera local seran evacuats pel secretari. Serà preceptiu l'informe del secretari en:

- a) L'aprovació d'expedients de contractació.
- b) Modificació de contractes.
- c) Revisió de preus.
- d) Pròrrogues.
- e) Manteniment de l'equilibri econòmic.
- f) Interpretació i resolució dels contractes.

Correspon, també, al secretari la coordinació de les obligacions de publicitat i informació que s'estableixen a la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTAIPBG).

2.4. Altres qüestions puntuals.

Tant la D.A. 2^a com la DA 3^a es refereixen a altres qüestions puntuals que seran analitzades en el moment que correspongui. D'entre elles destaca una previsió adreçada al comitè d'experts, òrgan que es constitueix obligatòriament per a valorar els criteris que depenen d'un judici de valor, allí on aquests tinguin atribuïda una ponderació major que la corresponent als criteris avaluable de forma automàtica (article 146.2 LCSP), el qual podrà estar integrat per personal funcionari de carrera o laboral fix de l'entitat local amb qualificació apropiada, que no hagués participat en la redacció de la documentació tècnica del contracte. Entenem que el PCAP no forma part de l'al·ludida documentació tècnica.

En tot cas, entre el personal haurà de formar part un tècnic jurista especialitzat en contractació pública.

3. CAPACITAT.

Com avui reitera l'article 65 LCSP, les condicions d'aptitud de les persones naturals o jurídiques han de concórrer en un triple vessant:

- a) Ostentar la capacitat d'obrar,
- b) No estar incursa en cap prohibició de contractar,
- c) Acreditar la solvència econòmica financera i tècnica o professional.

A les anteriors notes, ara l'article 65.2 LCSP afegeix que els contractistes hauran de comptar amb l'habilitació empresarial o professional que, en el seu cas, sigui exigible per a la realització de les prestacions que constitueixin l'objecte del contracte.

3.1. Capacitat d'obrar de les persones jurídiques.

L'article 84.1 LCSP concreta que la capacitat d'obrar de les persones jurídiques s'acreditarà mitjançant l'escriptura o document de constitució, els estatuts o l'acte fundacional degudament inscrits en el registre públic corresponent.

Recordem encara que, conforme a l'article 66.1 LCSP les persones jurídiques només poden ser adjudicatàries de contractes les prestacions del quals es trobin compreses dins dels seus fins, objecte o àmbit d'activitat que, d'acord amb els seus estatuts o regles fundacionals, els siguin propis.

3.2. Concreció de les condicions de solvència.

Com fins ara, disposa l'article 76.1 LCSP que en els contractes d'obres, serveis, concessió d'obres i de serveis, així com en els de subministrament que incloguin serveis o treballs de col·locació o instal·lació podrà exigir-se a les persones jurídiques que a l'oferta s'especifiquin el nom i la qualificació professional del personal responsable d'executar les prestacions.

El PCAP també podrà exigir que s'adscriguin a l'execució del contracte medis personals o materials suficients, els quals s'integraran en el contracte i se'ls atribuiran el caràcter d'obligacions essencials als efectes d'allò previst a l'article 211, o establir penalitats, conforme amb el 192.2 per al cas del seu incompliment per l'adjudicatari.

L'adscripció d'aquests medis personals o materials com a requisits addicionals de solvència a la classificació del contractista haurà de ser raonable, justificada i proporcional a l'entitat i característiques del contracte, de forma que no limiti la participació de les empreses de licitació

3.3. Condicions especials de compatibilitat.

Article 70.1 LCSP: L'òrgan de contractació prendrà les mesures adequades per garantir que la participació en la licitació de les empreses que haguessin participat prèviament en l'elaboració de les especificacions tècniques o dels documents preparatoris del contracte o haguessin assessorat l'òrgan de contractació durant la preparació del procés no falsegi la competència. Entre aquestes mesures podrà arribar a establir-se que aqueixes empreses, i les empreses a elles vinculades, puguin ser excloses de la licitació quan no hi hagi altre medi de garantir el compliment del principi d'igualtat de tracte.

Observi's que es flexibilitza la posició de l'antic article 56.1 TRLCSP que impedia en tot cas a aqueixes empreses a concórrer en les licitacions empreses, sempre que la seva participació pogués comportar restriccions a la lliure concurrència o suposar un tracte privilegiat respecte a la resta de licitadors.

Article 70.2: Els contractes que tinguin per objecte la vigilància, supervisió, control i direcció de l'execució dels contractes, així com la coordinació de la seguretat i salut, no podran adjudicar-se a les mateixes empreses adjudicatàries dels corresponents contractes, ni a les empreses vinculades.

Pel que fa a les empreses vinculades la LCSP es remet a la definició de l'article 42 del Codi de Comerç, això és, aquelles empreses respecte de les quals es pot predicar l'existència d'una unitat de decisió. La unitat de decisió es produeix quan una empresa, en relació a una altra:

- posseeix, o pot disposar, de la majoria dels drets de vot,
- pot nomenar o destituir, o ha designat amb els seus vots la majoria de membres l'òrgan d'administració.

3.4. Penalitats i sancions.

L'article 192.1 LCSP disposa que el PCAP podrà preveure penalitats per al cas de compliment defectuós de la prestació objecte del contracte o per al supòsit d'incompliment de compromisos o condicions especials d'execució del contracte que s'haguessin establert conforme a l'article 76.2 LCSP, ja vist, i a l'article 202.1 LCSP¹⁹. Aquestes penalitats hauran de ser proporcionades a la gravetat de l'incompliment i les quanties de cadascuna d'elles no podran ser superiors al 10 per 100 del preu del contracte, IVA exclòs, ni el seu total no podrà superar el 50 per 1090 del preu del contracte.

3.5. Les prohibicions de contractar.

3.5.1. Les circumstàncies i la seva apreciació.

La disposició final novena LRJSP donà una nova redacció als articles 60 i 61 TRLCSP i introduí un nou article 61 bis. En la nova redacció de l'article 70.1 LCSP les vuit circumstàncies constitutives de prohibicions per contractar són aquestes:

- a) la condemna, mitjançant sentència ferma, per determinats delictes.
- b) la sanció ferma, per infracció greu, en determinats àmbits administratius.
- c) els supòsits d'insolvència concursal.
- d) no trobar-se al corrent de les obligacions tributàries, amb la SS, etc...
- e) haver incorregut en falsedat en la documentació del sobre A.
- f) la sanció de prohibició imposada per les lleis de subvencions i tributària.
- g) els supòsits d'incompatibilitats i de conflictes d'interessos.
- h) altres supòsits de conflicte d'interessos per contractació de personal.

En l'apartat a) s'amplien i es sistematitzen els delictes que constitueixen prohibició de contractar. En el b) es fa el mateix respecte de les sancions administratives fermes. A l'apartat d) s'amplia la prohibició a l'incompliment de la *ratio* de treballadors amb discapacitat i, respecte de les obligacions tributàries i amb la Seguretat Social, es considerarà a partir d'ara que les empreses s'hi troben al corrent en el casos de deutes fraccionats, ajornats o cautelament suspesos. Les altres causes només observen variacions de detall.

En l'apartat g) els supòsits d'incompatibilitats i conflictes d'interessos s'amplien fins el segon grau de consanguinitat, en línia recta i col·lateral, és a dir, pares, avis, fills, néts i germans, i fins el mateix grau d'afinitat, és a dir consorts i cunyats. La incompatibilitat es predica del contractista persona física i dels administradors de la persona jurídica, així com d'aquells socis

¹⁹ L'article 202 LCSP es refereix a les condicions especials d'execució del contracte de caràcter social, ètic, mediambientals i d'altre ordre. Analitzarem aquest article quan parlem de la integració de les polítiques socials, mediambientals i d'innovació.

amb una participació superior al 10 per 100 del capital social. Ara bé, mentre que l'Administració no podrà contractar en cap cas amb el corporatiu ni amb el funcionari que es trobi en alguna d'aquestes situacions (contractista persona física, administrador de la jurídica o soci amb una participació superior al 10 per 100 del capital social) quan es tracti d'algun familiar del corporatiu o funcionari fins el grau de parentiu assenyalat la prohibició de contractar no serà automàtica sinó que caldrà ponderar prèviament la concurrència o no d'un conflicte d'interessos.

El conflicte d'interessos es regula, per primera vegada, en l'article 24 de la Directiva 24/2014/UE i en l'article 64 LCSP. Disposa aquest darrer article que els òrgans de contractació hauran de prendre les mesures adequades per lluitar contra el frau, el favoritisme i la corrupció, i prevenir, detectar i solucionar de manera efectiva els conflictes d'interessos que poguessin sorgir en els procediments de licitació amb la finalitat d'evitar qualsevol distorsió de la competència i garantir la transparència en el procediment i la igualtat de tracte a tots els candidats i licitadors.

A aquests efectes el concepte de conflicte d'interessos abastarà, almenys, qualsevol situació en la que el personal al servei de l'òrgan de contractació, que a més participi en el desenvolupament del procediment de licitació o pugui influir en el seu resultat, tingui directament o indirecta un interès financer, econòmic o personal que pogués semblar que compromet la seva imparcialitat i independència en el context del procediment de licitació.

Aquelles persones o entitats que tinguin coneixement d'un possible conflicte d'interessos hauran de posar-ho immediatament en coneixement de l'òrgan de contractació.

Ultra les vuit circumstàncies anteriors, l'article 71.2 en preveu quatre més:

- a) retirar indegudament la proposició o impossibilitar l'adjudicació al seu favor.
- b) deixar de formalitzar el contracte adjudicat.
- c) incomplir clàusules essencials o condicions especials d'execució.
- d) donar lloc a la resolució culpable del contracte amb qualsevol entitat de l'article 3 LCSP.

En aquest apartat 2 s'amplien els supòsits immediatament anteriors amb els que figuren subratllats. El de la lletra e) fins ara només s'aplicava a les Administracions Públiques. A partir de la LRJSP serà d'aplicació a tots els ens del sector públic.

Les circumstàncies de les anteriors lletres c), d), f), g) i h) de l'article 71.1 LCSP s'aprecien directament per l'òrgan de contractació i subsisteixen mentre concorrin. Les de les lletres a) i b) de l'article 71.1 s'aprecien, també directament, per l'òrgan de contractació i subsisteixen durant el termini que assenyalí la sentència o resolució administrativa, si és que aquestes es pronuncien sobre el seu abast i duració. Si no s'hi pronuncien, l'abast i duració haurà de determinar-se mitjançant el procediment *ad hoc* al qual ens referim tot seguit.

3.5.2. El procediment *ad hoc* per declarar la prohibició de contractar.

Conforme a l'article 72.5 LCSP, quan sigui necessària una declaració prèvia sobre la concurrència de la prohibició, el seu abast i duració es determinaran seguint el procediment que s'estableixi en les normes de desenvolupament de la LCSP.

Aquest procediment servirà, en primer lloc, per determinar l'abast i la duració de la prohibició de contractar, en els supòsits de les lletres a) i b) de l'article 71.1 LCSP, quan no els hagués fet la sentència judicial ferma o la resolució administrativa. També servirà per declarar la prohibició de contractar, el seu abast i duració, en els següents supòsits:

- a) en el supòsit del 71.1.e) LCSP, quan es tracti de sancionar l'incompliment imputable de l'obligació de comunicar la informació que correspongui en matèria de classificació, i la relativa als registres de licitadors i empreses classificades.

- b) en el supòsit del 71.1.e) LCSP, quan es tracti de sancionar l'haver incorregut en falsedat en efectuar les declaracions responsables del sobre A.
- c) en els quatre supòsits de l'article 71.2 LCSP.

La declaració de la prohibició de contractar correspon:

- a) al Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques, a proposta de la JCCAE, la fixació de l'abast i la duració de la prohibició per contractar de les lletres a) i b) de l'article 71.1 LCSP.
- b) al Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques, a proposta de la JCCAE, o a l'òrgan competent de la Comunitat Autònoma, en el cas de la lletra e) de l'article 71.1 LCSP respecte de l'obligació de comunicar la informació prevista en matèria de classificació i respecte del registre de licitadors i empreses classificades.
- c) a l'òrgan de contractació, en el cas a la lletra e) de l'article 71.1 LCSP, quan s'hagués incorregut en falsedat al efectuar la declaració responsable de l'article 140, i en tots els supòsits de l'article 71.2 LCSP.

Es tracta, doncs, d'un procediment que haurà de ser seguit per l'Administració que correspongui, en funció de la diversificació competencial precedent. Fins que no es produeixi el desenvolupament reglamentari ens preguntem si no seria aplicable, *mutatis mutandis*, el procediment previst a l'article 97 RGLCAP, amb les especificitats previstes en aquests articles de la llei que ara comentem, particularment les relatives a les notificacions interadministratives i a les inscripcions registrals, si més no quan l'òrgan de contractació sigui local. Entenem que no. La Llei crida a un ulterior procediment *ad hoc*, i si hagués volgut remetre's al procediment d'execució contractual de l'article 97 RGLCAP així ho hagués dit.

La duració de la prohibició de contractar serà la que fixi la sentència penal ferma, i si aquesta no fixa termini, la seva duració no podrà excedir els cinc anys des de la data de la condemna per sentència ferma. En la resta de supòsits la duració no podrà excedir els tres anys, des de la data d'inscripció en el registre corresponent.

El procediment per a la declaració de la prohibició de contractar no podrà iniciar-se una vegada transcorregut

- a) el termini previst per a la prescripció de la corresponent pena, en els supòsits de l'article 71.1.a) LCSP.
- b) més de tres mesos des que es produí l'adjudicació, en el supòsit de l'article 71.2.b)

En la resta de supòsits de l'article 71 LCSP, el procediment per a la declaració de la prohibició per contractar no podrà iniciar-se si haguessin transcorregut més de tres anys comptats a partir de les dates següents:

- a) des de la fermesa de la resolució sancionadora, en el cas de l'article 71.1.b).
- b) des de la presentació de dades falses o omissió de les verdaderes, en el cas de l'article 71.1.e).
- c) des de la fermesa de la resolució del contracte, en el cas de l'article 71.2.d).
- d) des de l'adjudicació, o des que s'hagués hagut de produir, en el cas de l'article 71.2.a).

- e) des que es conegué l'incompliment de les condicions essencials, en el cas de l'article 71.2.c).

Quan la competència per declarar la prohibició de contractar correspongui al Ministre d'Hisenda i Administracions Públiques, la prohibició produirà efectes en tot el sector públic.

En el sector públic autonòmic, respecte de l'incompliment de l'obligació de comunicar la informació prevista en matèria de classificació, registre de licitadors i empreses classificades, la prohibició afectarà a tots els òrgans de contractació de la Comunitat Autònoma.

En el cas de la lletra e) de l'article 71.1, respecte a haver incorregut en falsedat al comunicar la declaració responsable de l'article 140 o a facilitar altres dades relatives a la seva capacitat i solvència, així com en els quatre supòsits de l'article 71.2, la prohibició per contractar afectarà l'àmbit de l'òrgan de contractació competent per a la seva declaració, per bé que es podrà estendre al corresponent sector públic en el que s'integri l'òrgan de contractació. En el cas del sector públic estatal l'extensió d'efectes serà excepcional i correspondrà al Ministre d'Hisenda i Administracions Públiques, a proposta de la JCCAE, a sol·licitud de la Comunitat Autònoma o Entitat Local corresponent, en els casos en què la prohibició provingui d'aquests àmbits.

Totes les prohibicions per contractar excepte les previstes a les lletres c), d), g) i h) de l'article 71.1 LCSP s'inscriuran en el Registre Oficial de Licitadors i Empreses Classificades de l'Estat (ROLECE) o a l'equivalent autonòmic, en funció de l'àmbit de la prohibició de contractar i de l'òrgan que l'hagués declarat. Recordem en aquest punt que la DF 7ª de la Llei 25/2015, de 28 de juliol, de mecanisme de segona oportunitat, reducció de la càrrega financera i altres mesures d'ordre social, modificà l'article 327 TRLCSP i hi afegí els nous apartats 2, 3 i 4, tendents a facilitar la inscripció en el ROLECE la inscripció de les prohibicions de contractar declarades per les Comunitats Autònomes –o entitats locals del seu territori- que no haguessin creat els seus propis Registres Oficials de licitadors i empreses classificades.

En altre cas els òrgans de contractació autonòmics i locals notificaran la prohibició de contractar al Registre autonòmic. La inscripció de la prohibició de contractar en el Registre de Licitadors corresponent caducarà als tres mesos des que acabi la seva duració, havent-se de procedir d'ofici a la seva cancel·lació.

3.6. Classificació i solvència de les empreses.

La Llei 25/2013, de 27 de desembre, d'impuls de la factura electrònica i creació del registre comptable de factures del sector públic modificà el TRLCSP pel que fa a la regulació de la classificació de les empreses així com a l'acreditació tant de la solvència econòmica i financera com de la tècnica o professional exigible per a contractar amb les Administracions públiques, remetent determinats aspectes a un posterior desenvolupament reglamentari.

El Reial Decret 773/2015, de 28 d'agost, pel que es modifiquen determinats preceptes del Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat per Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre (RGLCAP) és la norma reglamentària a la qual remeté l'anterior legislació.

Avui l'article 77 LCSP exigeix la classificació dels empresaris com a contractistes d'obres pels contractes d'obres el valor estimat dels quals sigui igual o superior als 500.000.- €. En aquests casos la classificació acreditarà les condicions de solvència per contractar.

En els contractes d'obres de valor estimat inferior als 500.000.- €, la classificació de l'empresari en el grup i subgrup que correspongui, que serà recollit en el PCAP, acreditarà la seva solvència, tant econòmica i financera com tècnica o professional. En aquests casos l'empresari podrà acreditar ambdues solvències, o bé mitjançant la seva classificació com a contractista d'obres

en el grup, subgrup i categoria corresponents, o bé acreditant el compliment dels requisits de solvència exigits pels plecs.

En els contractes de serveis ja no és exigible la classificació de l'empresari. Ara bé, els plecs han d'establir els criteris i requisits mínims d'ambdues solvències, tant en els termes que estableixen els articles 87 i 90 LCSP, com en els termes de grup, subgrup i categoria mínima exigible, sempre que l'objecte del contracte estigui inclòs en algun dels grups i subgrups de classificació del codi CPV del contracte. En aquests casos l'empresari podrà acreditar llurs solvències, o bé mitjançant la seva classificació com a contractista de serveis en el grup, subgrup i categoria corresponents, o bé acreditant el compliment dels requisits de solvència exigits pel plec.

Si els plecs no concretessin els requisits de solvència la seva acreditació s'efectuarà conforme als criteris, requisits i medis recollits a l'article 87.3, segon incís LCSP, que tindran caràcter supletori respecte de les omissions i falta de concreció dels plecs. Disposa aquest article el mateix que disposa avui l'article 11.4 RGLCAP: per als contractes no subjectes al requisit de classificació, quan els plecs no concretin els criteris i requisits mínims per a la seva acreditació, els licitadors que no disposin de classificació acreditaran la seva solvència econòmica i financera a través del criteri del volum anual de negocis del licitador que, referit al de major volum dels tres darrers conclosos haurà de ser, almenys una vegada i mitja el valor estimat del contracte quan la seva duració no sigui superior a un any i almenys una vegada i mitja el valor anual mig del contracte si la seva duració és superior a un any. El volum anual de negocis s'acreditarà mitjançant els seus comptes anyals aprovats i dipositats en el registre oficial corresponent.

En els contractes l'objecte dels quals consisteixi en serveis professionals, enlloc del volum de negoci, la solvència econòmica i financera es podrà acreditar mitjançant la disposició d'una assegurança d'indemnització per riscos professionals per import no inferior al valor estimat del contracte. Aquest requisit s'entendrà acomplert pel licitador que inclogui en la seva oferta un compromís vinculant de subscripció, cas de resultar adjudicatari.

Pel que fa a la solvència tècnica o professional, tant l'article 88.2 LCSP, segon incís, referit al contracte d'obres, com l'article 89.3, segon incís, referit al de subministraments, com el 90.2, segon incís, referit al de serveis, determinen que, en defecte de concreció en plecs, el criteri serà l'experiència en la realització d'obres, serveis o subministraments del mateix tipus i s'acreditarà mitjançant la relació dels treballs o subministraments de la mateixa naturalesa efectuats per l'interessat en els darrers cinc anys, en obres, o dels tres darrers anys si es tracta de serveis o subministraments, avalats per certificats de bona execució, i el requisit mínim serà que l'import anual acumulat en l'any de major execució sigui igual o superior al 70 per 100 del valor estimat del contracte, o de la seva anualitat mitja si aquesta és inferior al valor estimat del contracte.

La classificació no serà exigible en la resta de contractes, en els quals els requisits específics de solvència exigits s'indicaran en l'anunci de licitació i es detallaran en el plec del contracte.

La classificació és exigible, igualment, al cessionari d'un contracte, cas que hagués estat requerida al cedent.

La classificació del contractista podrà excepcionar-se en el següent procediment que es convoqui, quan en un procediment d'adjudicació en el que es requereix classificació no hagués concorregut cap empresa classificada, per bé que caldrà precisar en el plec els medis d'acreditació de les solvències.

Les entitats del sector públic que no siguin poders adjudicadors podran exigir la classificació als licitadors per a definir les condicions de solvència requerides per celebrar el contracte, en els anteriors termes.

Conforme a l'article 11.5 RGLCAP, llevat que en el plec s'estableixi expressament el contrari, els licitadors estaran exempts dels requisits d'acreditació d'ambdues solvències en els contractes d'obres el valor estimat dels quals no excedeixi de 80.000.- € i per a la resta dels contractes el valor estimat dels quals no excedeixi de 35.000.- €.

En els altres casos l'òrgan de contractació vindrà obligat a fixar en el plec els criteris que seran tinguts en compte per a la determinació d'ambdues solvències, els requisits mínims exigits en cada cas i els medis d'acreditació.

En els contractes d'obra i en els de serveis amb codi de classificació CPV es farà constar en el plec, a més, el grup, subgrup i categoria de classificació.

Finalment, les disposicions transitòries segona i tercera del RD 773/2015, de 28 d'agost estableixen, per als contractes d'obres i de serveis, respectivament, que fins el primer de gener de l'any 2020 s'admetrà la classificació en els grups, subgrups i categories tant si han estat atorgats en els termes actualment vigents com si ho foren en els immediatament anteriors que establí el RGLCAP abans d'aquesta darrera modificació, d'acord amb uns quadres d'equivalències que ambdues transitòries estableixen pel que fa a les categories.

La classificació tampoc no és exigible als empresaris no espanyols dels Estats membres de la UE, o d'Estats signataris de l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu, sense perjudici de l'obligació d'acreditar llurs solvències.

VII. OBJECTE, PREU, VALOR ESTIMAT I DURACIÓ DEL CONTRACTE

1. DETERMINACIONS RESPECTE DE L'OBJECTE: ELS LOTS.

1.1. L'objecte és un element estructural dels contractes.

Els elements estructurals dels contractes són tres: consentiment, objecte i causa.

Sense objecte cert no hi ha contracte (article 1261 CC). La natura i extensió de l'objecte s'haurà de determinar amb precisió i deixar-ne constància documental en la preparació del contracte (article 22 TRLCSP)

La causa del contracte és el propòsit perseguit amb la seva celebració. Sense causa lícita el contracte és nul. Per això està prohibit celebrar altres contractes que aquells que siguin necessaris per al compliment dels fins institucionals propis de l'ens contractant (article 22 TRLCSP).

L'objecte del contracte està subjecte a unes determinades condicions, que assenyalen l'article 99 LCSP:

- a) Ha d'ésser determinat, per bé que podrà definir-se en funció de les necessitats o funcionalitats concretes que es pretenguin satisfer, sense tancar l'objecte del contracte a una solució única, especialment en aquells casos en els quals s'estimi que poden incorporar-se innovacions tecnològiques, socials o ambientals que millorin l'eficiència i sostenibilitat dels béns, obres o serveis que es contractin. Només la quantitat pot no estar determinada. Recordi's, en efecte, que l'article 1273 CC disposa que:

La indeterminació en la quantitat no serà obstacle per a l'existència del contracte sempre que sigui possible determinar-la sense necessitat de nou conveni entre els contractants.

- a) No pot fraccionar-se amb la finalitat de disminuir-ne la quantia i eludir els requisits de publicitat o els relatius al procediment d'adjudicació.
- b) Sempre que la naturalesa o l'objecte del contracte ho permeti haurà de preveure's la realització independent de cadascuna de les seves parts mitjançant la seva divisió en lots, podent-se reservar lots per a centres especials d'ocupació o empreses d'inserció, conforme a la D.A. 4ª LCSP.

1.2. La subdivisió en lots a la Directiva 2014/24/UE.

La Directiva 2014/24/UE disposa en el seu l'article 46 que la motivació haurà de concórrer, no quan el contracte es vulgui subdividir en lots, com ha succeït fins ara, sinó quan el poder adjudicador decideixi no subdividir-lo; en aquest cas haurà d'indicar les raons que l'assisteixen, de les quals n'haurà de deixar constància en el plec. Aquestes raons, informa el considerant (78) de la Directiva, podran basar-se en el fet que la divisió en lots pugui comportar

- a) un risc de restricció de la competència, o
- b) una execució del contracte excessivament difícil o onerosa, o
- c) un risc greu en la coordinació de la seva execució.

En general, la Directiva 2014/24 distingeix entre uns mandats:

- a) adreçats als Estats membres, que normalment es materialitzen en seu legislativa, quan es transposa la Directiva,
- b) i uns altres mandats adreçats als poders adjudicadors, que es materialitzaran ja en seu d'adjudicació del contracte de què es tracti.

Pel que fa als primers preveu la Directiva que els Estats membres puguin fer obligatòria en la seva legislació interna l'adjudicació de contractes en forma de lots separats. Això és el que feu l'article 5.1 del Decret-Llei i ha fet ara, també, la LCSP.

Els poders adjudicadors:

- a) hauran de precisar en l'anunci de licitació si les ofertes poden presentar-se per a un, per a més d'un, o per a tots els lots.
- b) Estaran també facultats per limitar el nombre de lots que puguin adjudicar-se a un mateix licitador, sempre que així s'hagués indicat en l'anunci. En aquest cas, disposa l'article 5.2 del Decret-Llei que caldrà establir els criteris per determinar quins o quants lots es poden adjudicar a una mateixa empresa licitadora en cas que presenti l'oferta més avantatjosa.

Aquest canvi de rumb queda perfectament motivat en els considerants (78) i (79) de la Directiva 2014/24, segons els quals:

- a) la contractació pública ha d'adaptar-se a les necessitats de les PIME,
- b) cal animar els poders adjudicadors a utilitzar el CEBP de 25.6.08²⁰,

²⁰ Codi europeu de bones pràctiques per facilitar l'accés de les PIMES als contractes públics, aprovat el 25.6.08 per la Comissió Europea. Aquest codi invita a la divisió en lots de l'objecte dels contractes, sempre

- c) cal dividir els grans contractes en lots, augmentant la competència.

D'altra banda, la divisió en lots pot ser quantitativa, per magnituds econòmiques, o qualitativa, per gremis i especialitzacions, per adaptar millor el contingut de cada contracte als sectors especialitzats de les PIME.

Però és que la Directiva 2014/24 encara va més enllà quan afirma que la magnitud i contingut dels lots:

- a) han de ser determinats lliurement pel poder adjudicador,
- b) sense estar subjecte a supervisió administrativa ni judicial.

El mateix mandat adreça la Directiva als Estats membres quan els obliga a considerar la conveniència de dividir els contractes en lots, convertint-los en contractes més petits, ja sigui:

- a) exigint als poders adjudicadors que aportin una justificació de la decisió de no dividir els contractes en lots,
- b) o fent obligatòria la divisió en lots en determinades condicions.

En fi, l'adjudicació de contractes que combinin varis lots o tots els lots, ve justificada en el considerant (79) en la dificultat que en certes ocasions pot comportar l'adjudicació del contracte lot per lot, que podria comportar l'acceptació de solucions menys avantatjoses respecte d'una adjudicació que reuneixi varis lots o tots els lots. Per això, els poders adjudicadors hauran de quedar habilitats a efectuar una avaluació comparativa de les ofertes per determinar si una determinada combinació de lots es considera més avantatjosa. Aqueixa avaluació comparativa s'haurà de fer de la manera següent:

- a) en primer lloc, determinant quines ofertes compleixen millor els criteris d'adjudicació, lot per lot, i
- b) en segon lloc, comparant el resultat amb les ofertes presentades per un licitador concret per a una combinació específica de lots considerats en el seu conjunt.

1.3. Els lots a l'article 99 LCSP.

L'òrgan de contractació podrà no dividir en lots l'objecte del contracte quan es justifiqui a l'expedient la concurrència de motius vàlids, com ara:

- a) Que la divisió en lots comporti el risc de restringir injustificadament la competència. Per tal de justificar aquest motiu l'òrgan de contractació haurà de sol·licitar informe previ a l'Autoritat Catalana de la Competència (ACC) per tal que es pronunciï sobre aquesta circumstància.
- b) Que la divisió independent de prestacions diverses dificulti la correcta execució de l'objecte des del punt de vista tècnic; o bé que el risc per a la correcta execució del contracte procedeixi de la naturalesa del mateix objecte, en implicar la necessitat de coordinar l'execució de les diferents prestacions. Ambdós extrems hauran de justificar-se degudament a l'expedient.

Quan l'òrgan de contractació procedeixi a la divisió en lots es podran introduir les limitacions següents, degudament justificades a l'expedient:

que sigui possible, a l'objecte d'evitar que les PIME quedin excloses de la licitació simplement perquè no poden abordar amb llurs ofertes tot l'objecte del contracte.

- a) Podrà limitar-se el nombre de lots pels quals un mateix licitador pugui presentar oferta.
- b) Podrà limitar el nombre de lots que puguin adjudicar-se a cada licitador.

Quan l'òrgan de contractació vulgui introduir alguna d'ambdues limitacions anteriors haurà d'indicar-ho expressament en l'anunci de licitació i en el PCAP. Quan aquesta limitació sigui la de la lletra b), a més, el PCAP haurà de d'incloure els criteris o normes, objectius i no discriminatoris, que s'aplicaran quan un licitador pugui esdevenir adjudicatari d'un nombre de lots que excedeixi del màxim indicat en el mateix PCAP.

1.4. L'oferta integradora.

Quan l'òrgan de contractació hagi dividit l'objecte en lots i hagi permès que podrà adjudicar-se més d'un lot al mateix licitador, podrà també adjudicar a una oferta integradora, sempre i quan concorrin tots i cadascun dels requisits següents:

- a) Que aquesta possibilitat s'hagués previst en el PCAP, amb concreció de les combinacions que s'admetran, així com la solvència i capacitat exigida en cadascuna d'elles.
- b) Que es tracti de supòsits en els quals existeixi més d'un criteri d'adjudicació.
- c) Que prèviament es dugui a terme una avaluació comparativa per determinar si les ofertes presentades per un licitador concret per a una combinació particular de lots compliria millor, en conjunt, els criteris d'adjudicació establerts en el PCAP amb respecte a aquests lots, que no pas les ofertes presentades pels lots separats de què es tracti, considerats aïlladament.
- d) Que els empresaris acreditin la solvència econòmica financera i tècnica corresponent o, en el seu cas, la classificació, al conjunt de lots pels quals es liciti.

1.5. Com evitar el frau de llei.

El fraccionament fraudulent de l'objecte busca eludir els requisits procedimentals o de publicitat. La qüestió és com es combat aqueixa corruptela, que es consuma acudint als contractes menors quan en dret no seria possible. També s'ha utilitzat per acudir al procediment negociat sense publicitat per raó de la quantia, però el Decret-Llei 3/2016 va posar fi a aquesta corruptela, com també ho fa la LCSP.

En els casos anteriors les normes procedimentals i de publicitat que hagin d'aplicar-se a l'adjudicació de cada lot o prestació diferenciada es determinaran en funció del valor acumulat del conjunt, fins i tot pel que fa a la regulació harmonitzada, calculat segons estableix l'article 101 LCSP relatiu al valor estimat del contracte.

Tanmateix, en els contractes d'obra, serveis i subministraments subjectes a regulació harmonitzada serà eludible la publicació en el DOUE respecte d'aquells lots el valor estimat dels quals sigui inferior a

- a) un milió d'euros, en obres, sempre que el valor acumulat dels lots exceptuats no sobrepassi el 20 per 100 del valor acumulat de la totalitat d'aquests (article 20.2 LCSP).
- b) 80.000.- €, en serveis i subministraments, sempre que el valor acumulat dels lots exceptuats no sobrepassi el 20 per 100 del valor acumulat de la totalitat d'aquests (articles 21.2 i 22.2 LCSP).

2. LA POTESTAT DE MODIFICACIÓ DELS CONTRACTES.

2.1. Concurrència de diferents règims jurídics.

El règim jurídic actualment vigent en matèria de modificació de contractes és el que va establir la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible (LES), la qual entrà en vigor el 6.3.11, per bé que la seva disposició transitòria setena determinà explícitament que els contractes administratius que haguessin estat adjudicats abans de la seva entrada en vigor es regirien, quant als seus efectes, compliment i extinció, inclosa la seva duració i règim de pròrrogues, per la normativa anterior.

No podem desdenyar les innovacions en el règim de modificació dels contractes introduïdes pel Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública (DLMUC) en matèria de prestacions addicionals, que vénen a substituir les complementàries.

Disposa, en efecte, l'article 9.1 del Decret-Llei 3/2016 que els contractes es podran modificar quan sigui necessari realitzar prestacions addicionals que únicament pugui portar a terme el contractista per raons econòmiques o tècniques o perquè una nova adjudicació pugui generar inconvenients significatius o un augment substancial de costos per a l'Administració. El límit màxim global d'una modificació per aquesta causa serà del 50% del valor inicial del contracte.

És sabut que les obres, els serveis i els subministraments complementaris, tal com vénen definits en els articles 171.b), 173.c) i 174.b) TRLCSP, no comporten una modificació contractual sinó la perfecció d'un nou contracte sense publicitat, el qual s'adjudica per procediment negociat al contractista de l'objecte principal si concorren uns determinats requisits, que normalment no concorren. Els òrgans de contractació, ai las!, han abusat d'aquest supòsit habilitant del procediment negociat sense publicitat, ja que en no poques ocasions l'han aplicat incorrectament allí on l'article 107 TRLCSP no permetia modificar el contracte, normalment perquè l'import de la modificació igualava o excedia, en més o en menys, el 10 per 100 del seu preu d'adjudicació (article 107.3.d) TRLCSP).

Observi's, en efecte, que l'adjudicació d'un contracte complementari al contractista de l'objecte principal requeria, i continua requerint a la resta de l'estat espanyol, la concurrència dels requisits següents:

- a) Que la prestació complementària no figurés ni en el projecte ni en el contracte.
- b) Que degut a una circumstància, imprevisible per un poder adjudicador diligent, la prestació complementària passés a ser necessària per realitzar l'objecte tal com estava descrit en el projecte o en el contracte, sense modificar-lo.

Ja es comprendrà que les condicions de possibilitat habilitants de les prestacions complementàries són molt remotes. En el contracte d'obres, per posar un exemple, només són complementàries aquelles obres com ara els pilotatges que no es preveïeren en un projecte, perquè el seu estudi geològic no els feu necessaris, però que durant l'execució de l'obra sorgeix la seva necessitat, per tal de poder realitzar l'obra tal com està descrita en el mateix projecte. Cal, en tot cas, que no es pugui imputar al projectista ni al poder adjudicador cap negligència ni imprevisió; és a dir, que si a l'origen no hi hagué estudi geològic, ja no és possible acudir a l'obra complementària, en faltar la imprevisibilitat responsable.

En fi, el Decret-Llei, conscient que prestacions addicionals i complementàries són el mateix, suprimí els supòsits habilitants del procediment negociat sense publicitat dels articles 171.b) i 174.b) TRLCSP. En canvi, manté inexplicablement el del 173.c) TRLCSP, potser perquè els subministraments complementaris es defineixen en uns altres termes.

Avui es pacífic que la modificació dels contractes ja perfeccionats forma part dels seus efectes, compliment i extinció. A aquests contractes, en conseqüència, els serà d'aplicació un o altre règim jurídic en funció del moment en el qual hagués tingut lloc la seva adjudicació, en els termes de la disposició transitòria de la LES.

Així resulta que els contractes administratius vigents, en matèria de modificacions contractuals, es poden trobar subjectes:

- a) al règim anterior a la LES, si foren perfeccionats abans del 6.3.11.
- b) al règim de la LES, si foren perfeccionats del 6.3.11 al 5.6.16.
- c) al règim del DLMUC, si foren perfeccionats a partir del 5.6.16.
- d) al règim de la LCSP, els que siguin perfeccionats a partir del 9.3.18.

Els contractes, normalment d'activitat, adjudicats abans del 6.3.11, es regulen, encara, per la normativa anterior a la LES; tractant-se de contractes d'activitat, de llarguíssima durada, aquest primer supòsit no té res d'excepcional²¹.

2.2. El nou règim de la modificació dels contractes.

Ve regulat als articles 203 a 207 LCSP en termes aparentment restrictius, per bé que les possibilitats modificatives s'obren respecte del règim jurídic immediatament anterior. Sense perjudici dels supòsits previstos a la mateixa LCSP relatius a:

- a) la successió en la persona del contractista,
- b) cessió del contracte,
- c) revisió de preus, i
- d) ampliació del termini d'execució,

els contractes administratius només podran ser modificats per raons d'interès públic i seguint el procediment regulats a l'article 191, amb les especialitats del 207 LCSP.

Els contractes administratius celebrats pels òrgans de contractació només podran modificar-se durant la seva vigència quan es doni algun dels supòsits següents:

- a) quan així s'hagués previst en el PCAP, en els termes i condicions establertes en l'article 204.
- b) Excepcionalment, quan sigui necessari realitzar una modificació que no estigui prevista en el PCAP, sempre i quan es compleixin les condicions del 205.

En qualsevol altre cas, si fos necessari que un contracte en vigor s'executés de forma diferent a la pactada, caldrà procedir-se a la seva resolució i a la celebració d'un altre contracte sota les condicions que procedeixin, en el seu cas prèvia convocatòria i substanciació d'una nova licitació pública, sense perjudici del que disposa l'article 213.6 LCSP respecte de l'obligació del contractista d'adoptar mesures que resultin necessàries per raons de seguretat, servei públic o possible ruïna.

Quant al procediment, recordem que la potestat de modificació dels contractes és una de les prerrogatives que l'article 190 LCSP reconeix a les Administracions públiques, raó per la qual l'article 191 LCSP imposa que en el procediment que s'instrueixi s'hagi de donar audiència al contractista i, així mateix, sigui preceptiu el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora en el

²¹ Els contractes adjudicats a partir del 6.3.11, i tots aquells expedients de contractació ja incoats però no adjudicats a 6.3.11 es regulen per la LES.

cas de modificacions no previstes en el PCAP la quantia de les quals, conjuntament o aïllada, sigui superior a un 20 per 100 del preu inicial del contracte, IVA exclòs, i el seu preu sigui igual o superior als 6.000.000.- €.

2.2.1. Modificacions previstes en el PCAP.

També denominades modificacions convencionals, ja que s'adopten amb plena consciència i voluntat del contractista, vénen regulades a l'article 204 LCSP.

Els contractes de les Administracions públiques podran modificar-se durant la seva vigència fins un màxim del 20 per 100 del seu preu inicial quan en el PCAP s'hagués advertit expressament d'aquesta possibilitat, en la forma i amb el contingut següents:

- a) La clàusula de modificació haurà d'estar formulada de forma clara, precisa i inequívoca.
- b) Quant al seu contingut haurà de precisar amb el suficient detall:
 - El seu abast, límits i naturalesa.
 - Les condicions en les quals podrà ser actuada per referència a circumstàncies la concurrència de les quals pugui verificar-se de forma objectiva.
 - El procediment que hagués de seguir-se per realitzar la modificació.
- c) La modificació no podrà suposar l'establiment de nous preus unitaris no previstos en el contracte.
- d) La formulació i el contingut de la clàusula de modificació ha de permetre als licitadors comprendre el seu abast exacte i interpretar-la de la mateixa manera, i permetre a l'òrgan de contractació comprovar el compliment pels primers de les condicions d'aptitud exigides i valorar correctament les ofertes per ells presentades.
- e) en cap cas les clàusules de modificació no podran alterar la naturalesa global del contracte inicial, i s'entendrà que s'alteren si es substitueixen les obres, subministraments o serveis per uns altres diferents o es modifica el tipus de contracte. En canvi, no s'entendrà que s'altera quan es substitueixi alguna unitat d'obra, subministrament o servei puntual.

2.2.2. Modificacions no previstes en el PCAP.

També denominades modificacions legals, ja que s'adopten al marge de la voluntat del contractista, les regula l'article 205 LCSP, que engloba també les prestacions addicionals introduïdes pel DLMUC.

La nova llei regula de forma restrictiva les modificacions no previstes en el PCAP o que, havent estat previstes, no s'ajustin a l'establert a l'article 204, en establir que es limitaran a introduir les variacions estrictament indispensables per respondre a la causa objectiva que les faci necessàries. Aquestes modificacions només trobaran la seva justificació en algun dels supòsits següents:

- a) Quan sigui necessari afegir obres, subministraments o serveis addicionals als inicialment contractats, sempre i quan es donin ambdós requisits següents:
 - que el canvi de contractista no fos possible per raons econòmiques o tècniques, per exemple perquè obligués l'òrgan de contractació a adquirir obres, serveis o subministraments amb característiques diferents a les inicialment contractades,

quan aquestes diferències donin lloc a incompatibilitats o a dificultats tècniques d'ús o de manteniment que resultin desproporcionades; i, així mateix, que el canvi de contractista generés inconvenients significatius o un augment substancial de costos per a l'òrgan de contractació. En cap cas no es considerarà un inconvenient significatiu la necessitat de celebrar una nova licitació per permetre el canvi de contractista.

- que la modificació de la quantia no excedeixi, aïlladament o conjunta amb altres modificacions acordades conforme a aquest article 205 LCSP, del 50 per 100 del preu inicial del contracte, IVA exclòs.
- b) Quan la necessitat de modificar un contracte vigent es derivi de circumstàncies sobrevingudes i que fossin imprevisibles en el moment en el qual tingué lloc la licitació, sempre i quan es compleixin les tres condicions següents:
- Que la modificació es derivi de circumstàncies que una Administració diligent no hagués pogut preveure.
 - Que la modificació no alteri la naturalesa global del contracte
 - Que la seva quantia no excedeixi, aïlladament o conjunta amb altres modificacions acordades conforme a aquest article 205 LCSP, del 50 per 100 del preu inicial, exclòs l'IVA.
- c) Quan les modificacions no siguin substancials. En aquest cas s'haurà de justificar especialment llur necessitat indicant les raons per les quals aquestes prestacions no es van incloure en el contracte inicial. Una modificació es considerarà substancial quan tingui com a resultat un contracte de naturalesa materialment diferent al celebrat en un principi i, en qualsevol cas, quan es compleixi una o més d'una de les condicions següents:
- Que la modificació introdueixi condicions que, cas d'haver figurat en el procediment de contractació inicial, hagués permès la selecció de candidats diferents dels seleccionats inicialment i l'acceptació d'una oferta diferent a la inicialment acceptada o haguessin atret més participants en el procediment de contractació. En tot cas es considerarà que així succeeix quan l'obra o el servei adjudicats més la modificació pretesa requereixin una classificació del contractista diferent a la que, en el seu cas, es va exigir en la licitació original.
 - Que la modificació alteri l'equilibri econòmic del contracte en benefici del contractista d'una manera que no estava prevista en el contracte inicial. Es considerarà que es dóna aquest supòsit quan, com a conseqüència de la modificació s'introduïren unitats d'obra noves l'import de les quals representaria més del 50 per 100 del pressupost inicial del contracte.
 - Que la modificació amplii de forma important l'àmbit del contracte. Es considerarà que així succeeix quan:
 - El valor de la modificació suposi una alteració en la quantia del contracte que excedeixi, aïlladament o conjunta, del 15 per 100 del preu inicial del contracte, IVA exclòs, si es tracta del contracte d'obres, o d'un 10 per 100, IVA exclòs, quan es refereixi als altres contractes, o bé superi el límit de la publicitat comunitària.

- Les obres, serveis o subministraments objecte de modificació es trobin dins l'àmbit d'un altre contracte, actual o futur, sempre que s'hagi iniciat la tramitació de l'expedient de contractació.

Disposa l'article 206 LCSP que les modificacions legals són obligatòries pel contractista quan impliquin, aïlladament o conjuntament, una alteració en la seva quantia que no excedeixi del 20 per 100 del preu inicial del contracte, IVA exclòs.

Quan la modificació no sigui obligatòria pel contractista, aquesta només serà acordada per l'òrgan de contractació prèvia conformitat per escrit d'aquell, resolent-se el contracte en cas contrari.

2.3. Publicació i formalització.

D'acord amb els articles 63.3.c) i 207.3 LCSP, darrer paràgraf, els anuncis de modificació i la seva justificació es publiquin en el perfil de contractant pes òrgans de contractació en el termini de 5 dies des de l'aprovació de la modificació, que haurà d'anar acompanyat de les al·legacions del contractista i de tots els informes que, en el seu cas, s'haguessin recaptat amb caràcter previ a la seva aprovació²².

Per la seva banda l'article 203.3 LCSP imposa que les modificacions del contracte es formalitzin d'acord amb l'article 153 i es publiquin d'acord amb els articles 207 i 63. L'article 153 LCSP obliga a què la formalització s'ajusti amb exactitud a les condicions de la licitació. En cap cas no es podran incloure en la formalització clàusules que alterin els termes de l'adjudicació –o de la modificació.

Els serveis dependents de l'òrgan de contractació requeriran l'adjudicatari que formalitzi el contracte en un termini no superior a cinc dies des del següent al del requeriment, una vegada transcorregut el termini d'interposició de REMC sense que aquest no s'hagués interposat. En altre cas la formalització haurà d'efectuar-se no més enllà dels quinze dies hàbils següents a aquell en el que es realitzi la notificació de l'adjudicació.

Quan per causes imputables a l'adjudicatari no es formalitzés el contracte dins de termini se li exigirà el 3 per 100 del pressupost base de licitació, exclòs l'IVA, en concepte de penalitat, adjudicant-se el contracte al licitador següent per ordre de classificació.

Si les causes de la no formalització fossin imputables a l'Administració s'indemnitzarà el contractista pels danys i perjudicis que la demora li hagués reportat.

Excepte en els supòsits d'emergència i els altres previstos per la LCSP, no podrà procedir-se a l'execució del contracte abans de la seva formalització.

2.4. Especialitats procedimentals.

Conforme amb l'article 207 LCSP, les modificacions convencionals s'acordaran en la forma prevista en el PCAP.

Abans de procedir a una modificació legal s'haurà de donar audiència al redactor del projecte o de les especificacions tècniques si aquests documents s'haguessin preparat per un tercer aliè a l'òrgan de contractació, per tal que en un termini no inferior a tres dies, formuli les consideracions que cregui convenientes.

²² Naturalment, si el contracte que es modifica està subjecte a regulació harmonitzada s'haurà de publicar en el DOUE el corresponent anunci de modificació (article 207.3 LCSP).

Com s'acaba de dir, la modificació substancial dels contractes subjectes a regulació harmonitzada haurà de publicar-se en el DOUE, llevat dels contractes de serveis o de concessió de serveis de l'annex IV.

Recordem, finalment, que de conformitat amb l'article 213.6 LCSP, quan no sigui possible modificar el contracte perquè la modificació exorbiti el marc dels articles 203 a 207 LCSP, i procedeixi la seva resolució, el contractista quedarà obligat, en la forma i abast que determini l'òrgan de contractació, a adoptar les mesures necessàries per raons de seguretat, o indispensables per evitar un greu trastorn a l'interès públic o la ruïna d'allò construït o fabricat. A falta d'acord, la retribució del contractista serà fixada per l'òrgan de contractació una vegada conclusos els treballs i prenent com a referència els preus que serviren de base per a la celebració del contracte. El contractista podrà impugnar aquesta decisió de l'òrgan de contractació que haurà de resoldre en el termini de 15 dies hàbils.

Quan el contractista no pugui garantir les mesures indispensables establertes en el paràgraf anterior, l'Administració podrà intervenir garantint la realització d'aquestes mesures, bé amb els seus propis medis, bé a través d'un contracte amb un tercer.

2.4.1. Especialitats del contracte d'obres.

Les enumera l'article 242 LCSP. La primera i més important és que quan la modificació suposi supressió o reducció d'unitats d'obra el contractista no tindrà dret a reclamar cap indemnització.

Quan es tracti d'introduir unitats d'obra no previstes en el projecte, els preus unitaris seran fixats contradictòriament, com fins ara, prèvia audiència del contractista pel termini mínim de tres dies hàbils. Si aquest no acceptés els preus, l'òrgan de contractació podrà contractar aquestes obres amb un altre empresari en els mateixos preus que hagués fixat, executar-les directament o optar per la resolució del contracte conforme amb l'article 211 LCSP.

La novetat apareix en aquest darrer incís; a partir d'ara el contractista haurà de saber que si no accepta els preus contradictoris se li pot resoldre el contracte, cosa que fins ara no era possible que succeís.

Una altra novetat important és que, quan la modificació contempli unitats d'obra que haguessin de quedar definitivament ocultes, abans d'efectuar l'amidament parcial haurà de comunicar-se a la Intervenció amb una antelació mínima de cinc dies per tal que, si ho considera oportú pugui acudir a l'acte i actuar les seves funcions de comprovació material de la inversió, i això sense perjudici de què, una vegada acabades les obres, pugui fer acte de presència també a la recepció, de conformitat amb els articles 243.1 i 210.2 LCSP.

Quan el director facultatiu de l'obra consideri necessària una modificació del projecte i es compleixin els requisits dels articles 203 a 207 LCSP, recaptarà l'autorització de l'òrgan de contractació per iniciar l'expedient corresponent, que es substanciarà amb les actuacions següents:

- a) Redacció de la modificació del projecte.
- b) Audiència del contractista i del redactor del projecte per tres dies.
- c) Aprovació de l'expedient per l'òrgan de contractació.

No obstant això, no tindran la consideració de modificacions:

- a) L'excés d'amidaments, això és, la variació que durant la correcta execució de l'obra es produeixi exclusivament en el nombre d'unitats realment executades sobre les previstes, sempre que en global no representin un increment de la despesa superior al 10 per 100

del preu del contracte inicial. Aquest excés d'amidaments serà recollit en la certificació final d'obra.

- b) La inclusió de preus nous, fixats contradictòriament pels procediments legalment establerts, sempre que no suposin increment del preu global del contracte ni afectin a unitats d'obra que en el seu conjunt excedeixi del 3 per 100 del pressupost del primitiu contracte.

Respecte del que s'acaba de dir cal fer dues precisions:

- a) En primer lloc, la modificació del projecte no sempre serà necessària. A Catalunya cal tenir presents els articles 42 i següents del ROAS, que diferencien entre modificació i revisió dels projectes, així com les modificacions urgents o d'emergència.
- b) L'excés d'amidaments i els preus contradictoris, quan no tenen la consideració de modificacions del contracte, no computen en els percentatges, ni del 204 ni del 205 LCSP.

2.4.2. Especialitats dels contractes de serveis i subministraments.

Tant en el contracte de subministrament (article 301.2 LCSP) com en el de serveis (article 309 LCSP) quan la determinació del preu es realitzi mitjançant preus unitaris o unitats d'execució, es podrà incrementar el nombre d'unitats a subministrar o executar fins el percentatge del 10 per 100 del preu del contracte, sense que sigui precís tramitar el corresponent expedient de modificació, sempre que així s'hagués establert en el PCAP i s'hagués acreditat el corresponent finançament en l'expedient originari del contracte.

2.4.3. Especialitats dels contractes de concessió.

Quant a la concessió d'obres, disposa l'article 262 LCSP que l'òrgan de contractació podrà acordar, per exigències de l'interès públic i sempre que concorrin totes les circumstàncies legals, la modificació de les obres així com la seva ampliació, procedint-se, en el seu cas, a la revisió del pla econòmic financer a l'objecte d'acomodar-lo a les noves circumstàncies.

Tota modificació que afecti l'equilibri econòmic de la concessió es subjectarà a les normes generals de modificació dels articles 203 a 207 LCSP, ja vistes, i a l'article 270 LCSP si es tracta d'una concessió d'obres, o a l'article 290 LCSP, si es tracta d'una concessió de serveis. Ambdós articles diuen pràcticament el mateix quan regulen el règim de manteniment de l'equilibri econòmic del contracte de concessió d'obres i de serveis, respectivament, en els termes següents:

- a) l'obligació de restablir l'equilibri econòmic del contracte en benefici de la part que correspongui, en els termes que foren considerats per a la seva adjudicació, tenint en compte l'interès general i l'interès del concessionari, es produirà en els tres supòsits següents:
 - quan l'Administració modifiqui l'obra en els termes de l'article 262, o el servei en els termes dels articles 203 a 207 LCSP (*ius variandi*).
 - quan actuacions de l'Administració concedent, pel seu caràcter obligatori per al concessionari, determinessin de forma directa la ruptura substancial de l'economia del contracte (*factum principis*).
 - quan causes de força major, de les enumerades a l'article 239 LCSP, determinessin de forma directa la ruptura substancial de l'economia del contracte (risc imprevisible).

- b) en cap cas no hi haurà dret al restabliment de l'equilibri econòmic financer per incompliment de les previsions de la demanda. S'entén que si l'Administració neutralitzés el risc de demanda, com a risc operacional substancial, acabaria afectant el nucli dur de la mateixa definició de concessió.
- c) el restabliment de l'equilibri econòmic del contracte es realitzarà mitjançant l'adopció de les mesures que procedeixin en cada cas les quals podran consistir en:
- la modificació de les tarifes per a la utilització de l'obra,
 - la modificació de la retribució a abonar per l'Administració,
 - la reducció del termini concessional, i
 - en general, en qualssevol modificació de les clàusules econòmiques.
- d) en el cas de *factum principis* i de risc imprevisible, sempre que la retribució del concessionari provingui en més d'un 50 per 100 de tarifes abonades pels usuaris, podrà prorrogar-se el termini de la concessió per un període que no excedeixi d'un 15 per 100 de la seva duració inicial²³.
- e) el contractista tindrà dret a desistir del contracte quan aquest resulti extraordinàriament oneros per a ell com a conseqüència d'alguna de les circumstàncies següents:
- aprovació d'una disposició general per una Administració diferent de la concedent amb posterioritat a la formalització del contracte.
 - quan el concessionari hagués d'incorporar, per venir obligat legalment o contractualment, a les obres o a la seva explotació avenços tècnics que les millorin notòriament i la disponibilitat dels quals en el mercat, d'acord amb l'estat de la tècnica, s'hagués produït posteriorment a la formalització del contracte.
- S'entendrà que el compliment del contracte esdevé extraordinàriament oneros per al concessionari quan la incidència de les disposicions de les Administracions o l'import de les millores tècniques que haguessin d'incorporar-se suposin un increment net anualitzat dels costos de, almenys, el 5 per 100 de l'import net de la xifra de negocis de la concessió per al període que resti fins a la seva conclusió. Per al càlcul del rendiment es deduiran, en el seu cas, els possibles ingressos addicionals que la mesura pogués generar.
- Quan el contractista desistís del contracte com a conseqüència de l'establert en aquesta lletra, la resolució no darà dret a indemnització per a cap d'ambdues parts.
- f) en el cas que els acords que dicti l'òrgan de contractació respecte del desenvolupament de l'explotació del servei o de la concessió d'obres manquin de transcendència econòmica el concessionari no tindrà dret a cap indemnització ni compensació per causa d'aquests.

3. PRESSUPOST BASE DE LA LICITACIÓ, VALOR ESTIMAT I PREU.

3.1. Pressupost base de licitació (article 100 LCSP).

El pressupost base de licitació (PBL) és el límit màxim de despesa que en virtut del contracte pot comprometre l'òrgan de contractació, inclòs l'IVA, llevat disposició en contra.

²³ En la concessió de serveis es produeixen dues petites modificacions de detall respecte de la concessió d'obres: d'una banda desapareix l'exigència de què la retribució del concessionari provingui en més d'un 50 per 100 de les tarifes abonades pels usuaris i, de l'altra, s'exigeix que l'eventual pròrroga del 15 per 100 de la duració inicial respecti els límits màxims de duració de les concessions.

Existeix un mandat legal adreçat als òrgans de contractació consistent en tenir cura de què el PBL sigui adequat als preus del mercat. A aquest efecte el PBL es desglossarà indicant en el PCAP els costos directes i indirectes i altres eventuals despeses calculades per a la seva determinació.

Una altra novetat important és que ara la LCSP obliga, en els contractes en què el cost dels salaris formi part del preu total del contracte, a què el PBL indiqui de forma desglossada i amb desagregació de gènere i categoria professional els costos salarials estimats a partir del conveni laboral de referència.

3.2. Valor estimat del contracte (article 101 LCSP).

El valor estimat del contracte (VEC) es determina de la següent manera:

- a) en els contractes d'obres, serveis i subministraments, l'òrgan de contractació prendrà l'import total, sense incloure l'IVA, que haurà de pagar segons les seves estimacions.
- b) En els contractes de concessió d'obres i de serveis l'òrgan de contractació prendrà l'import net de la xifra de negocis, sense incloure l'IVA, que segons les seves estimacions, generarà l'empresa concessionària com a contraprestació de les obres i els serveis objecte del contracte, així com els subministraments relacionats amb aquestes obres i serveis.

En el càlcul del VEC s'ha d'incloure, a més dels costos derivats de l'aplicació de les normatives laborals vigents, altres costos que es derivin de l'execució material dels serveis, les despeses generals d'estructura i el benefici industrial, així com:

- a) Qualsevol forma d'opció eventual,
- b) Les eventuals pròrrogues del contracte,
- c) La quantia de primes o pagaments a candidats,
- d) En el cas de modificacions convencionals, l'import màxim d'aquestes.
- e) Els costos laborals derivats dels convenis col·lectius sectorials d'aplicació.

Adicionalment, en els contractes de concessió s'inclourà en el VEC:

- a) la renda procedent del pagament de taxes i multes pels usuaris no recaptades en nom del poder adjudicador.
- b) Els pagaments, subsidis, avantatges financers i les subvencions a la inversió pública procedents del poder adjudicador o de tercers.
- c) El preu de venda de qualsevol actiu que formi part de la concessió.
- d) El valor de tots els subministraments i serveis que el poder adjudicador posi a disposició del concessionari.

L'article 101 LCSP conté uns mandats concrets i específics per calcular el VEC en cadascun dels diferents tipus i modalitats contractuals, dels quals hem de ressaltar els més generals, que són aquests:

- a) El mètode de càlcul aplicat per l'òrgan de contractació per calcular el VEC ha de figurar en el PCAP;
- b) L'elecció del mètode de càlcul no podrà efectuar-se amb la intenció de sostreure el contracte a les normes d'adjudicació corresponents.

- c) En els contractes de serveis en els que no s'especifiqui un preu total, si tenen una duració determinada igual o inferior a 48 mesos, el VEC serà el valor total estimat corresponent a tota la seva duració. Si la duració és superior a 48 mensualitats o no es troba fixada per referència a un període de temps cert, el VEC serà el valor mensual multiplicat per 48.
- d) Quan l'objecte del contracte pugui donar lloc a l'adjudicació simultània per lots separats s'haurà de tenir en compte, per al càlcul del VEC, el valor global estimat de la totalitat dels lots.

3.3. Preu (article 102 LCSP).

Els contractes del sector públic tindran sempre un preu cert que s'abonarà al contractista en funció de la prestació realment executada i d'acord amb allò pactat. En el preu s'entendrà inclòs l'IVA, que en tot cas s'indicarà com a partida independent.

Els òrgans de contractació tindran cura que el preu sigui adequat per a l'efectiu compliment del contracte mitjançant la correcta estimació del seu import, atenent al preu general de mercat i l'aplicació, en el seu cas de les normes sobre ofertes amb valors anormals o desproporcionats.

En aquells serveis en els quals el cost econòmic principal siguin els costos laborals hauran de consignar-se els termes econòmics dels convenis col·lectius sectorials, estatals, autonòmics i provincials aplicables al lloc de prestació dels serveis.

El preu del contracte podrà formular-se tant en termes de preus unitaris referits als diferents components de la prestació o a les unitats d'aquesta que es lliurin o executin, com en termes de preus aplicables a tant alçat a la totalitat o a part de les prestacions del contracte.

L'article 102.6 continua reproduint la definició de risc de disponibilitat, ara risc d'oferta o de subministrament, per bé que adequat a la definició d'aquest darrer que, com sabem, no inclou els incompliments contractuals. Per tant, de la definició d'aquest risc de l'article 102.6 LCSP, salta la referència a les penalitzacions, que sí que apareixia en l'article 87.4 TRLCSP:

Els contractes, quan la seva naturalesa i objecte ho permetin, podran incloure clàusules de variació de preus en funció del compliment o incompliment de determinats objectius de terminis o de rendiment, havent d'establir-se amb precisió els supòsits en què es produiran aquestes variacions i les regles per a la seva determinació, de manera que el preu sigui determinable en tot cas.

Finalment, l'apartat 8 d'aquest mateix article, com també feia el 87.7 TRLCSP, prohibeix el pagament ajornat del preu en els contractes de les Administracions públiques, excepte en el supòsit que el sistema de pagament s'estableixi mitjançant la modalitat d'arrendament financer o d'arrendament amb opció de compra, així com en els casos en els que aquesta o una altra llei ho autoritzi.

4. DURACIÓ DELS CONTRACTES

La duració dels contractes ve regulada a l'article 29 LCSP, el qual ordena que sigui establerta tenint en compte

- a) la naturalesa de les prestacions,
- b) les característiques del seu finançament i
- c) la necessitat de sotmetre periòdicament a concurrència les prestacions.

4.1. Pròrrogues.

Només són possibles si les preveu el contracte, i són obligatòries pel contractista si es preavisen amb dos mesos d'antelació a la seva finalització, llevat que el PCAP n'establís un de major. Tanmateix, la pròrroga no serà obligatòria pel contractista en al cas de demora en el pagament del preu superior a sis mesos, que és causa de resolució i de rescabament per l'Administració dels perjudicis causats.

En cap cas la pròrroga no podrà ser tàcita.

4.2. Ampliació del termini d'execució.

Si es produeix una demora en l'execució de la prestació per l'empresari, l'òrgan de contractació podrà concedir una ampliació del termini d'execució de la prestació, sense perjudici de les penalitats que, en aquest cas, procedeixin, així com les indemnitzacions i altres conseqüències derivades de la seva execució, les quals preveuen els articles 192 i següents LCSP, resultin aplicables als contactes administratius.

4.3. Duració dels contractes de subministrament i serveis.

4.3.1. Criteri general.

El criteri general és que els contractes de subministraments i de serveis de prestació successiva (neteja viària o dels edificis municipals, per exemple) tindran un termini màxim de duració de cinc anys, incloses les possibles pròrrogues.

4.3.2. Excepció.

De manera rigorosament excepcional, els contractes de serveis podran tenir una durada superior als cinc anys, sempre i quan:

- a) així ho exigeixi el període de recuperació de les inversions directament relacionades amb el contracte, i
- b) aquestes inversions no siguin susceptibles d'utilitzar-se en la restant activitat productiva del contractista, o la seva utilització fos antieconòmica,
- c) l'amortització d'aquestes inversions sigui un cost rellevant en la prestació del servei, concepte aquest, "rellevància", que es desenvoluparà reglamentàriament.

Totes les circumstàncies anteriors hauran de quedar degudament justificades a l'expedient, amb indicació de les inversions i del seu període de recuperació.

L'excepcionalitat a la qual ens estem referint vol dir que, quan un òrgan de contractació prevegi fer un contracte de serveis de duració superior als cinc anys hagi de justificar documentalment:

- a) Que el període de recuperació de la inversió no pot ser reduït a cinc anys o menys, perquè l'Administració, en aquest cas, no tindria la possibilitat de finançar-lo.
- b) Que les inversions són estrictament aquelles que es troben directament relacionades amb el servei i que totes elles són indispensables per a la seva correcta prestació.

El període de recuperació de la inversió ha de ser calculat d'acord amb el que estableix el RD 55/2017, de 3 de febrer (RLDEE), pel qual es desenvolupa la Llei 2/2015, de 30 de març, de desindexació de l'economia espanyola (LDEE).

4.3.3. Supòsits especials de duració.

Els quatre supòsits de duració excepcional dels contractes de serveis, per dalt o per baix, són aquests:

- a) Els contractes de serveis de manteniment que es concertin conjuntament amb el de la compra del bé a mantenir, quan aquest manteniment només pugui ser prestat, per raons d'exclusivitat, per l'empresa que subministrà el bé, podran tenir una duració igual a la vida útil del bé. Aquest supòsit dóna resposta a una dificultat molt corrent en els nostres ajuntaments.
- b) Els contractes de serveis a les persones podran tenir un termini de duració superior als cinc anys quan així fos necessari per a la continuïtat d'aquells tractaments als usuaris en els que el canvi de prestador pogués repercutir negativament. Es tracta d'una fórmula molt genèrica que utilitza conceptes jurídics sense massa tradició, com ara "serveis a les persones". En qualsevol cas, els serveis finalitzaran quan s'acabi el tractament.
- c) Els contractes de serveis que siguin complementaris d'altres contractes d'obres o de subministraments podran tenir un termini de vigència superior als 5 anys, que en cap cas no excedirà del termini de duració del contracte principal, llevat en els contractes que compreguin treballs de liquidació del contracte principal, i no podran iniciar-se, tampoc, abans que el contracte principal. Cal entendre per contractes complementaris aquells que tenen una relació de dependència respecte d'un altre, el principal, i que el seu objecte es considera necessari per a la correcta realització de la prestació del principal.
- d) Els contractes menors del 118 LCSP no podran tenir una duració superior a un any ni ser objecte de pròrroga.

4.3.4. Pròrroga, a la finalització.

Finalment, l'article 61.4 LCSP, per tal de garantir el principi de continuïtat en els serveis públics, preveu una pròrroga d'un màxim de nou mesos, sense modificar les restants condicions del contracte, quan al seu venciment no se n'hagués formalitzat cap de nou, sempre que l'anunci de licitació del nou contracte s'hagués publicat amb tres mesos d'antelació respecte de la data de finalització del contracte originari. Es tracta, tanmateix, d'una pròrroga que requerirà la concurrència de molts requisits, ultra els ja esmentats.

Aquesta pròrroga no té res a veure amb l'obligació del contractista, prevista a l'article 235.a) ROAS, de continuar prestant el servei.

La pròrroga només és obligatòria pel contractista si la preveu el PCAP. En altre cas requereix el mutu acord. Requerirà, a més, garantir la continuïtat de la prestació com a conseqüència d'incidències provocades per esdeveniments imprevisibles per l'òrgan de contractació, produïdes en el procediment d'adjudicació. És evident que la llei s'està referint a la presentació d'un REMC, amb suspensió de l'adjudicació, o a l'adopció de mesures cautelars suspensives en qualsevol altre tipus de procés.

4.4. Duració dels contractes d'arrendament de béns immobles.

La duració dels contractes d'arrendament d'immobles no podrà excedir de cinc anys, incloses pròrrogues.

4.5. Duració dels contractes de concessió.

La duració dels contractes de concessió serà limitada, i es calcularà en funció de les obres i dels serveis que constitueixin el seu objecte. Aquest termini es farà constar en el PCAP.

Si la seva duració passa dels cinc anys, no podrà excedir dels temps que es calculi raonable per recuperar les inversions fetes pel concessionari, junt amb el rendiment sobre el capital invertit, tenint en compte les inversions, tant les inicials com les realitzades durant la vida de la concessió, necessàries per assolir els objectius contractuals específics.

Com fins ara, però unificant criteris per a ambdós contractes, la duració màxima dels contractes de concessió no podrà excedir, incloses pròrrogues:

- a) De quaranta anys per als contractes de concessió que comportin execució d'obres i explotació del servei.
- b) De vint-i-cinc anys en els contractes de concessió de serveis que comportin l'explotació d'un servei no relacionat amb la prestació de serveis sanitaris.
- c) De deu anys en els contractes de concessió de serveis sanitaris sense execució d'obres.

En l'anterior còmput es descomptaran els períodes d'inactivitat imputable a l'Administració concedent o deguda a força major. En canvi, si és el concessionari el responsable de la demora, se li aplicaran les penalitats previstes en el PCAP i en aquesta llei, sense que doni lloc a l'ampliació del termini de la concessió.

Com fins ara, però unificant criteris per a ambdós contractes, els terminis fixats en el PCAP només podran ser ampliat en un 15 per 100 de la seva duració inicial per restablir l'equilibri econòmic trencat en les circumstàncies previstes als articles 270 i 290 LCSP, que ja veurem. El període de recuperació de la inversió ha de ser calculat d'acord amb el que estableix el RD 55/2017, de 3 de febrer (RLDEE), pel qual es desenvolupa la Llei 2/2015, de 30 de març, de desindexació de l'economia espanyola (LDEE).

5. LA REVISIÓ DE PREUS COM A TÈCNICA EXCEPCIONAL.

El preu dels contractes pot ser objecte de variació, d'actualització o de revisió, conforme estableixen els articles 103 LCSP i 130.4 RGLCAP.

5.1. Variació de preus (article 102.6 LCSP).

Acabem de veure que l'article 102.6 LCSP continua reproduint la definició de risc de disponibilitat, ara risc d'oferta o de subministrament, per bé que adequat a la definició d'aquest darrer que, com sabem, ja no inclou els incompliments contractuals del contractista, a diferència del risc de disponibilitat, que sí que els incloïa. Per tant, de la definició d'aquest risc de l'article 102.6 LCSP, salta la referència a les penalitzacions, que sí que apareixia en l'article 87.4 TRLCSP:

Els contractes, quan la seva naturalesa i objecte ho permetin, podran incloure clàusules de variació de preus en funció del compliment o incompliment de determinats objectius de terminis o de rendiment, havent d'establir-se amb precisió els supòsits en què es produiran aquestes variacions i les regles per a la seva determinació, de manera que el preu sigui determinable en tot cas.

Aquesta primera previsió es correspon, doncs, amb el denominat risc d'oferta o subministrament. La transferència al contractista d'aquest risc, conjuntament amb el de demanda, o aïlladament qualsevol d'ambdós, és la condició de possibilitat que, una vegada aprovada la nova llei, permetrà qualificar el contracte de concessió. Un exemple de concessió de serveis amb transferència del risc d'oferta o subministrament serà, per exemple, el contracte d'eficiència energètica a l'enllumenat públic.

Fins ara, els contractes que ho permetien podien també contenir penalitzacions per incompliment de clàusules contractuals, havent-se de determinar amb precisió els supòsits en els quals s'aplicaven aquestes penalitats i les regles per a la seva determinació. Aquesta segona previsió de l'article 87.4 TRLCSP coincidia també amb la definició del risc de disponibilitat, per bé que en la nova llei de contractes no serà així, atès que Directiva 2014/23 considera que les meres situacions de mala gestió contractual i els riscos vinculats als incompliments del contracte per part dels operadors econòmics no constitueixen en si mateixos ni un risc operacional ni, per tant, un risc de subministrament o d'oferta. Així ho expressa el seu considerant 20:

(20) Un risc operacional ha de derivar-se de factors que escapen al control de les parts. Els riscos vinculats, per exemple, a la mala gestió, als incompliments del contracte per part de l'operador econòmic, o a situacions de força major, no són determinants a efectes de la classificació com a concessió, ja que aquests riscos són inherents a qualsevol tipus de contracte, tant si és un contracte públic com si és una concessió (...).

Naturalment, les penalitats continuen existint en la nova llei, però la seva configuració jurídica ja no és la d'un risc.

5.2. Actualització de preus (article 130.4 RGLCAP).

En aquells casos en els quals les oscil·lacions imprevistes dels preus, ulteriors a l'aprovació dels projectes, restin actualitat als càlculs de preus que figuren en els seus pressupostos, podran els òrgans de contractació, si l'obra mereix la qualificació d'urgent, procedir a la seva actualització aplicant un percentatge lineal d'augment, a l'objecte d'ajustar els expressats preus als vigents en el mercat al temps de la licitació.

S'ha dit²⁴ que revisió i actualització responen a moments i fonaments diferents. La primera afectaria a contractes ja celebrats, mentre que la segona es referiria a la fase preliminar o precontractual.

5.3. Revisió de preus i "efectes de segona ronda".

L'aprovació de la Llei 2/2015, de 30 de març, de desindexació de l'economia espanyola (LDEE) ha significat un canvi de paradigma en matèria de revisió de preus dels contractes públics, consistent en introduir una sospita respecte de la indexació la qual, tot i ser una convenció àmpliament estesa, passa a ser considerada pel legislador com a perversa i poc justificada en produir, per al conjunt de l'economia, els denominats *efectes de segona ronda*.

La indexació, diu el preàmbul del RD 55/2017, de 3 de febrer, pel qual es desenvolupa la LDEE (RLDEE),

És un mecanisme que consisteix en vincular l'evolució d'un valor monetari a la d'un índex de preus. I la política de desindexació obeeix a la necessitat d'actuar contra els prejudicis associats a l'ús indiscriminat de la indexació.

²⁴ Ángel Ballesteros Fernández. En AAVV. *Contratos de las Administraciones Públicas*. Pp. 210 y ss. El Consultor. Madrid – 2000.

D'acord amb el preàmbul de la LDEE podríem esquematitzar el mecanisme dels *efectes de segona ronda* així:

- a) Quan el preu d'un bé o servei augmenta, els índexs de preus agregats, com l'IPC, s'incrementen.
- b) Això comporta un augment automàtic en el preu d'altres béns o serveis pel sol fet d'estar indexats, sense que aquest augment estigui justificat per un increment dels costos de producció ni per la demanda.
- c) Succeeix així que un augment del preu del petroli o d'un aliment encareix, degut al seu impacte en l'IPC, el preu de béns els costos de producció dels quals no tenen una connexió directa amb aquests dos béns.
- d) Finalment, aquest augment impactarà una segona vegada en l'IPC, formant una espiral inflacionista.

Aquests efectes negatius provocats per l'ús generalitzat de la indexació són els que han mogut els poders de l'Estat a aprovar, primer la LDEE i el RLDEE, el qual entrà en vigor el passat 6 de febrer de 2017.

En conseqüència, la indexació tendeix a generar una inflació elevada i persistent ja que no reïx a transmetre la informació adequada respecte de dos factors:

- a) el factor cost i
- b) el factor demanda.

Tot el contrari; per causa de la indexació els preus evolucionen al marge de la situació d'aquests dos factors en cada sector i passen a fer-ho de forma homogènia en tots ells. Per aquesta raó la indexació deteriora, també, la competitivitat.

L'objectiu de la LDEE és doble, conforme explica el seu preàmbul:

- a) D'una banda, eliminar la regulació indexadora en l'àmbit de la contractació pública -que suposa aproximadament el 20 per 100 del PIB- en els preus regulats i, en general, en totes les partides d'ingressos i de despeses dels pressupostos públics, i
- b) En casos excepcionals en els que la revisió de valors monetaris sigui indispensable, l'objectiu de la LDEE és eliminar els efectes de segona ronda, lligant l'actualització de preus i rendes a l'evolució dels costos pertinents en cada situació.

6. EL NOU MARC DE LA REVISIÓ DE PREUS.

Als efectes que ens ocupen es considera preu qualsevol retribució o contraprestació econòmica del contracte, bé sigui abonada per l'Administració o pels usuaris (arts. 103.1 LCSP i 6.3 *in fine* RLDEE). Preu del contracte és, doncs, tota retribució que rebi el contractista, ja es digui contraprestació econòmica, preu de l'adjudicació, retribució del contractista, etc...

Disposa avui l'article 103 LCSP que els preus dels contractes del sector públic només podran ser objecte de revisió periòdica i predeterminada²⁵; no són possibles, per tant:

²⁵ Aquesta regla de la necessària revisió periòdica i determinada només s'exceptua en els contractes no subjectes a regulació harmonitzada de l'article 19.2 LCSP.

- a) ni la revisió periòdica no predeterminada,
- b) ni la revisió no periòdica dels preus dels contractes.

La LDEE, quan estableix en el seu article 4 el règim aplicable a la revisió periòdica i predeterminada de valors monetaris, parteix d'una regla general que, a la vegada, constitueix una prohibició a *limine*:

1. *El valors monetaris en la determinació dels quals intervingui el sector públic no podran ser objecte de revisió periòdica i predeterminada en funció de preus, índexs de preus o fórmules que els contingui.*

Ara bé, l'article 4.2 LDEE admet una excepció a l'anterior regla general, que és precisament l'àmbit en el qual es mou la nostra revisió de preus. Cal retenir, per tant, que la revisió de preus en l'àmbit del sector públic és sempre excepcional:

2. *Excepcionalment, es podrà aprovar un règim de revisió periòdica i predeterminada dels valors referits en l'apartat anterior sempre que sigui en funció de preus individuals i índexs específics de preus, quan la naturalesa recurrent dels canvis en els costos de l'activitat així ho requereixi i s'autoritzi en el desenvolupament reglamentari previst en l'apartat següent.*

6.1. Un article amb la seva vigència demorada fins el passat 6.2.2017.

Aquesta darrera frase de l'article 4.2 LDEE ha impossibilitat la revisió de preus en l'àmbit del sector públic, en fer-la dependre d'un desenvolupament reglamentari que no entrà en vigor fins el passat 6.2.2017. Això mateix feu l'article 89.2 TRLCSP en la nova redacció donada per la pròpia LDEE, que és el mateix text que ara es reproduïx a l'article 103.2 LCSP per bé que amb alguns retocs:

Prèvia justificació a l'expedient i d'acord amb allò previst en el real decret al qual es refereixen els articles 4 i 5 de la LDEE, la revisió periòdica i predeterminada de preus només es podrà dur a terme en els contractes d'obra, de subministraments de fabricació d'armament i equipament de les Administracions públiques, en els contractes de subministrament d'energia i en aquells altres contractes en els quals en període de recuperació de la inversió sigui igual o superior a cinc anys. Aquest període es calcularà de conformitat amb el que disposa el RLDEE.

Aquesta remissió a una autorització que havia d'arribar per via reglamentària va deixar l'article 89 TRLCSP inoperatiu fins el passat 6.2.2017, data de l'entrada en vigor del RLDEE, si més no pel que fa als contractes en els quals el període de recuperació de la inversió era igual o superior a cinc anys. De fet, des d'un any abans de l'entrada en vigor de la LDEE ja no es podien utilitzar sistemes de revisió basats en índexs generals, puix que els va proscriure la disposició addicional 88^a de la Llei 22/2013, de 23 de desembre, de Pressupostos Generals de l'Estat per al 2014. Sí que s'han pogut utilitzar, durant aquests tres anys llargs, les fórmules-tipus generals de revisió de preus dels contractes d'obres previstes en el RD 1359/2011, de 7 d'octubre i l'Ordre HAP/1292/2013, de 28 de juny, per la qual s'estableixen les regles de determinació dels índexs que intervenen en les fórmules de revisió de preus dels contractes públics.

La disposició addicional 88^a fou derogada per la disposició derogatòria de la LDEE:

Queden derogades totes les normes d'igual o inferior rang que s'oposin a l'establert en aquesta llei.

Però no amb caràcter immediat sinó des de l'entrada en vigor del RLDEE, en la mesura que l'apartat 2 de l'al·ludida disposició derogatòria ho preveïé explícitament:

La disposició addicional 88^a de la Llei 22/2013, de 23 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per al 2014 quedarà derogada en el moment d'entrada en vigor del reial decret al qual fan referència els articles 4 i 5 d'aquesta llei.

Fins el passat 6.2.2017, doncs, la revisió periòdica i predeterminada dels contractes del sector públic ha romàs inoperativa i condicionada a un ulterior desenvolupament reglamentari al qual cridava l'article 89.2 TRLCSP. A partir d'aquella data (6.2.2017) la revisió de preus torna a ser possible. Això ens obligarà a referir-nos al règim transitori, i ho farem en el darrer apartat d'aquest capítol.

6.2. Les exigències de l'article 103 LCSP.

Les determinacions de l'article 103 LCSP i les de la LDEE i el seu reglament han de ser enteses, en tot cas, sense perjudici del manteniment de l'equilibri econòmic de les concessions en les circumstàncies previstes en els articles 270 i 290 LCSP, ja vistos (article 103.10 LCSP).

Ultra les exigències que estableix el RLDEE, i que veurem a continuació, l'article 103 LCSP limita explícitament la revisió periòdica i predeterminada als contractes següents:

- a) d'obra,
- b) de subministrament de fabricació d'armament i equipament.
- c) de subministrament d'energia. Aquesta és una novetat de la LCSP.
- d) a aquells altres contractes en els que el període de recuperació de la inversió sigui igual o superior a cinc anys.

No es consideraran revisables en cap cas els costos associats a:

- a) les amortitzacions,
- b) les despeses financeres,
- c) les despeses generals o d'estructura, ni
- d) el benefici industrial.

En els contractes diferents al d'obres els costos de mà d'obra només es revisaran quan el període de recuperació de la inversió sigui igual o superior a cinc anys i la intensitat en l'ús del factor treball sigui considerada significativa.

Quan procedeixi la revisió de preus conforme a les normes precedents caldrà tenir en compte, encara, aquestes:

- a) L'òrgan de contractació podrà establir-la i fixarà la fórmula de revisió que hagi d'aplicar-se atenent la naturalesa de cada contracte i l'estructura i evolució dels costos de les prestacions d'aquest. El PCAP haurà de detallar la fórmula de revisió aplicable que serà invariable durant la vigència del contracte i determinarà la revisió de preus en cada data respecte de la data de formalització del contracte²⁶. A diferència de en la legislació

²⁶ Sempre que la formalització es produeixi en el termini de tres mesos des de la data de finalització del termini de presentació d'ofertes, o respecte la data en què acabi aquest termini de tres mesos si la formalització es produeix posteriorment.

immediatament anterior la data de referència ja no és la de l'adjudicació sinó la de la formalització del contracte, que és una tècnica més acurada.

- b) Llevat dels contractes de subministrament d'energia, la revisió periòdica i predeterminada tindrà lloc quan el contracte s'hagués executat, almenys, en un 20 per 100 del seu import i haguessin transcorregut dos anys des de la seva formalització. En conseqüència, el primer 20 per 100 executat i els dos primers anys transcorreguts des de la formalització quedaran exclosos de la revisió, per bé que aquest percentatge del 20 per 100 no serà exigible. En els contractes de concessió de serveis, la revisió de preus dels quals podrà tenir lloc transcorreguts dos anys des de la seva formalització.

6.2.1. Fórmules tipus.

Quan existeixen fórmules tipus aprovades pel Consell de Ministres, que a l'esfera local això només succeirà en el contracte d'obres, l'òrgan de contractació les aplicarà i no podrà incloure en els PCAP una altra fórmula de revisió diferent.

En aquests casos el Comitè Superior de Preus de Contractes de l'Estat (CSPCE) determinarà aquelles activitats on resulti convenient comptar amb una fórmula tipus que, insistim, en el nostre àmbit es limitaran als contractes d'obres. Les fórmules tipus que s'estableixin reflectiran la ponderació en el preu del contracte dels components bàsics de costos relatius al procés de generació de les prestacions objecte d'aquest.

L'INE elaborarà els índexs mensuals dels preus dels components bàsics de costos inclosos en els fórmules tipus de revisió de preus, els quals seran aprovats per l'Ordre del Ministeri d'Hisenda i Funció Pública, previ informe del CSPCE. Aquests índexs revisaran, a l'alça o a la baixa, les variacions reals dels preus de l'energia i materials bàsics observades en el mercat i podran ser únics per a tot el territori de l'estat o particularitzar-se per zones geogràfiques.

Reglamentàriament s'establirà la relació de components bàsics de costos a incloure en les fórmules tipus.

6.2.2. Revisió en casos de demora en l'execució (article 104 LCSP).

Quan la clàusula de revisió s'apliqui sobre períodes de temps en els quals el contractista hagués incorregut en mora i sense perjudici de les penalitats que fossin procedents, els índexs que es tindran en compte seran els que haguessin correspost a les dates establertes en el contracte per a la realització de la prestació dins de termini, llevat que els corresponents al període real d'execució produïssin un coeficient inferior, que s'apliquen aquests darrers.

6.2.3. Pagament de l'import de la revisió.

Ara l'article 105 LCSP concreta que l'import de les revisions es farà efectiu d'ofici mitjançant l'abonament o descompte que correspongui en les certificacions o pagaments parcials, ajustant-se a la certificació final o en la liquidació del contracte.

6.3. El Reial Decret 55/2017, de 3 de febrer.

6.3.1. Principis comuns a totes les revisions de preus.

L'òrgan de contractació podrà establir una fórmula de revisió periòdica i predeterminada en la qual els costos inclosos s'ajustaran a aquests principis:

- a) Principi de referenciació a costos.
- b) Principi d'eficiència i bona gestió empresarial.

- c) Límit als costos de la mà d'obra.

6.3.2. El principi de referenciació a costos (article 3 RLDEE).

Tota revisió prendrà com a referència l'estructura de costos de l'activitat, ponderant cada component en funció del seu pes respecte del valor íntegre.

Els règims de revisió només inclouran:

- a) Els costos indispensables; un cost és indispensable quan no sigui possible el ple compliment de les obligacions contractuals exigibles sense incórrer en aquest cost.
- b)
- c) Els costos directament associats a les activitats retribuïdes pels valors monetaris susceptibles de revisió.
- d) Si l'operador realitzés altres activitats només es tindran en compte els costos relatius a l'activitat que es revisa, i hauran d'explicitar-se els criteris d'imputació de despeses comunes a activitats diverses.
- e) En absència de variació de costos no es produirà cap canvi en el valor monetari subjecte a revisió.
- f) Els increments i les disminucions en els costos susceptibles de revisió donaran lloc a revisions a l'alça o a la baixa, respectivament.

6.3.3. El principi d'eficiència i bona gestió empresarial (article 4 RLDEE).

Caldrà prendre sempre com a referència l'estructura de costos que una empresa eficient i ben gestionada hauria hagut de suportar per desenvolupar l'objecte del contracte amb el nivell mínim de qualitat exigida pel clausulat del contracte. L'estructura de costos s'haurà de justificar en la memòria que acompanyi l'expedient de contractació i es determinarà atenent les millors pràctiques disponibles en el sector. Amb aquesta finalitat podran considerar-se indicadors objectius d'eficiència, com ara costos unitaris, productivitat o qualitat del bé o servei a igualtat de preu.

Únicament es tindran en compte les variacions de costos que no haguessin pogut ser eludides a través de pràctiques com ara el canvi de subministrador.

Com a condició necessària de la revisió s'exigirà el compliment dels requisits de qualitat i obligacions essencials estipulades en els plecs o en el contracte.

6.3.4. Límit als costos de la mà d'obra (article 5 RLDEE).

Quan sigui possible revisar els costos de mà d'obra²⁷, l'increment repercutible a aquests no podrà superar l'increment experimentat per la retribució del personal del sector públic, d'acord amb les lleis de pressupostos generals de l'Estat.

²⁷ Recordem que els costos de mà d'obra només seran revisables en aquells contractes en els quals el període de recuperació de la inversió sigui igual o superior a cinc anys i la intensitat en l'ús del factor treball sigui considerada significativa.

6.4. Principis per a l'establiment de fórmules (article 7 RLDEE).

Per tal que els costos puguin ser inclosos en una fórmula de revisió periòdica i predeterminada caldrà que reuneixin un seguit de requisits:

- a) Hauran de ser significatius, és a dir, hauran de representar almenys l'1 per 100 del valor íntegre de l'activitat.
- b) No inclouran les variacions de les despeses financeres, amortitzacions, despeses generals o d'estructura ni el benefici industrial. Observi's que en aquest extrem el reglament reitera l'article 89 TRLCSP.
- c) Es podran incloure els costos de mà d'obra amb les limitacions ja vistes:
 - només en aquells contractes en els quals el període de recuperació de la inversió sigui igual o superior a cinc anys i la intensitat en l'ús del factor treball sigui considerada significativa (article 89.2 TRLCSP).
 - l'increment repercutible a aquests costos no podrà ser superior al que experimenti el personal al servei del sector públic, conforme a les Lleis de Pressupostos Generals de l'Estat (article 5 RLDEE).
- d) Cada component del cost inclòs en la fórmula de revisió haurà de ser aproximat per un preu individual o índex específic de preus, el qual:
 - Serà tan desagregat com sigui possible.
 - No incorporarà, en la mesura del possible, elements aliens al cost.
 - Haurà d'estar disponible al públic.
 - No ha de ser modificable unilateralment per l'operador.
- e) Quan es trobin disponibles al públic s'utilitzaran preferentment preus individuals o índexs específics de preus que exclouin l'efecte de les variacions impositives. Per variacions impositives hem d'entendre els canvis legislatius que modifiquin el tipus impositiu d'un impost (l'IVA, per exemple).
- f) Cas que la normativa aplicable a l'activitat imposi l'obligació de realitzar una comptabilitat de costos i aquesta hagués estat aprovada conforme a aquesta normativa, l'òrgan de contractació podrà establir una fórmula basada en la informació continguda en aqueixa comptabilitat.
- g) Per a la determinació de la fórmula l'òrgan de contractació podrà tenir en compte les possibilitats existents en el mercat de cobertura del risc de variació dels costos d'una activitat, amb la finalitat de decidir l'exclusió o la inclusió en la fórmula d'un determinat component de cost.
- h) Les fórmules podran incloure mecanismes que incentivin un comportament eficient, com ara:
 - Un component que moduli les revisions en funció de l'eficiència, la productivitat o la qualitat del producte o servei.
 - Un límit a la translació de la variació d'un determinat component de cost susceptible de revisió, que pugui ser concretat com un percentatge màxim a aplicar sobre la variació d'aquest.

- Un límit a la variació del valor monetari objecte de revisió periòdica. Aquest límit podrà definir-se, bé com un valor monetari o índex en termes absoluts o bé com una taxa de creixement màxima.

6.5. Revisió de preus en el contracte d'obres (article 8 RLDEE).

Els contractes d'obres poden ser revisats aplicant les fórmules-tipus generals vigents i els índexs mensuals de preus dels materials bàsics elaborats per l'INE i publicats trimestralment mitjançant ordre del Ministre d'Hisenda i Funció Pública, sempre i quan els plecs del contracte haguessin detallat la fórmula de revisió aplicable.

Aquesta revisió només podrà tenir lloc transcorreguts dos anys des de la formalització del contracte i executat, almenys, el 20 per 100 del seu import.

La relació de materials bàsics i les fórmules-tipus generals aplicables a aquests contractes són les recollides, respectivament, en els annexos I i II del RD 1359/2011, de 7 d'octubre, i les noves fórmules-tipus generals que puguin establir-se reflectiran la ponderació en el preu del contracte del cost dels materials bàsics i de l'energia incorporats al procés de generació de les prestacions objecte d'aquest, conforme al previst a l'article 89 TRLCSP.

Els productes o grups de productes que han de considerar-se en el càlcul de l'índex de preus de cada material bàsic són els recollits en l'annex únic de l'Ordre HAP/1292/2013, de 28 de juny, per la qual s'estableixen les regles de determinació dels índexs que intervenen en les fórmules de revisió de preus dels contractes públics o qualsevol altra que la substitueixi.

Recordi's que les fórmules tipus d'aquests contractes no inclouen el cost de la mà d'obra en cap cas.

6.6. Revisió de preus en els altres contractes (articles 9 i 10).

En els altres contractes procedirà la revisió periòdica i predeterminada transcorreguts dos anys des de la formalització del contracte i executat, almenys, el 20 per 100 del seu import²⁸, quan concorrin acumulativament les circumstàncies següents:

- a) Que el període de recuperació de la inversió del contracte sigui igual o superior a cinc anys.
- b) Que així estigui previst en els plecs, que hauran de detallar la fórmula de revisió aplicable.

6.6.1. El període de recuperació de la inversió.

El període de recuperació de la inversió és una previsió que, a partir de la entrada en vigor de la LCSP, haurà de fer l'òrgan de contractació abans d'incoar el procediment i documentar-la convenientment mitjançant una memòria que formarà part de l'expedient de contractació.

S'entén per període de recuperació de la inversió aquell en el qual puguin previsiblement recuperar-se les inversions realitzades per a la correcta execució de les obligacions previstes en el contracte, i es permeti al contractista l'obtenció d'un benefici sobre el capital invertit en condicions normals d'explotació. Amb la nova llei el període de recuperació de la inversió serà el que determinarà la duració dels contractes d'activitat

²⁸ Recordi's que en els contractes de gestió de serveis públics, la condició relativa al percentatge d'execució del contracte no serà exigible a efectes de procedir a la revisió periòdica i predeterminada.

La determinació del període de recuperació de la inversió es basarà en paràmetres objectius, en funció de l'objecte del contracte. Les prediccions seran raonables i, sempre que sigui possible, basades en fonts estadístiques oficials.

La revisió no podrà tenir lloc una vegada transcorregut el període de recuperació de la inversió (article 9.5 RLDEE).

L'article 10.2 RLDEE utilitza una fórmula per a calcular el període de recuperació de la inversió la qual parteix de la previsió anual d'un flux de caixa esperat, entès com la diferència entre els cobraments i els pagaments. Aquest flux de caixa esperat vindrà definit per la suma de dos fluxos de caixa:

- a) El procedent de les activitats d'explotació i
- b) El procedent de les activitats d'inversió.

El flux de caixa esperat, durant els primers anys serà negatiu, com a conseqüència de comptabilitzar-se les inversions que cal amortitzar durant tota la vigència del contracte. Però en anys successius és ja positiu. L'any en el qual el sumatori de fluxos de caixa previstos o esperats des de l'origen doni un valor superior o igual a 0, és l'any que determinarà el període de recuperació de la inversió i , en conseqüència, l'any que s'extingirà el contracte pel transcurs de la seva vigència. Com diu el reglament, el període de recuperació de la inversió és el mínim valor de n per al qual es compleix la desigualtat.

La fórmula que utilitza l'article 10.2 del RLDEE preveu altres variables ultra els fluxos anuals de caixa, com ara la taxa de descompte o tipus d'interès, el valor de la qual serà el rendiment mig en el mercat secundar del deute de l'Estat a deu anys en els darrers sis mesos incrementat en un diferencial de 200 punts bàsics²⁹.

6.6.2. La previsió de la fórmula de revisió en els plecs.

En una memòria que acompanyarà l'expedient de contractació l'òrgan de contractació haurà de justificar el caràcter recurrent de la variació dels diferents components de cost a considerar en la fórmula de revisió de preus, el compliment dels principis i límits esmentats fins ara, així com el període de recuperació de la inversió del contracte. Haurà de justificar-se, així mateix, que els índexs escollits són aquells que, amb la major desagregació possible d'entre els disponibles al públic, reflecteixin millor l'evolució del component de cost susceptible de revisió en qüestió.

Els plecs hauran d'especificar, almenys:

- a) un desglossament dels components de cost de l'activitat objecte del contracte i la ponderació de cadascun d'ells sobre el preu del contracte.
- b) els preus individuals o índex de preus específics associats a cada component de cost susceptible de revisió.
- c) el mecanisme d'incentiu d'eficiència, en el seu cas, contemplat a l'article 7.8, abans esmentat.

Quan s'utilitzi una fórmula tipus aprovada pel Consell de Ministres es simplifiquen les exigències en els sentits següents:

- a) només s'exigirà la justificació del període de recuperació de la inversió, i

²⁹ 200 punts bàsics són 2 punts percentuals. El tipus mig ponderat de les obligacions de l'Estat a 10 anys, durant el mes de febrer de 2017, per exemple, és de l'1,73%.

- b) no serà exigible que els plecs continguin les especificacions anteriors.

D'altra banda, quan existeixi una fórmula-tipus aprovada pel Consell de Ministres per a un determinat contracte, l'òrgan de contractació vindrà obligat a incloure aqueixa fórmula en els plecs. I quan no existeixi fórmula tipus l'òrgan de contractació haurà de justificar el compliment del principi d'eficiència i bona gestió empresarial de l'article 4, d'acord amb els mecanismes de l'article 7.8 RLDEE.

6.6.3. Regles dels contractes amb preu igual o superior a 5.000.000.- €.

En aquests contractes l'òrgan de contractació inclourà a l'expedient de contractació un informe preceptiu valoratiu de l'estructura de costos, emès pel Comitè Superior de Preus de Contractes de l'Estat (CSPCE). A aquests efectes l'òrgan de contractació haurà de:

- a) Sol·licitar a cinc operadors econòmics del sector la remissió de la seva estructura de costos.
- b) Elaborar una proposta d'estructura de costos de l'activitat utilitzant, sempre que sigui possible, la informació que rebi dels operadors econòmics esmentats a la lletra anterior.
- c) Sotmetre la seva estructura de costos a un tràmit d'informació pública per un termini de 20 dies. Les al·legacions que es presentin hauran de ser acceptades o rebutjades motivadament en la memòria. En el cas de contractes de concessió d'obra pública l'òrgan de contractació podrà optar per incloure aquest tràmit en el d'informació pública de l'estudi de viabilitat.
- d) Remetre la seva proposta d'estructura de costos al CSPCE que evacuarà informe preceptiu en el termini no superior a vint dies, comptats des de la recepció de la proposta.

Si el CSPCE considera que la informació remesa no és suficient o requereix algun aclariment, podrà sol·licitar de l'òrgan de contractació la informació addicional; aquest requeriment suspèn el termini d'emissió de l'informe fins que no hi hagi resposta de l'òrgan de contractació.

Les Comunitats Autònomes i les entitats locals, així com els òrgans i entitats d'elles dependents podran recaptar aquest informe de l'òrgan autonòmic consultiu en matèria de contractació pública. A Catalunya, avui per avui i fins que no es constitueixi el Comitè de Preus, aquest òrgan és la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat. En tot cas l'òrgan de contractació haurà de comunicar a efectes informatius al CSPCE i, en el seu cas, a l'òrgan autonòmic consultiu corresponent, l'estructura de costos inclosa en el plec.

Observi's que el RLDEE utilitza una metodologia similar a la instaurada per la DF 9ª de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (LRJSP), que incorporà una disposició addicional trenta-sisena en el TRLCSP, de nova redacció, per la qual es creà l'Oficina Nacional d'Avaluació (ONA) que té per finalitat analitzar la sostenibilitat financera dels contractes de concessions d'obres i de serveis amb caràcter previ a la seva licitació per l'Administració de l'Estat i les Corporacions locals. Ara no és el moment de referir-nos a aquesta institució que, en els casos en els quals s'exigeix el seu informe aquest és preceptiu i no vinculant, de manera similar als informes que haurà d'evacuar el CSPCE.

6.6.4. Regles dels contractes amb un preu inferior a 5.000.000.- €.

Per als contractes amb un preu inferior a cinc milions d'euros l'òrgan de contractació haurà de:

- a) Sol·licitar a cinc operadors econòmics del sector la remissió de la seva estructura de costos.
- b) Elaborar una proposta d'estructura de costos de l'activitat utilitzant, sempre que sigui possible, la informació que rebi dels operadors econòmics esmentats a la lletra anterior.
- c) Sotmetre la seva estructura de costos a un tràmit d'informació pública per un termini de 20 dies, amb caràcter previ a l'aprovació dels plecs. Les al·legacions que es presentin hauran de ser acceptades o rebutjades motivadament en la memòria. En el cas de contractes de concessió d'obra pública l'òrgan de contractació podrà optar per incloure aquest tràmit en el d'informació pública de l'estudi de viabilitat.
- d) Comunicar a efectes informatius l'estructura de costos inclosa en el plec al CSPCE i, en el seu cas, a l'òrgan autonòmic consultiu corresponent.

6.7. El règim transitori de la LDEE.

El règim de revisió de preus dels contractes l'expedient de contractació dels quals s'hagués iniciat abans de l'1.4.2015, data d'entrada en vigor de la LDEE, és l'establert en els plecs. Així ho declararà explícitament la disposició transitòria d'aquesta llei, la qual clarificarà en el seu apartat primer que

... s'entendrà que els expedients de contractació han estat iniciats si s'hagués publicat la corresponent convocatòria del procediment d'adjudicació del contracte. En el cas del procediment negociat sense publicitat, per determinar el moment d'iniciació es tindrà en compte la data d'aprovació dels plecs.

Els règims de revisió periòdica i predeterminada aprovats amb anterioritat a l'entrada en vigor de la LDEE (1.4.2015) mantindran la seva vigència fins a l'entrada en vigor del RLDEE (6.2.2017), si bé en les fórmules, les referències a les variacions d'índexs generals, tals com l'IPC i l'índex de preus industrials, hauran de substituir-se pel valor zero.

Les modificacions del text de la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'Arrendaments Urbans, i de la Llei 49/2003, de 26 de novembre, d'Arrendaments Rústecs, que són conseqüència de l'entrada en vigor de la LDEE, seran exclusivament d'aplicació als contractes que es perfeccionin amb posterioritat a la seva entrada en vigor.

Pel que fa als contractes d'arrendament d'immobles contemplats a l'article 4.1.p) TRLCSP, prèvia justificació econòmica i amb caràcter excepcional les parts podran incorporar un règim de revisió periòdica i predeterminada per a la renda (articles 4.6 LDEE i 6.2 RLDEE) .

Fins que no es publiqui l'índex de lloguer d'oficines, previst a l'article 4 de la LDEE, quan es pacti un règim de revisió periòdica i predeterminada en els contractes d'arrendament d'immobles en els que sigui part el sector públic perfeccionats a partir de l'entrada en vigor d'aquesta llei (1.4.2015), s'aplicarà l'índex de preus de lloguer de l'habitatge de l'IPC de l'INE, a nivell, provincial.

VIII. PROCEDIMENTS D'ADJUDICACIÓ.

1. ANUNCI DE LICITACIÓ I ELECCIÓ DEL PROCEDIMENT D'ADJUDICACIÓ.

Amb la nova llei desapareix l'obligació de la publicitat de l'anunci de licitació en butlletins oficials, excepte el DOUE per a contractes el valor estimat dels quals sigui igual o superior als llindars comunitaris. Conforme a l'article 135 LCSP l'anunci de licitació per a l'adjudicació de contractes de les Administracions públiques, excepte en el procediment negociat sense publicitat, només es publicarà en el perfil de contractant. Quan el contracte estigui subjecte a regulació harmonitzada la licitació es publicarà, a més, al DOUE, havent de poder demostrar els poders adjudicadors la data d'enviament de l'anunci de licitació. La publicació al DOUE serà també possible, de forma voluntària, quan l'òrgan de contractació ho consideri convenient.

Els anuncis de licitació de contractes contindran la informació recollida a l'annex III LCSP.

Les novetats més importants en matèria de procediments d'adjudicació són, d'una banda, la creació de dues noves tipologies, l procediment de licitació amb negociació i l'associació per a la innovació i, de l'altra, la reducció dels terminis de presentació d'ofertes.

A continuació estudiarem tots aquests procediments, a excepció de l'associació per a la innovació, que serà estudiat en el capítol corresponent a les polítiques socials, ambientals i d'innovació.

Diguem, abans, que l'article 116.4 LCSP requereix justificar adequadament l'elecció del procediment d'adjudicació, partint de la base que, conforme a l'article 131.2 LCSP l'adjudicació es realitzarà ordinàriament per procediment obert o restringit.

2. PROCEDIMENT OBERT (articles 156 a 159 LCSP).

No hi ha negociació. Tot empresari pot presentar una proposició.

2.1. Presentació de proposicions.

2.1.1. En contractes no subjectes a regulació harmonitzada.

Conforme al 156.6 LCSP en els contractes de serveis i subministraments de les Administracions públiques no subjectes a regulació harmonitzada el termini de presentació de proposicions no serà inferior a 15 dies, comptats a partir del dia següent al de la publicació de l'anunci en el perfil de contractant.

En els contractes d'obres, concessió d'obres i concessió de serveis el termini serà, com a mínim, de 26 dies.

2.1.2. En contractes subjectes a regulació harmonitzada.

El termini de presentació de proposicions, comptat sempre des de la data d'enviament de l'anunci de licitació a l'Oficina de Publicacions de la UE, no serà inferior a:

- a) 35 dies, per als contractes d'obres, serveis i subministraments; aquest termini podrà reduir-se en els casos següents:
 - A quinze dies, si l'òrgan de contractació hagués enviat un anunci d'informació prèvia amb una antelació màxima de dotze mesos i mínima de 35 dies abans de

l'enviament de l'anunci de licitació, sempre que en ell s'hagués inclòs tota la informació exigida disponible.

- En situacions d'urgència, tal com ve descrita a l'article 119 LCSP, l'òrgan de contractació podrà fixar un altre termini que no serà inferior a quinze dies comptats des de la data d'enviament de l'anunci de licitació.
 - Si l'òrgan de contractació acceptés la presentació d'ofertes per medis electrònics, podrà reduir-se l'anterior termini de 35 dies en 5 dies.
- b) 30 dies, per a les concessions d'obres i serveis. En aquests contractes també serà aplicable la reducció en cinc dies quan s'acceptés la presentació d'ofertes per medis electrònics.

2.1.3. Publicitat en el perfil.

Sense perjudici de la publicitat al DOUE, en els procediments oberts la publicació de l'anunci en el perfil de contractant haurà de fer-se, en tot cas, amb l'antelació mínima prevista per als contractes no subjectes a regulació harmonitzada.

Veiem, doncs, que s'escurcen en tots els casos els terminis previstos en el TRLCSP, que passen tots a ser més reduïts excepte el de la publicitat interior, que continua sent el mateix.

2.2. Examen de proposicions i proposta d'adjudicació (article 157 LCSP).

La mesa de contractació qualifica la documentació de l'article 140, que es presenta en sobre separat o arxiu electrònic distint al que contingui la proposició.

Posteriorment la mesa examina les proposicions i formula la corresponent proposta d'adjudicació, prèvia sol·licitud de tots els informes tècnics que tingui per convenient.

Quan s'utilitzi una pluralitat de criteris d'adjudicació, de conformitat amb l'article 145 LCSP, els licitadors hauran de presentar la proposició en dos sobres o arxius electrònics:

- a) Un amb la documentació que hagi de ser valorada conforme als criteris la ponderació dels quals depèn d'un judici de valor, i
- b) Un altre amb la documentació que hagi de ser valorada conforme a criteris quantificables mitjançant la mera aplicació de fórmules.

En tot cas l'obertura del primer dels sobres o d'arxius electrònics de les proposicions haurà d'efectuar-se en un termini màxim de vint dies comptats des de la finalització del termini per a presentar-les. En tot cas l'obertura de l'oferta econòmica es realitzarà en acte públic.

La proposta d'adjudicació no crea dret en favor del licitador proposat, per bé que la no adjudicació en els seus termes haurà de motivar-se.

2.3. Adjudicació (article 158 LCSP).

Quan l'únic criteri d'adjudicació sigui el preu l'adjudicació ha de recaure en el termini de 15 dies des del següent a l'obertura de les proposicions.

Quan es tinguin en compte una pluralitat de criteris, o quan, utilitzant-se'n un, aquest sigui el del menor cost del cycle de vida, l'adjudicació ha de recaure en el termini de 2 mesos des de l'obertura de les proposicions, llevat que se n'hagués establert un altre en el PCAP.

Si la proposició es contingués en més d'un sobre o arxiu electrònic que haguessin d'obrir-se en més d'un acte independent, els terminis anteriors es computaran des del primer acte d'obertura del sobre o arxiu electrònic que contingui una part de la proposició.

Els anteriors terminis s'ampliaran en 15 dies hàbils en el supòsit de presumpció d'anormalitat prevista en l'article 149.4 LCSP.

Si no es produeix l'adjudicació en aquests terminis els licitadors tindran dret a retirar llurs proposicions.

3. PROCEDIMENT OBERT SIMPLICAT (article 159 LCSP).

És un procediment nou que agilita molt els tràmits i que pot ser utilitzat en els contractes següents:

- a) Obres, de valor estimat igual o inferior a 2.000.000.- €,
- b) Subministrament i serveis de valor estimat igual o inferior a 100.000.- €.

A més d'això cal que entre els criteris d'adjudicació previstos en el PCAP no n'hi hagi cap avaluable mitjançant judici de valor o, d'haver-lo, la seva ponderació no superi:

- a) El 25 per 100 del total, o
- b) El 45 per 100 del total, si el contracte té per objecte prestacions de caràcter intel·lectual, com els serveis d'enginyeria o arquitectura.

Les especialitats de publicitat del procediment obert simplificat són aquestes:

- a) L'anunci de licitació només ha de ser publicat al perfil de contractant.
- b) Tota la documentació de l'oferta ha d'estar disponible per medis electrònics.
- c) El termini de presentació de proposicions no podrà ser inferior a
 - Quinze dies, des del següent al de la publicació de l'anunci al perfil.
 - 20 dies, en el contracte d'obres.

La tramitació del procediment s'ajustarà a les especialitats següents:

- a) Tots els licitadors han d'estar inscrits en el RELI o en el ROLEC³⁰.
- b) No procedeix la constitució de garantia provisional.
- c) Les proposicions s'han de presentar en el registre de l'òrgan de contractació.
- d) Amb el model d'oferta es presentarà la declaració responsable d'aptitud.
- e) La valoració dels criteris subjectes a un judici de valor es farà en set dies.
- f) Si no concorren tota la documentació es presentarà en un únic sobre.
- g) En cas d'urgència no es reduiran els terminis de l'article 119.2.b) LCSP.

³⁰ D'acord amb la D.F. 16ª LCSP la inscripció en el RELI o ROLEC no serà exigible fins transcorreguts 10 mesos des de la publicació de la Llei en el BOE, és a dir, fins el 10.9.18.

4. PROCEDIMENT OBERT SIMPLIFICAT DE TRAMITACIÓ ABREUJADA.

Es regula a l'article 159.6 LCSP. És una variant del procediment anterior, per la qual cosa, en tot allò no previst en el darrer article citat, s'aplica el procediment obert simplificat. Aquesta variant pot ser utilitzada en els contractes:

- a) D'obres de valor estimat inferior a 80.000.- €, i
- b) De subministraments i de serveis de valor estimat inferior a 35.000.- €.

S'exceptuen els contractes que tinguin per objecte prestacions de caràcter intel·lectual, en els quals no s'aplicarà aquesta variant. La tramitació és aquesta:

- a) El termini de presentació de proposicions no serà inferior a 10 dies hàbils.
- b) Si es tracta de compres de béns disponibles en el mercat: 5 dies hàbils.
- c) S'eximeix els licitadors de l'acreditació d'ambdues solvències.
- d) L'oferta es lliurarà en un únic sobre o arxiu electrònic.
- e) Els únics criteris admesos són els quantificables mitjançant fórmules.
- f) La valoració de les ofertes podrà fer-se per mitjans electrònics.
- g) No es requerirà la constitució de garantia definitiva.
- h) La formalització pot ser la firma d'acceptació del contractista a l'adjudicació.

5. PROCEDIMENT RESTRINGIT (articles 160 a 165 LCSP).

5.1. Caracterització.

En aquest procediment tampoc no hi ha negociació. Tot empresari pot presentar una sol·licitud, en resposta a una convocatòria de licitació, però només poden presentar proposició els candidats seleccionats per l'òrgan de contractació atenent a llur solvència.

És el procediment especialment adequat quan es tracta de serveis intel·lectuals de complexitat especial, com consultories d'arquitectura o d'enginyeria.

5.2. Sol·licituds de participació.

En els procediments d'adjudicació subjectes a regulació harmonitzada el termini de presentació de sol·licituds de participació no podrà ser inferior a 30 dies comptats des de la data d'enviament de l'anunci al DOUE.

Quan l'anterior termini sigui impracticable per raons d'urgència, en els termes de l'article 119 LCSP, l'òrgan de contractació en podrà fixar un altre que, per als contractes d'obres, subministraments i serveis no serà inferior als quinze dies des de la data d'enviament de l'anunci al DOUE.

L'anunci en el perfil de contractant s'ha de fer amb una antelació prèvia de quinze dies en tot cas. En els contractes no subjectes a regulació harmonitzada el termini de presentació de proposicions no serà inferior a 15 dies, des de la publicació de l'anunci de licitació.

5.3. Selecció dels candidats.

L'òrgan de contractació fixarà en el PCAP i en l'anunci de licitació els criteris objectius de solvència d'entre els assenyalats als articles 87 a 91 LCSP.

L'òrgan de contractació assenyalarà el nombre mínim d'empresaris als quals invitarà a participar, que no podrà ser inferior a 5. També podrà fixar el nombre màxim de candidats als quals invitarà a presentar oferta.

L'òrgan de contractació seleccionarà els sol·licitants (entre el mínim i el màxim) que hagin de passar a la fase següent i els invitarà per escrit a presentar llurs proposicions. El contingut de les invitacions i la informació als candidats serà l'establerta a l'article 163 LCSP.

5.4. Contingut de les invitacions.

Les invitacions contindran una referència a l'anunci de licitació publicat i la data límit per a la recepció d'ofertes, l'adreça a la qual hagin d'enviar-se i la llengua en la qual hagin d'estar redactades, ultra el castellà; els criteris d'adjudicació i llur ponderació.

La invitació inclourà un exemplar del PCAP i de la documentació complementària o les indicacions relatives al seu accés electrònic.

5.5. Proposicions.

El termini per a la presentació de proposicions subjectes a regulació harmonitzada no serà inferior a 30 dies, a partir de la tramesa de la invitació escrita. Aquest termini podrà reduir-se:

- a) Quan s'hagués enviat l'anunci d'informació prèvia amb una antelació màxima de 12 mesos i mínima de 35 dies, a 10 dies.
- b) En situacions d'urgència, tal com ve descrita a l'article 119 LCSP, l'òrgan de contractació podrà fixar un altre termini que no serà inferior a deu dies comptats des de la data d'enviament de l'anunci de licitació.
- c) Si l'òrgan de contractació acceptés la presentació d'ofertes per medis electrònics, podrà reduir-se l'anterior termini de 30 dies en 5 dies.

En les concessions d'obres i serveis només es podrà reduir el termini general de 30 dies quan es doni la circumstància establerta en la lletra c) anterior.

En els procediments restringits no subjectes a regulació harmonitzada, el termini per a la presentació de proposicions no serà inferior a 10 dies, comptats des de la data d'enviament de la invitació.

5.6. Adjudicació.

En l'adjudicació del contracte serà d'aplicació el que preveu la LCSP per al procediment obert.

6. PROCEDIMENT AMB NEGOCIACIÓ (articles 166 a 171 LCSP).

6.1. Caracterització.

En els procediments amb negociació l'adjudicació recau en el licitador elegit justificadament per l'òrgan de contractació, després de negociar les condicions del contracte amb un o més candidats.

En el PCAP es determinaran:

- a) els aspectes econòmics i tècnics que en el seu cas haguessin de ser objecte de negociació amb les empreses;
- b) la descripció de les necessitats de l'òrgan de contractació i de les característiques exigides per als subministraments, obres o serveis que hagin de contractar-se;
- c) el procediment que se seguirà per a negociar, que en tot moment garantirà la màxima transparència de la negociació, la publicitat i la no discriminació entre els licitadors que hi participin;
- d) els elements de la prestació objecte del contracte que constitueixin els requisits mínims que han de complir totes les ofertes, i
- e) els criteris d'adjudicació.

Observem que aquests procediments s'han complicat molt, fins el punt que ja no és aconsellable utilitzar-los, oimés quan el procediment de licitació amb negociació requereix publicar un anunci de licitació, exigència aquesta que només s'exclou en els casos excepcionals del procediment negociat sense publicitat.

6.2. El procediment de licitació amb negociació.

6.2.1. Supòsits d'aplicació.

En tots els contractes típics, en algun dels supòsits següents:

- a) Quan resulti imprescindible que la prestació, tal com es troba disponible en el mercat, sigui objecte d'un treball previ de disseny o d'adaptació per part dels licitadors.
- b) Quan la prestació objecte del contracte inclogui un projecte o solucions innovadores.
- c) Quan el contracte no pugui adjudicar-se sense negociacions prèvies degut a circumstàncies específiques vinculades a la naturalesa, la complexitat o la configuració jurídica o financera de la prestació que constitueixi el seu objecte, o pels riscos inherents a aquesta prestació.
- d) Quan l'òrgan de contractació no pugui establir amb la precisió suficient les especificacions tècniques per referència a una norma, avaluació tècnica europea, especificació tècnica comuna o referència tècnica.
- e) Quan en els procediments oberts o restringits seguits prèviament només haguessin estat presentades ofertes irregulars o inacceptables.
- f) Quan es tracti de contractes de serveis socials personalíssims que tinguin com a característica determinant l'arrelament de la persona en l'entorn d'atenció social, sempre que l'objecte del contracte consisteixi en dotar de continuïtat en l'atenció de les persones que ja eren beneficiàries d'aquest servei.

Observem que, dels sis supòsits precedents, cinc es refereixen a circumstàncies molt concretes que afecten totes elles a la naturalesa de l'objecte o de la prestació.

Per ofertes irregulars hem d'entendre:

- a) les que no es corresponen als plecs;
- b) les rebudes fora de termini;

- c) les que mostrin indicis de col·lusió o corrupció;
- d) les que haguessin estat considerades anormalment baixes;

Es consideraran inacceptables, en particular, les ofertes:

- a) presentades per licitadors que no posseeixin la qualificació requerida, i
- b) el preu de les quals superi el pressupost base de licitació.

6.2.2. Tramitació.

L'òrgan de contractació en tot cas haurà de publicar un anunci de licitació en la forma prevista a l'article 135 LCSP.

Són d'aplicació al procediment de licitació amb negociació les normes contingudes en els articles 160.1, 161, 152, 163 i 164.1 LCSP relatius al procediment restringit.

El nombre mínim de les empreses a les quals s'invitarà a negociar serà de tres. Quan el nombre de candidats que reuneixin els criteris de selecció sigui inferior a aquets mínim, l'òrgan de contractació podrà continuar el procediment amb les empreses que reuneixin les condicions exigides, sense que sigui possible invitar a empresaris que no haguessin sol·licitat participar.

L'article 169 preveu altres regles de tramitació d'aquest procediment, com ara la possibilitat de negociar en fases successives. A l'expedient quedarà constància de les invitacions cursades, les ofertes rebudes i de les avantatges obtingudes amb la negociació.

En el decurs del procediment, l'òrgan de contractació i la mesa compliran amb la seva obligació de confidencialitat i no revelaran a la resta de participants les dades designades com a confidencials que els hagués comunicat un candidat o licitador sense el seu consentiment, que no tindrà caràcter genèric sinó específic per a una informació concreta cada vegada.

Quan l'òrgan de contractació decideixi concloure la negociació informará tots els licitadors i establirà un termini comú per a la presentació d'ofertes noves o revisades. La mesa verificarà que les ofertes definitives s'ajusten als requisits mínims, les valorarà i elevarà la corresponent proposta a l'òrgan de contractació, que adjudicarà.

6.3. El procediment negociat sense publicitat.

6.3.1. Supòsits d'aplicació.

D'acord amb l'article 168 LCSP els òrgans de contractació podran adjudicar contractes utilitzant el procediment negociat sense la prèvia publicació d'un anunci de licitació, únicament en els casos següents:

- a) en els contractes d'obres, subministraments, serveis, concessió d'obres i concessió de serveis, en els casos que:
 - No s'hagués presentat cap oferta; cap oferta adequada, cap sol·licitud de participació; o cap sol·licitud de participació adequada en un procediment obert o restringit previ, sempre que les condicions inicials no es modifiquin substancialment, sense que en cap cas no es pugui incrementar el pressupost base de licitació ni modificar el sistema de retribució i que s'envii un informe a la Comissió Europea quan aquesta així ho sol·liciti. Es considerarà que una oferta no és adequada quan no sigui pertinent per al contracte, per resultar manifestament insuficient per satisfer les necessitats i els requisits de l'òrgan de contractació. Es considerarà que una sol·licitud de participació

no és adequada quan qui la presenti hagi de ser o pugui ser exclòs del procediment, o no satisfà els criteris de selecció establerts per l'òrgan de contractació.

- Quan les obres, subministraments o serveis només puguin encomanar-se a un empresari determinat, per alguna de les raons següents:
 - Que el contracte tingui per objecte la creació o adquisició d'una obra d'art o representació artística única no integrant del Patrimoni Històric Espanyol.
 - Que no existeixi competència per raons tècniques;
 - Que procedeixi la protecció de drets exclusius, inclosos els drets de propietat intel·lectual o industrial.
 - Quan el contracte hagués estat declarat desert o reservat, o quan la seva execució hagués d'anar acompanyada de mesures de seguretat especials conforme a la legislació vigent, o quan o exigeixi la protecció dels interessos essencials de la seguretat de l'estat.
- b) En els contractes d'obres, subministraments i serveis en els casos que:
- Una imperiosa urgència resultant d'esdeveniments imprevisibles per l'òrgan de contractació que no li siguin imputables, demandi una ràpida execució del contracte que no pugui aconseguir-se mitjançant la tramitació d'urgència de l'article 119 LCSP.
 - Quan en els procediments oberts o restringits previs només s'haguessin presentat ofertes irregulars o inacceptables, sempre i quan en la negociació s'incloguin tots els licitadors que, en el procediment anterior haguessin presentat ofertes conformes amb els requisits formals del procediment de contractació, i sempre que les condicions inicials del contracte no es modifiquin substancialment, sense que en cap cas no es pugui incrementar el preu de licitació ni modificar el sistema de retribució. Es donen per reproduïdes les definicions d'ofertes irregulars i inacceptables.
- c) En uns determinats contractes de subministrament, com ara quan els productes es fabriquen exclusivament per a fins d'investigació, o bé quan es tracti d'entregues addicionals efectuades pel proveïdor inicial.
- d) En els contractes de serveis, a més, en el supòsit que el contracte sigui la conseqüència d'un concurs de projectes que hagi d'adjudicar-se al guanyador.
- e) En els contractes d'obres i de serveis, a més, quan les obres o serveis que constitueixin el seu objecte consisteixen en la repetició d'altres similars adjudicats al mateix contractista prèvia publicació de l'anunci de licitació.

6.3.2. Tramitació.

Els òrgans de contractació únicament faran ús del procediment negociat sense publicació prèvia de l'anunci de licitació quan es doni algun dels supòsits anteriors.

En la tramitació del procediment aplicaran les normes del procediment de licitació amb negociació, en tot el que resulti d'aplicació.

7. DIÀLEG COMPETITIU (articles 172 a 176 LCSP).

La LCSP, juntament amb els procediments obert, restringit, negociat i d'associació per a la innovació, regula el diàleg competitiu en els articles 172 a 176. En aquest procediment la mesa especial de diàleg competitiu dirigeix un diàleg amb els candidats seleccionats, a sol·licitud d'ells, a fi de desenvolupar una o varies solucions susceptibles de satisfer les seves necessitats i que serviran de base per tal que els candidats elegits presentin una oferta.

Qualsevol empresa interessada podrà presentar una sol·licitud de participació en resposta a un anunci de licitació.

El diàleg competitiu podrà utilitzar-se en els mateixos supòsits que els del procediment de licitació amb negociació de l'article 167 LCSP, ja vistos, i ha d'anar precedit de la publicació d'un anunci de licitació.

El procediment, d'acord amb l'article 174 i següents LCSP, és el següent:

- a) publicació d'un anunci de licitació en el qual es donen a conèixer les necessitats i requisits, així com els criteris d'adjudicació elegits i el termini aproximat d'execució.
- b) per remissió de l'article 174.2 als articles reguladors del procediment restringit, l'òrgan de contractació assenjala el nombre mínim d'empresaris d'entre tots els que s'haguessin presentat, als quals invitarà a participar en el procediment, que no podrà ser inferior a 3 (a diferència del procediment restringit, en el qual el nombre mínim no pot ser inferior a 5). El nombre màxim, en canvi, pot ésser fixat o no, per bé que si es fixa s'ha d'indicar en l'anunci de licitació.
- c) quan el nombre de candidats invitats a presentar proposicions, per complir els criteris de selecció, sigui inferior a tres, l'òrgan de contractació podrà continuar el procediment amb els que reuneixin les condicions exigides, i no podrà invitar empresaris que no haguessin sol·licitat participar ni a candidats que no posseeixin aquestes condicions.
- d) les invitacions a formar part en el diàleg contindran una referència a l'anunci de licitació publicat i indicaran:
 - la data i lloc de l'inici de la fase de consulta;
 - les llengües utilitzables;
 - els documents relatius a les condicions d'aptitud;
 - la ponderació relativa als criteris d'adjudicació.
- e) tot seguit s'inicia un diàleg amb els candidats seleccionats per definir els medis per satisfer les necessitats, atorgant un tracte igual a tots els licitadors. L'òrgan de contractació no podrà revelar a la resta de participants les solucions proposades per qualsevol d'ells.
- f) quan l'òrgan de contractació es trobi en condicions de determinar les solucions adequades a les seves necessitats, declara tancat el diàleg i cursa les invitacions als participants per tal que presentin la seva oferta final.
- g) l'òrgan de contractació avalua les ofertes, selecciona la econòmicament més avantatjosa i adjudica el contracte.

IX. LES POLÍTIQUES SOCIALS, AMBIENTALS I D'INNOVACIÓ.

1. EL NOU MARC NORMATIU DE LA DIRECTIVA 2014/24.

Hom parla d'integració de polítiques socials, ambientals i d'innovació per referir-se a unes determinades clàusules que, de manera estratègica, s'incorporen al contracte públic. Aquestes clàusules no han format part, fins ara, de l'objecte ni de la finalitat de la llei: l'article 1 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic aprovat per RDL 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSP) ni les esmenta.

Les clàusules socials, ambientals i d'innovació han estat, doncs, uns mers criteris instrumentals que s'establien en els plec de clàusules administratives particulars (PCAP) i que obligaven l'adjudicatari d'un contracte a realitzar el seu objecte complint unes determinades polítiques d'interès general³¹. Per aquesta raó es parla d'integració de polítiques ambientals, socials i d'innovació, perquè fins ara s'incorporaven en el contracte de forma no necessària sinó merament estratègica. La seva naturalesa instrumental es derivava del fet que s'encaminaven al compliment d'unes altres finalitats públiques, ultra les contractuals en sentit estricte.

Amb la nova Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE (LCSP), la naturalesa accidental d'aquestes clàusules es veu superada, en la mesura que el seu article 1.3, de nova redacció, incorpora les polítiques socials i mediambientals en la mateixa definició de l'objecte i finalitat de la llei:

En tota contractació pública s'incorporaran de manera transversal i preceptiva criteris socials i mediambientals sempre que guardin relació amb l'objecte del contracte, en la convicció que la seva inclusió proporciona una millor relació qualitat preu en la prestació contractual, així com una major i millor eficiència en la utilització dels fons públics. Igualment es facilitarà l'accés a la contractació pública de les petites i mitjanes empreses, així com de les empreses d'economia social.

A partir de la entrada en vigor de la LCSP, el proper 9 de març de 2018, s'haurà de valorar de forma preceptiva la incorporació de criteris socials i mediambientals en totes les contractacions públiques, amb l'única exigència que aquests criteris guardin relació amb l'objecte del contracte. Així es desprèn, també, de l'article 67.2 de la Directiva 2014/24.

La LCSP es refereix a aquestes polítiques en els seus articles següents:

- a) Article 1. Objecte i finalitat.
- b) Article 28. Necessitat i idoneïtat del contracte.
- c) Article 35. Contingut mínim del contracte.
- d) Article 71. Prohibicions per contractar.
- e) Article 72. Apreciació de la prohibició per contractar.
- f) Article 88. Solvència tècnica en els contractes d'obres.
- g) Article 90. Solvència tècnica en els contractes de serveis.
- h) Article 91. Solvència tècnica en els restants contractes.
- i) Article 93. Compliment de normes de garantia de la qualitat.
- j) Article 94. Compliment de normes de gestió mediambiental.
- k) Article 122. Plec de clàusules administratives particulars.
- l) Article 124. Plec de prescripcions tècniques particulars.

³¹ Informe 4/2001, de 23 de novembre i Informe 2/2006, de 9 de febrer, ambdós de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Catalunya (JCCAC).

- m) Article 125. Definició de determinades prescripcions tècniques.
- n) Article 126. Regles per a l'establiment de prescripcions tècniques.
- o) Article 127. Etiquetes.
- p) Article 129. Informació sobre obligacions.
- q) Article 145. Requisits i classes de criteris d'adjudicació del contracte.
- r) Article 146. Aplicació dels criteris d'adjudicació.
- s) Article 147. Criteris de desempat.
- t) Article 148. Definició i càlcul del cicle de vida.
- u) Article 149. Ofertes anormalment baixes.
- v) Article 201. Obligacions en matèria mediambiental, social i laboral.
- w) Article 202. Condicions especials d'execució del contracte.
- x) Article 215. Subcontractació.

La majoria d'aquestes disposicions es refereixen exclusivament a les clàusules socials i mediambientals. Les polítiques d'innovació hi són presents molt de passada, per bé que la llei preveu un procediment d'associació per a la innovació, al qual també ens referirem, en els seus articles 177 a 182.

1.1. Ara cal valorar la incorporació d'aquestes clàusules.

La incorporació de clàusules socials, mediambientals i d'innovació en el contracte ha de ser objecte d'una valoració; aquesta és una exigència ineludible des del mateix moment de justificació de la necessitat i idoneïtat del contracte. L'article 28.2 LCSP obliga, en efecte, a valorar

... la incorporació de consideracions socials, mediambientals i d'innovació com aspectes positius en els procediments de contractació pública.

El PCAP és l'instrument adequat per definir si aqueixes consideracions socials, laborals i mediambientals s'inclouen com a

- a) criteris d'adjudicació,
- b) criteris de solvència, o
- c) condicions especials d'execució,

puix que les tres modalitats són possibles conforme declara l'article 122.2 LCSP. I no només el PCAP; també el plec de prescripcions tècniques particulars (PPTP) haurà de definir les condicions socials i ambientals, si més no ens els contractes d'obres, subministraments i serveis, conforme estableixen els articles 124 a 126.

Finalment, l'article 129 LCSP consagra un sistema d'informació mútua relatiu a la protecció del medi ambient, ocupació i condicions laborals:

- a) L'òrgan de contractació podrà assenyalar en el PCAP l'organisme en el qual els candidats podran obtenir informació sobre les obligacions relatives a la protecció del medi ambient, protecció de l'ocupació, igualtat de gènere condicions de treball i prevenció de riscos laborals i inserció sociolaboral de les persones amb discapacitat, i a l'obligació de contractar un nombre o percentatge específic de persones amb discapacitat.
- b) L'òrgan de contractació sol·licitarà als licitadors que manifestin haver tingut en compte en l'elaboració de llurs ofertes les obligacions derivades de les disposicions vigents en matèria de protecció del medi ambient, protecció de l'ocupació, igualtat de gènere, condicions de treball, prevenció de riscos laborals i inserció sociolaboral de les persones amb discapacitat, i l'obligació de contractar un nombre o percentatge específic de persones amb discapacitat, i protecció del medi ambient.

Si, com acabem de veure, l'article 1.3 LCSP parla de transversalitat és perquè les clàusules socials³² i mediambientals³³ poden aparèixer en les tres fases del procediment de contractació:

- a) Fase de licitació: en el procés de selecció del contractista intervenen les denominades clàusules d'accés, que imposen determinades obligacions en matèria social i mediambiental per tal de poder contractar. Aquestes clàusules vénen emparades a l'article 18.2 de la Directiva 2014/24.
- b) Fase d'adjudicació: en aquesta fase intervenen els criteris d'adjudicació dels contractes i les denominades clàusules de desempat, que només operen en el supòsit d'igualtat de condicions. La possibilitat de què aqueixes clàusules puguin concórrer fins i tot com a criteris d'adjudicació és, com veurem, la novetat més important introduïda per aquest nou marc normatiu.
- c) Fase d'execució: en la fase d'execució és quan es concreten les obligacions del contractista consistents en respectar determinades condicions socials i mediambientals, com per exemple en relació amb la subcontractació i en les condicions d'execució del contracte.

2. FASE DE LICITACIÓ: LES CLÀUSULES D'ACCÉS.

En aquesta fase analitzarem les prohibicions de contractar, els criteris de solvència, les baixes desproporcionades o temeràries i els contractes reservats.

2.1. Les prohibicions de contractar.

Tant l'article 60.1, lletres a) i b) TRLCSP com l'article 71.1, lletres a) i b) LCSP impedeixen que puguin contractar amb els ens del sector públic, entre d'altres:

- les persones condemnades mitjançant sentència ferma per delictes contra la Seguretat Social, delictes contra els drets dels treballadors i delictes relatius a la protecció del medi ambient.
- Les persones sancionades amb caràcter ferm per infracció greu en matèria d'integració laboral i d'igualtat d'oportunitats i no discriminació de persones amb discapacitat.
- Les persones sancionades amb caràcter ferm per infracció molt greu en matèria mediambiental, de conformitat amb l'establert a la normativa vigent; o per infracció molt greu en matèria laboral o social, d'acord amb el que disposa el text refós de la Llei sobre infraccions i sancions en l'ordre social (LISOS), aprovada per RDL 5/2000, de 4 d'agost, així com per la infracció greu³⁴ prevista en el seu article 22.2.

Així mateix, l'article 71.1.d) LCSP continua establint la prohibició de contractar consistent en no trobar-se al corrent de les obligacions de Seguretat Social o, en el cas d'empreses de 50 o més

³² Ramos-Pérez Olivares, A. *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*. La Ley. Grupo Wolters Kluwer. Madrid – maig 2012. 1ª ed.

³³ AAVV. (Dir. Razquín Lizarraga, M.M.). *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona – 2017. 1ª ed.

³⁴ No sol·licitar la filiació inicial o l'alta dels treballadors que ingressin al seu servei, o sol·licitar-la, com a conseqüència d'actuació inspectora, fora del termini establert.

treballadors, no complir amb el coeficient del 2 per cent dels treballadors amb discapacitat, d'acord amb l'article 42 del RDL 1/2013, de 29 de novembre, pel que s'aprova el text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió social.

I ara la LCSP afegeix, en aquest mateix article 71.1.d), una nova prohibició de contractar, en el cas d'empreses amb més de 250 treballadors, consistent en no complir amb l'obligació de comptar amb un pla d'igualtat conforme determina l'article 45 de la Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat de dones i homes.

En tots els casos anteriors l'acreditació es farà valer a través de la corresponent declaració responsable³⁵.

2.2. Els medis d'acreditació de la solvència tècnica.

Com se sap, els criteris de solvència no són criteris de contracte sinó criteris d'empresa. No són, per tant, objecte de valoració sinó que intervenen com a impediment obstatiu, si no concorren, o com a acreditació de l'aptitud, en altre cas. Per aquesta raó la prudència aconsella, quan s'utilitzin mesures de gestió ambiental en l'execució del contracte com a criteri de solvència tècnica, que aquest no sigui l'únic medi admès per acreditar-la, a no ser que, per les especificitats de l'objecte, aquesta exclusivitat resulti convenientment motivada.

En el contracte de subministraments no és possible acreditar la solvència tècnica mitjançant mesures de gestió ambiental en l'execució del contracte. En els altres contractes, sí, perquè així ho preveuen els articles 88.1.d), 90.1.f) i 91 LCSP.

2.3. Les baixes temeràries o desproporcionades.

La LCSP amplia els paràmetres de justificació de les ofertes incurses en presumpció de temeritat, ara presumpció d'anormalitat. El seu article 149.4 exigeix que es concedeixi un termini suficient al licitador per tal que pugui justificar i desglossar raonadament i detallada el baix nivell dels preus, o de qualsevol altre paràmetre en base al qual s'hagués definit l'anormalitat de l'oferta, mitjançant la presentació de la informació i dels documents que escaiguin.

³⁵ La prohibició de contractar s'apreciarà directament per l'òrgan de contractació, quan la sentència o resolució administrativa s'hagués pronunciat expressament sobre el seu abast i duració, subsistint durant el termini assenyalat en aquestes (article 72.2 LCSP). Si la sentència o resolució no conté pronunciament sobre el seu abast i duració, aquestes hauran de determinar-se mitjançant un procediment que regularan les normes de desenvolupament de la LCSP (article 72.5 LCSP). Aquest mateix procediment es seguirà en els casos següents:

- Supòsits de falsedat en la declaració responsable, en les dades relatives a la capacitat i solvència, o no posar en coneixement les variacions en la classificació o en les dades inscrites en el ROLECE.
- Tots els supòsits de l'article 71.2 LCSP, com ara haver retirat indegudament una proposició o haver impossibilitat l'adjudicació d'un contracte al seu favor, o haver deixat de formalitzar un contracte, o haver incomplert les clàusules essencials d'un contracte o les seves condicions especials d'execució, o haver donat lloc a la resolució ferma i culpable d'un contracte.

No procedirà declarar la prohibició de contractar quan en el tràmit d'audiència del procediment corresponent l'interessat acrediti el pagament de les multes o indemnitzacions fixades per la sentència o la resolució administrativa, així com l'adopció de mesures tècniques, organitzatives i de personal apropiades per evitar la comissió de futures infraccions administratives. Encara més, si l'acreditació d'aquests extrems es produís després de la declaració de la prohibició de contractar, aquesta podrà ser objecte de revisió pel mateix òrgan que la va decretar.

La justificació que podrà demanar la mesa de contractació als licitadors inicialment incursos en presumpció d'anormalitat es podrà referir a cinc valors, que fixa l'al·ludit article 149.4 LCSP, entre els quals apareix:

El respecte d'obligacions que resultin aplicables en matèria mediambiental, social o laboral, i de subcontractació, no sent justificables preus per sota de mercat o que incompleixin l'establert a l'article 201 LCSP³⁶.

El mateix article 149.4 LCSP determina que

En tot cas, els òrgans de contractació rebutjaran les ofertes si comproven que són anormalment baixes perquè vulnereu la normativa sobre subcontractació o no compleixen les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral, fins i tot dels convenis col·lectius sectorials vigents, en aplicació de l'establert a l'article 201.

Veiem, doncs, que l'article 201 LCSP encomana als òrgans de contractació l'adopció de les mesures que garanteixin que en l'execució dels contractes es compleixen les obligacions en matèria mediambiental, social i laboral.

2.4. Els contractes reservats.

2.4.1. Els contractes reservats a CEO i a empreses d'inserció.

La disposició addicional quarta LCSP, tal com ja feia la disposició addicional cinquena TRLCSP, estableix que el Consell de Ministres i l'òrgan competent de la Comunitat Autònoma o entitat local fixaran els percentatges mínims de reserva del dret a participar en els procediments d'adjudicació de determinats contractes o lots a Centres Especials d'Ocupació (CEO) d'iniciativa social i a empreses d'inserció³⁷, a condició que el seu percentatge de treballadors amb discapacitat o en situació d'exclusió social sigui almenys del 30 per 100.

Quan en un contracte s'utilitzi aquesta reserva, en l'anunci de licitació es farà referència a aquesta disposició addicional quarta LCSP.

Cal que l'activitat del CEO estigui directament relacionada amb l'objecte del contracte.

Recordem que a Catalunya aquesta reserva té caràcter obligatori per establir-ho així l'article 35 de la Llei 31/2002, de 31 de desembre, de mesures fiscals i administratives de la Generalitat, en la redacció donada per la Llei 7/2004, de 16 de juliol.

Llevat casos excepcionals degudament motivats, en aquests procediments de contractació no procedirà l'exigència de garantia definitiva.

2.4.2. La reserva de contractes de serveis socials, culturals i de salut.

Disposa la D.A. 48^a LCSP que els òrgans de contractació podran reservar el dret a participar en els procediments de licitació dels contractes de serveis de caràcter social, cultural i de salut

³⁶ Article 201 LCSP: *Els òrgans de contractació prendran les mesures pertinents per garantir que en l'execució dels contractes els contractistes compleixen les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral (...) i en particular les establertes a l'annex V.*

³⁷ Els CEO vénen regulats en el RD 469/2006, de 21 d'abril, i les empreses d'inserció a la Llei 44/2007, de 13 de desembre.

corresponents als codis CPV de l'annex IV LCSP que enumera la mateixa D.A, a les organitzacions que compleixin totes les condicions següents:

- a) Que el seu objecte sigui la realització d'una missió de servei públic vinculada a la prestació d'aquests serveis.
- b) Que els beneficis reverteixin amb el fi d'assolir l'objectiu de l'organització; o en el cas que es distribueixin o redistribueixin, que es realitzi d'acord a criteris de participació.
- c) Que les estructures de direcció o propietat de l'organització es basin en la propietat del personal, o en principis de participació, o exigeixin la participació activa del personal, usuaris o les parts interessades.
- d) Que el poder adjudicador no hagi adjudicat a l'organització un contracte d'acord amb el present article en els tres anys precedents.

La durada màxima del contracte no excedirà de tres anys, i en l'anunci de licitació es farà referència a aqueixa disposició addicional.

3. FASE D'ADJUDICACIÓ.

En aquesta fase estudiarem els criteris d'adjudicació dels contractes, la clàusula de desempat i el càlcul del cost del cicle de vida.

3.1. Els criteris d'adjudicació.

En termes generals, per tal que els criteris d'adjudicació siguin puntuables és necessari que es trobin en tot cas directament vinculats a l'objecte del contracte. Així ho ha exigint fins ara l'article 150 TRLCSP i així ho continua exigint l'article 145 LCSP.

La possibilitat de tenir en compte aspectes mediambientals, socials o innovadors en l'adjudicació dels contractes és la novetat més important del marc normatiu instaurat per la Directiva 2014/24, atès que fins ara aquestes clàusules s'havien vinculat més als criteris d'empresa que als criteris de contracte.

Efectivament, la clàssica distribució entre criteris d'empresa, referits a la solvència i a les prohibicions de contractar, i criteris de contracte, referits als criteris d'adjudicació, que és una regla d'or, podria semblar que trontolla quan l'article 145.2 2n. LCSP es refereix, com a criteri de contracte, a l'experiència del personal, que fins a dates relativament recents ha estat proscriu com a criteri d'adjudicació. Es tracta, tanmateix, d'una aparença, ja que no es puntua l'experiència del personal de l'empresa de forma general, sinó l'experiència del personal de l'empresa adscrit al contracte; per tant, haurà de demostrar-se que aquesta experiència afecta de manera significativa a la millor execució de l'objecte del contracte.

La jurisprudència comunitària, des de la STJUE 495/2002, de 17 de setembre, As C.513/99 *Concordia Bus Finland*, ha vingut sostenint que els criteris d'adjudicació, per ser admissibles, han de complir els quatre requisits següents:

- a) Han d'estar relacionats amb l'objecte del contracte.
- b) No han de conferir una llibertat incondicional d'elecció.
- c) S'han d'esmentar expressament en el PCAP i en l'anunci de licitació.
- d) Han de respectar el principi de no discriminació.

Aquesta doctrina és recollida a l'article 67.4 de la Directiva 2014/24 i també a l'article 145 LCSP, els apartats 5 i 6 del qual obliguen a que aquests aspectes s'estableixin en el PCAP i, així mateix, que compleixin els requisits següents:

- a) en tot cas han d'estar vinculats a l'objecte del contracte. S'entendrà que un criteri d'adjudicació està vinculat a l'objecte del contracte quan es refereixi o integri les prestacions que han de realitzar-se en virtut d'aquest contracte, en qualssevol dels seus aspectes i en qualssevol etapa del seu cicle de vida, inclosos els factors que intervenen:
 - En el procés de producció, prestació o comercialització mediambiental i socialment sostenibles i justes.
 - En el procés d'una altra etapa del seu cicle de vida, fins i tot quan aquests factors no formin part de la seva substància material.
- b) Hauran de ser formulats de manera objectiva respectant plenament els principis d'igualtat, no discriminació, transparència i proporcionalitat, i no conferiran a l'òrgan de contractació una llibertat de decisió il·limitada.
- c) Hauran de garantir la possibilitat que les ofertes siguin avaluades en condicions de competència efectiva i aniran acompanyats d'especificacions que permetin comprovar de manera efectiva la informació facilitada pels licitadors amb la finalitat d'avaluar en quina mesura les ofertes compleixen els criteris d'adjudicació. En cas de dubte haurà de comprovar-se de manera efectiva l'exactitud de la informació i les proves facilitades pels licitadors.

I encara una segona exigència: a partir d'ara es farà necessari que els criteris qualitius vagin acompanyats d'un criteri relacionat amb els costos el qual, a elecció de l'òrgan de contractació, podrà ser el preu o un plantejament basat en la rendibilitat, com ara el cost del cicle de vida calculat d'acord amb l'article 148 LCSP³⁸.

3.1.1. Els criteris mediambientals.

Les característiques mediambientals podran referir-se, entre altres, als criteris següents:

- a) a la reducció del nivell d'emissió de gasos d'efecte hivernacle;
- b) a la utilització de mesures d'estalvi i eficiència energètica i a la utilització d'energia procedent de fonts renovables durant l'execució del contracte;
- c) al manteniment o millora dels recursos naturals que puguin veure's afectats per l'execució del contracte.

3.1.2. Els criteris socials.

Les característiques socials del contracte es referiran, entre altres, a les finalitats següents:

- a) al foment de la integració social de persones amb discapacitat, persones desafavorides o membres de grups vulnerables entre les persones assignades a l'execució del contracte

³⁸ Aquests aspectes s'han de justificar a l'expedient i s'han d'encaminar a avaluar, ja sigui amb criteris econòmics o qualitius, la millor relació qualitat-preu, la millor relació cost-eficàcia o el càlcul del cost del cicle de vida.

i, en general, la inserció sociolaboral de persones amb discapacitat o en situació de risc d'exclusió social.

- b) la subcontractació amb CEO o empreses d'inserció;
- c) els plans d'igualtat de gènere que s'apliquin en l'execució del contracte i, en general, la igualtat entre dones i homes;
- d) el foment de la contractació femenina;
- e) la conciliació de la vida laboral, personal i familiar;
- f) la millora de les condicions laborals i salarials;
- g) l'estabilitat en l'ocupació;
- h) la contractació d'un major nombre de persones per a l'execució del contracte;
- i) la formació i la protecció de la salut i la seguretat en el treball.
- j) L'aplicació de criteris ètics i de responsabilitat social a la prestació contractual;
- k) Els criteris referits al subministrament o a la utilització de productes basats en un comerç equitatiu durant l'execució del contracte.

3.2. La clàusula de desempat.

3.2.1. Els criteris de desempat.

Els criteris de desempat vénen regulats a l'article 147 LCSP, com fins ara han vingut establerts a la disposició addicional quarta TRLCSP. Els òrgans de contractació podran establir en els PCAP criteris d'adjudicació específics per al desempat en els casos que, després de l'aplicació dels criteris d'adjudicació, es produeixi un empat entre dues o més ofertes.

Aquests criteris específics d'adjudicació per al desempat hauran d'estar vinculats a l'objecte del contracte i es referiran a:

- a) Proposicions presentades per empreses que tinguin en plantilla un percentatge de treballadors amb discapacitat superior al que imposa la normativa³⁹, amb preferència en l'adjudicació del contracte del licitador que disposi del major percentatge de treballadors fixos amb discapacitat en la seva plantilla.
- b) Proposicions d'empreses d'inserció regulades a la Llei 44/2007, de 13 de desembre.
- c) Proposicions presentades per entitats sense afany de lucre, amb personalitat jurídica, sempre i quan:

³⁹ Recordem que en el cas d'empreses de 50 o més treballadors, no complir amb el coeficient del 2 per cent dels treballadors amb discapacitat, tal com exigeix l'article 42 del RDL 1/2013, de 29 de novembre pel qual s'aprova el text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió social,, és prohibició de contractar.

- La seva finalitat o activitat tingui relació directa amb l'objecte del contracte, segons resulti dels seus respectius estatuts o regles fundacionals i figurin inscrites en el corresponent registre oficial, i
 - L'objecte del contracte es refereixi exclusivament a prestacions de caràcter social o assistencial.
- d) Les ofertes d'entitats reconegudes com organitzacions de comerç just per a l'adjudicació dels contractes que tinguin com a objecte productes en els que existeixi alternativa de comerç just.
- e) Proposicions presentades per empreses que incloguin mesures de caràcter social i laboral que afavoreixin la igualtat d'oportunitats entre dones i homes.

La documentació acreditativa dels criteris de desempat serà aportada pels licitadors en el moment en que es produeixi l'empat, no abans.

3.2.2. Actuació en defecte de criteris específics.

En defecte de previsió en el PCAP de criteris d'adjudicació específics, l'empat entre vàries ofertes es resoldrà mitjançant l'aplicació per ordre dels criteris socials següents:

- a) Major percentatge de treballadors amb discapacitat o en situació d'exclusió social en la plantilla, primant en cas d'igualtat el major nombre de treballadors fixos amb discapacitat, o en situació d'exclusió en la plantilla.
- b) Menor percentatge de contractes temporals en la plantilla.
- c) Major percentatge de dones en la plantilla.
- d) El sorteig, en cas que l'aplicació dels criteris precedents no donés lloc a desempat.

3.3. El càlcul del cost del cicle de vida.

El cost del cicle de vida s'erigeix a la Directiva 2014/24 com un nou criteri d'adjudicació dels contractes públics i es constitueix com un indicador de la seva eficàcia i rendibilitat.

El cicle de vida és el conjunt d'etapes que travessa un producte, des de la concepció fins a la seva desaparició. L'article 2.20 de la Directiva el defineix així

Totes les fases consecutives o interrelacionades, inclosa la investigació i el desenvolupament que hagin de dur-se a terme, la producció, la comercialització i les seves condicions, el transport la utilització i el manteniment al llarg de l'existència d'un producte, una obra o la prestació d'un servei, des de l'adquisició de matèries primeres o la generació de recursos fins a l'eliminació, el desmantellament i la fi d'un servei o d'una utilització.

El cost del cicle de vida inclou totes les despeses imputables al producte, sigui obra, servei o subministrament.

Hom distingeix els costos econòmicament certs, com ara els de producció, investigació, desenvolupament, transport, ús, manteniment i eliminació al final de la vida útil, dels costos intangibles, que són els atribuïbles a factors mediambientals externs, per bé que fins i tot aquests han de poder ser quantificables.

L'article 67.2 de la Directiva determina que el cost del cycle de vida pot ser un ítem adequat per valorar l'oferta econòmicament més avantatjosa, i el seu càlcul haurà de realitzar-se d'acord amb les regles de l'article 68 de la mateixa Directiva.

No es tracta d'un concepte totalment nou, ja que fou introduït per primera vegada per la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, de la qual passà a l'article 150.3.h) TRLCSP, encara vigent, que enumera els supòsits en els quals és possible utilitzar més d'un criteri d'adjudicació, entre ells, els contractes amb un impacte significatiu en el medi ambient, en l'adjudicació dels quals es valoraran condicions ambientals mesurables, com ara el cost ambiental del cycle de vida.

La finalitat de la Directiva és que es quantifiqui la totalitat de les despeses, directes i indirectes, fixes i variables, ocasionades pel producte al llarg de les diferents etapes de la seva vida útil, per considerar que aquesta estratègia comportarà un estalvi, en permetre als compradors elegir com a oferta econòmicament més avantatjosa l'opció que presenti la millor relació cost-eficàcia al llarg de tot el cycle de vida de l'obra, servei o subministrament.

Disposa l'article 148 LCSP que a efectes d'aquesta llei s'entendran compresos dins del cycle de vida d'un producte, obra o servei totes les fases consecutives o interrelacionades que es succeeixin durant la seva existència i, en tot cas:

- a) La investigació i el desenvolupament.
- b) La fabricació o producció,
- c) La comercialització i les condicions d'aquesta,
- d) El transport, la utilització i el manteniment,
- e) L'adquisició de les matèries primeres necessàries,
- f) La generació de recursos, i
- g) L'eliminació, el desmantellament o el final de la utilització.

El càlcul del cost del cycle de vida inclourà, segons el cas, la totalitat o una part dels costos següents:

- a) Els costos sufragats per l'òrgan de contractació o per altres usuaris, tals com:
 - Els costos relatius a l'adquisició,
 - Els costos d'utilització, com el consum d'energia i altres recursos,
 - Els costos de manteniment,
 - Els costos de final de vida, com els costos de recollida i reciclat.
- b) Els costos imputats a externalitats mediambientals vinculades al producte, servei o obra durant el seu cycle de vida, com ara el cost de les emissions de gasos d'efecte hivernacle i altres emissions contaminants, sempre i quan el seu valor monetari pugui determinar-se i verificar-se.

Quan els òrgans de contractació avaluin els costos mitjançant el càlcul del cost del cycle de vida, indicaran en el PCAP les dades que haguessin de facilitar els licitadors, així com el mètode que utilitzaran per al càlcul, el qual haurà de complir totes les condicions següents:

- a) Estar basat en criteris verificables objectivament i no discriminatoris, no afavorint ni perjudicant indegudament a empreses determinades.
- b) Ser accessible per a totes les parts interessades.

- c) La informació necessària ha de poder ser facilitada amb un esforç raonable per part de les empreses.

Finalment, l'article 148.5 LCSP ordena als òrgans de contractació que calculin els costos dels criteris dels apartats 1 i 2 de l'article 145 LCSP atenent, preferentment, al cost del cycle de vida.

4. FASE D'EXECUCIÓ.

En aquest capítol estudiarem la subcontractació, les obligacions de l'òrgan de contractació i les clàusules mediambientals i socials com a condicions d'execució.

4.1. Subcontractació.

Un dels objectius estratègics de la Directiva 2014/24, que reproduïx l'article 1 LCSP és facilitar la participació de les PIME. Apunta la doctrina⁴⁰ que de poc serviria exigir el compliment de les obligacions ambientals, socials i laborals als contractistes si aquesta no es fes extensiva als subcontractistes, que són els qui realment executen els contractes públics. D'aquí ve que l'article 71.1 de la Directiva obligui les autoritats estatals a adoptar les mesures adequades per tal que els subcontractistes compleixin també les obligacions de l'article 18.2 de la mateixa Directiva.

Conforme a l'article 215.4 LCSP els subcontractistes quedaran només obligats davant del contractista principal, que és qui assumeix la total responsabilitat de l'execució del contracte front a l'Administració, fins i tot pel que fa al compliment de les obligacions en matèria mediambiental, social o laboral a les quals es refereix el ja citat article 201 LCSP. Fins i tot determina aquest article que

El coneixement que tingui l'Administració dels subcontractes celebrats (...) no alterarà la responsabilitat exclusiva del contractista principal.

L'article 215.5 LCSP disposa que

En cap cas no podrà concertar-se pel contractista l'execució parcial del contracte amb persones inhabilitades per contractar d'acord amb l'ordenament jurídic o compreses en algun dels supòsits de l'article 71.

L'article 215.5 LCSP habilita el poder adjudicador a comprovar si els subcontractistes es troben incursos en causa de prohibició o exclusió per contractar i, en cas afirmatiu, a exigir al contractista que els substitueixi.

4.2. Obligacions de l'òrgan de contractació en l'execució.

L'article 201 LCSP obliga els òrgans de contractació a prendre les mesures pertinents per garantir que en l'execució dels contractes els contractistes compleixen les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral establertes en el dret de la UE, el dret estatal, els convenis col·lectius o per les disposicions de dret internacional mediambiental, social o laboral que vinculin l'Estat i, en particular, les establertes a l'annex V⁴¹.

Es tracta d'una exigència derivada de l'article 18.2 de la Directiva 2014/24, per bé que la Directiva només obliga els estats membres, mentre que l'article 201 LCSP obliga els òrgans de contractació. Això vol dir que el mandat d'aquest darrer article es circumscriu exclusivament a l'àmbit contractual en el qual l'òrgan de contractació actuï com a tal.

⁴⁰ AAVV. *Nueva contratación pública... op. cit.* P. 96.

⁴¹ L'annex V de la LCSP és un llistat de convenis internacionals en l'àmbit social i mediambiental

Estudiarem aquestes obligacions des del doble vessant de la incorporació d'obligacions ambientals en el PCAP i de les etiquetes ecològiques.

4.2.1. La incorporació d'obligacions ambientals en el PCAP.

La mesura consistent en incorporar criteris ambientals en el PCAP té per objecte l'obtenció de prestacions que la Comunicació "Contractació pública per a un millor medi ambient"⁴² denomina "compra pública ecològica" (CPE)⁴³. La CPE ve definida en el punt 3.1 de la Comunicació com

un procés pel qual les autoritats públiques adquireixen mercaderies, serveis i obres amb un impacte mediambiental reduït durant el seu cicle de vida, en comparació amb el de les mercaderies, serveis i obres amb la mateixa funció primària que s'adquiririen en el seu lloc.

Afirma FERNÁNDEZ ACEVEDO⁴⁴ que la integració de les consideracions ambientals en la contractació pública s'ha produït en els darrers anys a través de la legislació sectorial de la UE, de la qual destaquen les dues Directives següents:

- a) La Directiva 2009/33 relativa a la promoció de vehicles de transport per carretera nets i energèticament eficients⁴⁵, la qual fou transposada per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible (LES), imposa als òrgans de contractació l'obligació de tenir en compte, en les adquisicions de vehicles de transport per carretera, el seu impacte energètic i ambiental al llarg de la seva vida útil, inclosos el consum d'energia i les emissions de CO₂.
- b) La Directiva 2010/31 relativa a l'eficiència energètica dels edificis⁴⁶ imposa als estats membres l'obligació de garantir que tots els edificis nous siguin edificis de consum d'energia quasi nul com a màxim el 31.12.2010 i que des de l'1 de gener de 2019, els edificis nous que estiguin ocupats i siguin propietat d'autoritats públiques siguin edificis de consum d'energia quasi nul (*nearly zero energy buildings*). També s'obliga els estats membres a establir els requisits mínims d'eficiència energètica dels edificis o unitats d'aquests amb la finalitat d'assolir nivells òptims de rendibilitat.

4.2.2. Les etiquetes ecològiques.

Disposa l'article 127 que als efectes de la LCSP s'entendrà per "etiqueta" qualsevol document, certificat o acreditació que confirmi que les obres, productes, serveis, processos o procediments de què es tracti compleixen determinats requisits.

⁴² Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions, "Contractació pública per a un millor medi ambient", COM (2008) 400 FINAL, Brussel·les 16.7.2008.

⁴³ Per a aquest capítol seguirem a Fernández Acevedo, R. "Retos ambientales de las nuevas Directivas", AAVV. *Nueva contratación pública... op. cit.* pp. 99 i ss.

⁴⁴ Ídem nota anterior.

⁴⁵ Directiva 2009/33/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'abril de 2009 relativa a la promoció de vehicles de transport per carretera nets i energèticament eficients.

⁴⁶ Directiva 2010/31/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 19 de maig de 2010, relativa a l'eficiència energètica dels edificis (refosa), la qual ha estat transposada a l'ordenament jurídic espanyol pel RD 238/2013, de 5 d'abril, pel qual es modifiquen determinats articles i instruccions tècniques del Reglament d'instal·lacions tèrmiques en els edificis, aprovat per RD 1027/2007, de 20 de juliol.

Quan els òrgans de contractació vulguin adquirir obres, subministraments o serveis de característiques específiques de tipus mediambiental, social o altre podran exigir, en les prescripcions tècniques, en els criteris d'adjudicació o en les condicions d'execució del contracte, una etiqueta específica com a medi de prova de què les obres, els serveis o els subministraments compleixen les característiques exigides, com aquelles relacionades amb l'agricultura o la ramaderia ecològiques, el comerç just, la igualtat de gènere o les que garanteixin el compliment de les Convencions fonamentals de l'OIT, sempre que es compleixin totes les condicions següents:

- a) Que els requisits exigits per a l'obtenció de l'etiqueta es refereixin únicament a criteris vinculats a l'objecte del contracte i siguin adequats per definir les característiques de les obres, els serveis i els subministraments que constitueixen el seu objecte.
- b) Que els requisits exigits per a l'obtenció de l'etiqueta es basin en criteris verificables objectivament i que no resultin discriminatoris.
- c) Que les etiquetes s'adoptin d'acord amb un procediment obert i transparent en el qual puguin participar totes les parts concernides, tals com organismes governamentals, els consumidors, els interlocutors socials, els fabricants, els distribuïdors i les organitzacions no governamentals.
- d) Que les etiquetes siguin accessibles a totes les parts interessades.
- e) Que els requisits exigits per a l'obtenció de l'etiqueta hagin estat fixats per un tercer sobre el qual l'empresari no pugui exercir una influència decisiva.
- f) Que les referències a les etiquetes no restringeixin la innovació.

Quan una etiqueta reuneixi les condicions de les lletres b), c), d) i e) però estableixi requisits no vinculats a l'objecte del contracte, l'òrgan de contractació no la podrà exigir però, en substitució d'aquesta, podrà definir les prescripcions tècniques per referència a les especificacions de l'etiqueta o, en el seu cas, a parts d'aquesta que estiguin vinculades a l'objecte del contracte.

Quan els òrgans de contractació exigeixin una etiqueta específica hauran d'acceptar totes les altres que verifiquin que les obres, serveis o subministraments compleixen requisits equivalents als exigits per a l'obtenció d'aquella i, fins i tot, acceptarà altres medis adequats de prova que demostrin que les obres, serveis i subministraments que ha de prestar el futur contractista compleixen els requisits de l'etiqueta específica exigida.

La càrrega de la prova de l'equivalència recaurà en tot cas en el licitador.

4.3. Les condicions especials d'execució del contracte.

Les condicions especials d'execució del contracte són compromisos de compliment que el licitador adquireix, ja sigui perquè formula millores o variants acceptades, ja sigui perquè aquestes vénen imposades pel PCAP. Les condicions especials d'execució han d'estar vinculades a l'objecte del contracte. El TRLCSP s'hi refereix en el seu article 118, i l'article 202 LCSP aborda les condicions especials d'execució del contracte de caràcter social, ètic, mediambiental o d'altre ordre.

Els òrgans de contractació podran establir condicions especials d'execució sempre que estiguin vinculades a l'objecte del contracte en el sentit de l'article 145 LCSP, no siguin directament o indirectament discriminatoris, siguin compatibles amb el dret comunitari i s'indiquin en l'anunci de licitació i en els plecs.

Disposa l'article 202.1 LCSP que serà obligatori l'establiment en els PCAP d'almenys una de les condicions especials d'execució, les quals podran referir-se a consideracions econòmiques, relacionades amb la innovació, de tipus mediambiental o de tipus social. En particular es podran establir, entre altres, consideracions de tipus mediambiental que persegueixin:

- a) La reducció de les emissions de gasos d'efecte hivernacle, contribuint-se així a donar compliment a l'objectiu que estableix l'article 88 de la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible;
- b) El manteniment o millora dels valors mediambientals que puguin veure's afectats per l'execució del contracte;
- c) Una gestió més sostenible de l'aigua;
- d) El foment de l'ús de les energies renovables;
- e) La promoció del reciclat de productes i l'ús d'envasos reutilitzables;
- f) O l'impuls de l'entrega de productes a granel i la producció ecològica.

Les consideracions de tipus social o relatives a l'ocupació, podran introduir-se, entre altres, amb alguna de les finalitats següents:

- a) Fer efectius els drets reconeguts en la Convenció de les NNUU sobre els drets de les persones amb discapacitat;
- b) Contractar un nombre de persones amb discapacitat superior a l'exigit per la legislació estatal;
- c) Promoure l'ocupació de persones amb especials dificultats d'inserció en el mercat laboral, en particular de les persones amb discapacitat o en situació o risc d'exclusió social a través d'empreses d'inserció;
- d) Eliminar les desigualtats entre l'home i la dona en el mercat laboral, afavorint l'aplicació de mesures que fomentin la igualtat en el treball;
- e) Afavorir la major participació de la dona en el mercat laboral i la conciliació del treball i la vida familiar.
- f) Combatre l'atur, particularment el juvenil, el que afecta les dones i el de llarga durada;
- g) Afavorir la formació en el lloc de treball;
- h) Garantir la seguretat i la protecció de la salut en el lloc de treball i els convenis sectorials i territorials aplicables;
- i) Mesures per prevenir la sinistralitat laboral;
- j) Altres finalitats que s'estableixin amb referència a l'estratègia coordinada per a l'ocupació, definida en l'article 145 del TFUE;
- k) O garantir el respecte als drets laborals bàsics al llarg de la cadena de producció mitjançant l'exigència del compliment de les convencions fonamentals de l'OIT, incloses aquelles consideracions que busquin afavorir els petits productors de països en desenvolupament amb els quals es mantenen relacions comercials que els són favorables,

tals com el pagament d'un preu mínim i una prima als productors o una major transparència i traçabilitat de tota la cadena comercial.

Disposa l'article 202.3 LCSP que el PCAP podrà establir penalitats, conforme a l'article 192.1 LCSP per al cas d'incompliment de les condicions especials d'execució, o atribuir-los el caràcter d'obligacions contractuals essencials als efectes assenyalats a l'article 211.1.f) LCSP.

L'article 211.1.f) LCSP estableix que és causa de resolució del contracte l'incompliment de l'obligació principal, així com l'incompliment de les restants obligacions essencials sempre que aquestes darreres haguessin estat així qualificades en el PCAP, quan concorrin ambdós requisits següents:

- a) Que respectin els límits de l'article 34.1 LCSP relatiu a la llibertat de pactes, referides a no ser contràries a l'interès públic, a l'ordenament jurídic i als principis de bona administració.
- b) Que figurin enumerades de manera precisa, clara i inequívoca en el PCAP, no sent admissibles clàusules de tipus general.

Quan l'incompliment d'aquestes condicions es tipifiqui com a causa de resolució del contracte, podrà ser considerat en el PCAP una infracció greu que comporti una prohibició per contractar, conforme a l'article 71.2.c) LCSP, en els termes que s'estableixin reglamentàriament.

Totes les condicions especials d'execució que formin part del contracte seran exigides igualment a tots els subcontractistes.

5. EL PROCEDIMENT D'ASSOCIACIÓ PER A LA INNOVACIÓ.

L'associació per a la innovació és un procediment regulat als articles 177 a 182 LCSP que té una doble finalitat:

- a) el desenvolupament de productes, serveis o obres innovadores, i
- b) la compra ulterior dels subministraments, serveis o obres resultants, sempre que corresponguin als nivells de rendiment i als costos màxims acordats entre els òrgans de contractació i els participants.

Aquest serà un procediment residual a l'Administració local. D'altra banda, la nova LCSP només l'esbossa, ja que es remet a una ulterior desenvolupament reglamentari. Si l'esmentem ara és perquè el preàmbul de la LCSP l'aborda a continuació de les polítiques socials i mediambientals, i perquè la seva funció és afavorir les empreses més innovadores, en aquells casos en els quals resulti necessari realitzar activitats d'investigació i desenvolupament respecte d'obres, serveis i productes innovadors, per a la seva posterior adquisició per l'Administració.

En aquest procediment es distingeixen quatre moments diferenciats:

- a) Selecció de candidats,
- b) Negociació amb els licitadors,
- c) L'associació amb els socis, i
- d) L'adquisició del producte resultant.

Ara bé, no totes les fases s'han de donar necessàriament. És possible que, culminada la fase d'associació resulti que no és possible obtenir un producte resultant realment innovador, pèls avenços de la tècnica o pel motiu que sigui; en aquest cas el procediment culmina sense la seva adquisició.

5.1. Selecció dels candidats.

En el PCAP es determina la necessitat d'un producte, servei o obra innovadors que no pugui ser satisfeta mitjançant l'adquisició de productes, serveis o obres ja disponibles al mercat.

Els contractes que s'adjudiquin per aquest procediment es regiran:

- a) En la fase d'investigació i desenvolupament, per les normes que s'estableixin reglamentàriament, pel PCAP i, supletòriament, per les normes del contracte de serveis.
- b) En la fase d'execució de les obres, serveis o subministraments, per les normes corresponents al contracte relatiu a la prestació de què es tracti.

En el termini de trenta dies a partir de l'enviament de l'anunci de licitació qualsevol empresari podrà presentar una sol·licitud de participació, quan el contracte estigui subjecte a regulació harmonitzada; en altre cas el termini no podrà ser inferior a 20 dies des de la publicació de l'anunci en el perfil de contractant. La selecció dels candidats es farà aplicant criteris objectius de solvència en els àmbits de la investigació i el desenvolupament, així com en l'elaboració i aplicació de solucions innovadores.

Només els candidats seleccionats, amb un mínim de tres, podran presentar projectes d'investigació i innovació.

5.2. Negociació amb els licitadors.

Conclou la selecció dels candidats, l'òrgan de contractació els invitarà a presentar llurs projectes d'investigació i innovació i negociarà amb ells les ofertes inicials i ulteriors, excepte la definitiva.

5.3. L'associació amb els socis.

A través de fases successives, l'associació per a la innovació fixarà uns objectius intermedis que hauran d'assolir els socis i proveirà el pagament de la retribució en terminis adequats.

L'òrgan de contractació podrà decidir, al final de cada fase, resoldre l'associació per a la innovació o, en el cas de més d'un soci, reduir el nombre d'aquests mitjançant la resolució dels contractes individuals, sense dret a indemnització.

5.4. L'Adquisició del producte resultant.

Finalitzades les fases d'investigació i desenvolupament l'òrgan de contractació resoldrà el que procedeixi respecte de l'adquisició de les obres, serveis o subministraments resultants. Si l'associació s'ha realitzat amb més d'un empresari la selecció de l'adjudicatari es realitzarà sobre la base dels criteris objectius del PCAP.

X. LA IMPLANTACIÓ DE LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA ELECTRÒNICA.

1. DISPOSICIONS DE LA LCSP.

Les disposicions addicionals 15^a, 16^a i 17^a LCSP avancen la implementació contractació electrònica del 18 d'octubre de 2018 al 9 de març del mateix any, que és la data d'entrada en vigor de la LCSP. Des d'aquesta data, doncs, totes les relacions entre els licitadors i l'òrgan de

contractació hauran ja de tenir lloc a través d'un format electrònic, fins i tot la presentació de proposicions⁴⁷.

Ja no es tracta solament de substituir la publicitat dels anuncis de licitació en els butlletins per la publicitat en perfil de contractant, centralitzat en la Plataforma de Contractació del Sector Públic (PCSP) sinó de garantir que en tots els procediments de contractació les comunicacions i els intercanvis d'informació que tinguin lloc en virtut de la Directiva 2014/24/UE, i en particular la presentació d'ofertes, es duguin a terme a través de mitjans electrònics.

1.1. Notificacions electròniques.

La D.A, 15ª LCSP obliga a què en la tramitació dels procediments d'adjudicació de contractes totes les notificacions i comunicacions tinguin lloc de forma electrònica. L'adreça electrònica serà la del Document Europeu Únic de Contractació (DEUC). D'altra banda, l'article 140.1.4 LCSP obliga a fer constar en el PCAP, per al procediment obert una adreça de correu electrònic on fer les notificacions, degudament "habilitada" de conformitat amb el que disposa la D.A. 15ª LCSP. En qualsevol cas ha de poder acreditar-se la data i l'hora de l'enviament de la notificació o comunicació i la de recepció o accés per l'interessat, conforme disposa la D.A. 16ª LCSP.

1.2. Presentació d'ofertes.

Com s'ha dit, a partir del 9.3.18 serà obligatòria la presentació d'ofertes i sol·licituds de participació de forma electrònica, sense que sigui possible l'exigència de cap quantitat en concepte de taxa als licitadors (article 136.4 LCSP).

La presentació d'ofertes per medis electrònics permet reduir el termini general de presentació de proposicions en cinc dies, com ja hem vist i conforme disposa l'article 156.3 LCSP. I la D.A. 15ª LCSP preveu quatre únics supòsits en els quals es permet excepcionar l'obligatorietat de presentació de l'oferta en format electrònic, tots els relacionats amb la indisponibilitat de programes generalment disponibles, formats o llicències.

Per la seva banda, la D.A. 16ª assenyala que les eines i dispositius que s'utilitzin no podran ser discriminatoris, han d'estar disponibles de forma general i han de ser compatibles amb els productes informàtics d'ús general.

L'enviament de les ofertes per medis electrònics podrà fer-se en dues fases:

- a) Transmetent, primer, del HASH o empremta electrònica de l'oferta amb la recepció de la qual es considerarà efectuada la seva presentació a tots els efectes, i
- b) Transmetent, després, l'oferta pròpiament dita. Si no s'efectua aquesta segona transmissió en un termini màxim de 24 hores es considerarà que l'oferta ha estat retirada.

Per HASH o empremta electrònica de l'oferta hem d'entendre el conjunt de dades que garanteixen la integritat de l'oferta i permeten detectar possibles alteracions del seu contingut.

D'aquesta forma s'aconsegueix garantir als licitadors que l'enviament de l'oferta a les diferents plataformes dels òrgans de contractació no es veu obstaculitzada per caigudes del sistema, ja que el HASH actua a manera de codi d'enviament i des disposa de fins a 24 hores més per acabar d'efectuar les tasques mecàniques que l'enviament requereixi. La LCSP també permet trametre a l'òrgan de contractació una còpia de seguretat dels documents de l'oferta, sempre en suport

⁴⁷ Recordi's que, de conformitat amb las D.F. 16ª (entrada en vigor) l'article 159.4.a) LCSP, relatiu a l'exigència, en el procediment obert simplificat, de què tots els licitadors es trobin inscrits en el RELI o ROLEC, no entra en vigor fins el 10.9.18.

físic electrònic, en els termes que es fixi mitjançant ordre ministerial, d'acord amb el que estableixi a l'efecte l'òrgan de contractació.

Per a la presentació de proposicions en procediments d'adjudicació de contractes per medis electrònics és necessari que el licitador es trobi inscrit en el registre de licitadors corresponent.

Finalment, la D.A. 17^a LCSP llista els requisits que hauran de garantir les eines i els dispositius de recepció electrònica de les ofertes.

2. LA CONTRACTACIÓ ELECTRÒNICA EN EL DECRET LLEI 3/2016.

En data 28 de desembre de 2016 la Direcció General de Contractació Pública del Departament d'Afers i Relacions Institucionals i Exteriors i Transparència feu pública a la seva pàgina web una nota, amb motiu de les diverses consultes rebudes sobre la interpretació i l'aplicació de les mesures de gestió eficient en la tramitació dels contractes i amb la finalitat d'unificar criteris i coordinar l'actuació de les diferents unitats de contractació, en relació amb el Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública.

Aquest Decret Llei continuarà vigent després de l'entrada en vigor de la LCSP el proper 9 de març, per bé que s'haurà d'entendre desplaçat per aquella norma estatal. Considerem, tanmateix, que no poques de les seves determinacions complementen la LCSP i no s'oposen a ella, sinó que clarifiquen el seu abast i contingut. L'article 8 preveu que l'òrgan de contractació pot optar per tramitar el procediment aplicant mesures de gestió eficient en els contractes que s'adjudiquin per procediment obert:

- a) Amb valor estimat inferior a 100.000.- €, en cas de serveis i subministraments.
- b) Amb valor estimat inferior a 1.000.000.- €, en cas d'obres.

Entre aquestes mesures, de diversa naturalesa, com la que permet no exigir garantia provisional ni definitiva o establir l'opció de retenció del preu, o la que exigeix adjudicar el contracte en el termini d'un mes des de la finalització del termini de presentació d'ofertes, i a formalitzar-lo en el de cinc dies des de la notificació de l'adjudicació, destaca la que unifica les reunions de la mesa de contractació en un sol acte, amb una fase prèvia interna i una altra fase posterior de caràcter públic:

- a) Fase interna: la mesa analitza la capacitat i solvència de les licitadores –i proposa la seva admissió o inadmissió- i l'informe tècnic de les propostes valorables mitjançant un judici de valor. L'obertura dels sobres 1 i 2 no requereix la constitució formal de la mesa, si bé cal que tots els seus membres siguin informats de les incidències que puguin donar-se en l'obertura i tinguin accés a la documentació presentada. La mesa es reunirà, tanmateix, de forma interna, abans de l'obertura pública, i formalitzarà i aprovarà la proposta de valoració.
- b) Fase pública: es dona vista a les proposicions valorables mitjançant un judici de valor, a l'informe tècnic i a la puntuació d'aquestes proposicions, i es llegeixen els acords de la mesa sobre admissió i inadmissió. Finalment s'obre el sobre 3.

També destaquen les mesures que, tot i amb caràcter potestatiu, comporten la implementació de certs elements propis de la contractació electrònica. Són aquests:

- a) Establir l'obligació de presentar les proposicions tècnica i econòmica d'acord amb un model que haurà d'estar disponible per a les empreses licitadores, com a annex en els

plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques, preferentment en un format que pugui ser emplenat electrònicament.

- b) Exigència d'inscripció dels licitadors en el Registre electrònic d'empreses licitadores de la Generalitat o en el Registre oficial de licitadors i empreses classificades del sector públic.
- c) Els òrgans de contractació poden autoritzar que l'acte públic d'obertura de les proposicions valorables amb criteris automàtics es faci de forma no presencial, utilitzant mitjans audiovisuals o electrònics, sense menyscabar els principis d'igualtat, no discriminació, publicitat i transparència. En l'acta s'haurà de fer constar que la reunió ha estat no presencial i formarà part el document audiovisual o tecnològic que reproduueixi l'acte.

La posició ordinamental del DL 3/2016, de 31 de maig, després de l'entrada en vigor de la LCSP, és la pròpia d'una norma de desenvolupament que es veu desplaçada per la norma bàsica: aquells dels seus articles que la contradiguin no seran d'aplicació perquè quedaran desplaçats. Val a dir que l'efecte desplaçament no equival a la derogació, la qual només es predica de les normes anteriors, respecte de les posteriors, quan totes elles formen part del mateix ordenament jurídic. Les normes desplaçades entrarien en vigor automàticament si, per novació de la legislació bàsica, deixessin d'estar desplaçades. En canvi, aquells dels seus articles que la complementen, podran continuar aplicant-se sense més problema.

3. PREVISIONS DE LA LLEI 5/2017, DE 28 DE MARÇ, D'ACOMPANYAMENT.

L'article 159 de la Llei catalana 5/2017, de 28 de març, d'acompanyament, regula unes primeres mesures encaminades a la promoció de la lliure concurrència i la publicitat contractual. Val a dir que aquesta disposició s'adreça exclusivament al sector públic de la Generalitat de Catalunya; no gensmenys, en fem esment aquí perquè moltes de les seves previsions poden ser adoptades en seu local i representen novetats importants. Desdenyarem les mesures relatives al foment de l'ètica i de la responsabilitat social, ja que s'han vist superades per la LCSP. De les altres sis, relatives a la lliure concurrència i la publicitat registral, dues han estat també superades per la LCSP, però en queden quatre que transcrivim per la seva importància i convidem a què siguin incorporades en seu local, ja que complementen la LCSP:

- a) L'ús de procediments que limitin la lliure concurrència, com el procediment d'urgència, les pròrrogues i les modificacions contractuals, requereix un informe justificatiu de l'adequació de la mesura proposada amb relació amb la finalitat del contracte. Aquest informe s'ha de publicar a la PSCP i al Portal de Transparència de la Generalitat (PTGC).
- b) En els contractes en què existeixi l'obligació de subrogació de personal l'òrgan de contractació ha d'establir en els plecs de clàusules penalitats per a l'empresa que no faciliti o faciliti de manera incorrecta les dades del personal que s'ha de subrogar.
- c) La formalització de més de dos contractes menors consecutius amb idèntic objecte i adjudicatari en un període de temps inferior a un any o la formalització de contractes menors amb idèntic objecte i destinatari durant tres anys consecutius requereix l'emissió d'un informe justificatiu per part de l'òrgan de contractació, en el cas de serveis i subministraments superiors a 5.000.- €, IVA exclòs, i en el cas de contractes d'obra d'un import superior a 12.000.- €, IVA exclòs. Aquest informe s'ha de publicar a la PSCP i al PTGC. Observi's que l'única exigència de la LCSP respecte dels contractes menors és l'establerta en el seu article 118.3, segons el qual l'expedient ha de justificar que no s'ha alterat l'objecte del contracte per evitar l'aplicació de les regles generals de la contractació, i que el contractista no ha subscrit més contractes menors que,

individualment o conjuntament, superin la seva xifra màxima individualment o conjunta. Naturalment s'està referint a contractes en els quals coincideixi l'objecte.

- d) Els òrgans de contractació, quan detectin l'existència d'un conflicte d'interessos durant la tramitació i execució d'un contracte ho han de comunicar a la Comissió d'Ètica en la Contractació Pública de la Generalitat de Catalunya. Aquesta comissió, amb l'informe previ de l'òrgan competent de la Generalitat en matèria de contractació pública, ha de determinar si existeix o no la situació de conflicte d'interessos, prestant una especial atenció als serveis públics de l'àmbit social i sanitari adreçats a les persones. D'acord amb l'article 24 de la Directiva 2014/24/UE el conflicte d'interessos comprendrà almenys qualsevol situació en la que els membres del personal del poder adjudicador, o d'un proveïdor de serveis de contractació que actuï en nom del poder adjudicador, que participin en el desenvolupament del procediment de contractació o puguin influir en el seu resultat tinguin, directament o indirecta, un interès financer, econòmic o personal que pugui semblar que compromet la seva imparcialitat i independència en el context del procediment.

4. ELS INSTRUMENTS I ELS REGISTRES ELECTRÒNICS.

4.1. El perfil de contractant.

L'article 63 LCSP regula el perfil de contractant com un primer instrument electrònic la finalitat del qual és assegurar la transparència, l'accés públic a la informació relativa a l'activitat contractual de cada òrgan de contractació i la difusió d'aquesta informació a través d'Internet.

La forma d'accés al perfil de contractant haurà d'especificar-se en els plecs i documents equivalents, així com en els anuncis de licitació en tots els casos. L'accés a la informació del perfil de contractant serà sempre lliure i no requerirà identificació prèvia, excepte en el cas d'accés a serveis personalitzats com subscripcions, tramesa d'alertes, comunicacions electròniques i tramesa d'ofertes, entre altres.

La informació continguda en el perfil de contractant es publicarà en formats oberts i reutilitzables i romandrà accessible al públic durant un període de temps no inferior a 5 anys.

Tot i que el perfil de contractant podrà incloure qualsevol dada o document referent a l'activitat contractual de l'òrgan de contractació, serà obligatòria la publicació, almenys, de la informació següent:

- a) La memòria justificativa del contracte, l'informe d'insuficiència de medis en el cas de contractes de serveis, la justificació del procediment d'adjudicació quan no sigui l'obert o el restringit, el PCAP i el PPTP o documents equivalents, així com el document d'aprovació de l'expedient.
- b) L'objecte detallat del contracte, la seva duració, el pressupost base de licitació i l'import d'adjudicació, inclòs l'IVA.
- c) Els anuncis d'informació prèvia, de convocatòria de les licitacions, d'adjudicació i de formalització dels contractes, de modificació i la seva justificació, els anuncis de concursos de projectes i del seu resultat, amb les excepcions establertes en les normes dels negociats sense publicitat.
- d) Els medis a través dels quals s'han publicat els contractes i els enllaços a aqueixes publicacions.

- e) El número i identitat dels licitadors participants en el procediment, així com totes les actes de la mesa de contractació relatives al procediment d'adjudicació, totes les resolucions de l'òrgan de contractació, l'informe de valoració dels criteris subjectes a un judici de valor, els informes sobre les ofertes incurses en presumpció d'anormalitat i, en tot cas, la resolució d'adjudicació dels contractes.

La LCSP concentra en l'article 63.3 la informació relativa als contractes que haurà de publicar-se en el perfil del contractant, a diferència del TRLCSP, les referències del qual a aquesta publicació es trobaven en tot el co del seu articulat.

Una mica més endavant, quan parlem de la Plataforma de Contractació del Sector Públic (PCSP), veurem que els perfils de contractant dels òrgans de contractació del sector públic estatal han d'integrar-se obligatòriament en aquesta plataforma, la qual s'interconnecta amb els serveis d'informació similars que articulen les Comunitats Autònomes. A Catalunya, l'aplicació de la Plataforma de serveis de contractació pública (PSCP) fou aprovada per Ordre ECF/313/2008, de 23 de juny. Mitjançant aquesta Plataforma els departaments de la Generalitat i els ens del sector públic que en depenen o s'hi vinculen han de publicar els seus perfils de contractant als efectes del que disposa la legislació de contractes.

Els ajuntaments de Catalunya, com veurem, poden optar, de forma excloent o exclusiva, bé per allotjar la publicació de llurs perfils de contractant en la PSCP, bé en la PCSP.

Fins ara el perfil de contractant no ha estat res més que un medi addicional a la ineludible publicitat en butlletins oficials. Però a partir de la LCSP adquireix una funcionalitat molt més important, en la mesura que, com acabem de veure, el seu article 159 regula un procediment obert simplificat en el qual la publicitat en butlletins es substitueix per una publicitat en perfil de contractant.

El Decret-Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública, el qual entrà en vigor el passat 3 de juny de 2016, ja preveu aquest mateix procediment en substitució del procediment negociat sense publicitat per raó de la quantia, que des d'aquella data ha deixat d'aplicar-se a Catalunya.

Recordem, finalment que la Directiva 2014/24/UE imposa en el seu Annex VIII l'obligació de publicar íntegrament en el perfil de contractant (perfil de comprador, diu la Directiva) els plecs de contractació en la seva totalitat.

La Directiva també imposa que tots els anuncis que es publiquin en el DOUE s'hagin de publicar, també, en el perfil de comprador (annex VIII), llevat excepcions puntuals.

4.2. La subhasta electrònica.

La subhasta electrònica és un procés repetitiu (el TRLCSP deia iteratiu) el qual té lloc després d'una avaluació completa de les ofertes. S'encamina a la presentació de millores en els preus o en els valors quantificables que millorin les ofertes en el seu conjunt. Es basa en un dispositiu electrònic que permeti la seva classificació a través de mètodes d'avaluació automàtics. Ve regulada a l'article 143 LCSP.

La subhasta electrònica pot utilitzar-se en els procediments oberts, en els restringits i en les licitacions amb negociació, sempre que les especificacions del contracte puguin establir-se de manera precisa en el PCAP i que les prestacions que constitueixen el seu objecte no tinguin caràcter intel·lectual com els serveis d'enginyeria, consultoria o arquitectura. No podrà recórrer-se a les subhastes electròniques de forma abusiva o de manera que s'obstaculitzi, restringeixi o falsegi la competència o que es vegi modificat l'objecte del contracte.

La subhasta electrònica en un dels criteris següents:

- a) Únicament en els preus, quan el contracte s'adjudiqui atenent exclusivament al preu;
- b) O bé en els preus i en nous valors dels elements objectius de l'oferta que siguin quantificables i susceptibles de ser expressats en xifres o en percentatges, quan el contracte s'adjudiqui basant-se en més d'un criteri d'adjudicació.

Quan els òrgans de contractació decideixin recórrer a la subhasta electrònica hauran d'indicar-ho en l'anunci de licitació i incloure en el plec la informació següent:

- a) Els elements objectius als valors dels quals es refereixi la subhasta electrònica.
- b) Els límits dels valors que puguin presentar-se, en el seu cas, tal com resultin de les especificacions de l'objecte del contracte.
- c) La informació que es posarà a disposició dels licitadors i el moment en el qual es facilitarà.
- d) La forma en què es desenvoluparà la subhasta.
- e) Les condicions en les quals els licitadors podran licitar al més-dient ("pujar"), i en particular les millores mínimes que s'exigiran, en el seu cas, per a cada licitació al més-dient.
- f) El dispositiu electrònic utilitzat i les especificacions tècniques de connexió.

Abans de procedir a la subhasta electrònica l'òrgan de contractació efectuarà una primera avaluació completa de les ofertes, de conformitat amb els criteris d'adjudicació i a continuació invitarà simultàniament, per medis electrònics, tots els licitadors que haguessin presentat ofertes admissibles a què participin en la subhasta electrònica.

Una oferta es considerarà admissible quan hagi estat presentada per un licitador que no hagués estat exclòs i que compleixi els criteris de selecció, l'oferta del qual sigui conforme amb les especificacions tècniques sense que sigui irregular o inacceptable, o inadequada, en els termes dels articles 167 i 168 LCSP.

La invitació inclourà tota la informació pertinent per a la connexió individual al dispositiu electrònic utilitzat, amb precisió de la data i hora de començament de la subhasta electrònica. Igualment s'indicarà en la invitació el resultat de l'avaluació completa de l'oferta i la fórmula matemàtica que s'utilitzarà per a la reclassificació automàtica de les ofertes en funció dels nous preus, revisats a la baixa, o dels nous valors, que millorin l'oferta, que es presentin. Aquesta fórmula incorporarà la ponderació de tots els criteris fixats per a determinar l'oferta econòmicament més avantatjosa, tal com s'hagués indicat en l'anunci de licitació o en la invitació i en el plec, per la qual cosa les eventuais bandes de valors hauran d'expressar-se prèviament amb un valor determinat. En cas que s'autoritzi la presentació de variants es proporcionaran fórmules diferents per a cadascuna d'elles, si això fos procedent.

Entre la data d'enviament de les invitacions i el començament de la subhasta electrònica hauran de transcórrer, al menys, dos dies hàbils.

La subhasta electrònica podrà desenvolupar-se en diverses fases successives. Al llarg de cada fase es comunicarà als licitadors, com a mínim, la informació que els permeti conèixer la seva respectiva classificació en cada moment. Addicionalment es podran facilitar altres dades relatives als preus o valors presentats pels restants licitadors, sempre que això estigués contemplat en el plec, i anunciar-se el nombre dels que estan participant en la corresponent fase de la subhasta, sense que en cap cas no pugui divulgar-se la seva identitat.

El tancament de la subhasta tindrà lloc per referència a un o més d'un dels criteris següents:

- a) Mitjançant la fixació d'una data i hora concretes, que hauran de ser incloses en la invitació a participar en la subhasta.
- b) Atenent a la falta de presentació de nous preus o de nous valors que compleixin els requisits establerts en relació amb la formulació de millores mínimes. Quan s'utilitzi aquesta referència, en la invitació a participar en la subhasta s'especificarà el termini que haurà de transcórrer a partir de la recepció de la darrera licitació al més-dient (puja) abans de declarar el seu tancament.
- c) Per finalització del nombre de fases establert en la invitació a participar en la subhasta. Quan el tancament es produeixi utilitzant aquest criteri, la invitació a participar indicarà el calendari a observar en cadascuna de les seves fases.

Una vegada conclosa la subhasta electrònica el contracte s'adjudicarà conforme al que estableix l'article 150 LCSP, en funció dels seus resultats.

Una novetat de la LCSP és que prohibeix que s'utilitzi la subhasta electrònica en els contractes l'objecte dels quals tingui relació amb la qualitat alimentària.

Pot dir-se que la subhasta electrònica, tal com ve prevista a l'article 35 de la Directiva 2014/24/UE, no ha sofert modificacions remarcables respecte del règim anterior. I el mateix cal dir respecte de l'article 143 LCSP, que és una rèplica pràcticament exacta a la de l'article 148 TRLCSP.

4.3. Els registres electrònics de licitadors.

Els articles 337 a 345 LCSP regulen el Registre Oficial de Licitadors i Empreses Classificades del sector públic (ROLEC), el qual depèn del Ministeri d'Hisenda i Funció Pública. La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat (JCCAE) és l'encarregada de portar el ROLEC.

En el ROLEC s'hi fan constar els acords adoptats per la JCCAE relatiu a la classificació de les empreses (article 81 LCSP) i, als efectes de poder-les acreditar davant qualsevol òrgan de contractació del sector públic, les dades relatives a les condicions d'aptitud dels empresaris per a contractar amb els ens del sector públic, incloses les facultats dels seus representants i apoderats.

Disposa l'article 339 LCSP que en aquest registre s'hi poden inscriure les següents circumstàncies relatives als empresaris:

- a) les corresponents a la seva personalitat i capacitat d'obrar.
- b) facultats de representants i apoderats.
- c) autoritzacions i habilitacions professionals relatives al seu objecte.
- d) solvència econòmica i financera.
- e) qualsevol altra dada d'interès determinada reglamentàriament.

Les Comunitats Autònomes poden constituir els seus registres de licitadors i empreses classificades en els quals inscriuran, a petició dels empresaris, les circumstàncies que especifica l'article 339 LCSP acabat de citar i, obligatòriament:

- a) els acords de classificació adoptats pels seus òrgans competents i,
- b) en tot cas, les prohibicions de contractar per elles declarades o per les entitats locals del seu àmbit territorial, o pels organismes i entitats dependents d'una o altres.

A aquests efectes darrers l'òrgan de qui emani la resolució que imposi la prohibició de contractar n'haurà de remetre d'ofici una còpia al registre. La resta de prohibicions de contractar inscrites en el ROLEC seran igualment publicades en els registres autonòmics.

S'estableix un deure de col·laboració entre registres i facilitació d'informació mútua, particularment pel que fa a la informació relativa a les prohibicions de contractar inscrites.

A Catalunya es creà el Registre Electrònic de Licitadors (RELI) per Decret 107/2005, de 31 de maig. De caràcter voluntari i gratuït, els licitadors de les Administracions Catalanes –i de les corporacions, de les entitats i de les empreses que així ho hagin acordat- poden dipositar per una vegada la totalitat de la documentació base exigida per participar en els procediments de contractació pública.

El ROLEC –i el RELI- és públic i s'hi pot accedir de forma oberta, prèvia identificació de la persona que hi accedeix, i ha de comptar amb un buscador que faciliti el seu ús.

La inscripció dels empresaris en el ROLEC –i el RELI- és voluntària i implicarà el consentiment de l'empresari per a la difusió per medis electrònics de les seves dades inscrites, en els termes i amb els límits i restriccions que es determinin legalment o reglamentària. Només es practicaran d'ofici les inscripcions, obligatòries, relatives a:

- a) Les prohibicions de contractar (article 341 LCSP).
- b) Les classificacions atorgades per la JCCAE i les autonòmiques.

Els interessats podran en tot moment sol·licitar la cancel·lació de les inscripcions a ells referides, llevat en els casos i circumstàncies d'inscripció obligatòria.

Tot i la voluntarietat de la inscripció en el ROLEC –i el RELI-, excepte pel que fa a les prohibicions per contractar i a les classificacions, els empresaris inscrits estan obligats a posar en coneixement del registre qualsevol variació que es produeixi respecte de les dades inscrites, així com la supervivència de qualsevol circumstància que determini la concurrència d'una prohibició de contractar susceptible d'inscripció. L'omissió d'aquesta obligació, si concorre dol, culpa o negligència, pot donar lloc a la suspensió de la inscripció de l'empresari i dels seus efectes per a la contractació pública. Aquí sí que es produeix una novació important respecte de la legislació anterior, que preveia, no la suspensió de la inscripció sinó la prohibició de contractar.

Finalment hem de dir que, conforme a l'article 341.3 LCSP, la inscripció en el RELI –o en qualsevol altre registre de licitadors autonòmic- només acredita les dades i circumstàncies dels empresaris davant dels òrgans de contractació de la pròpia comunitat autònoma, de les entitats locals del seu àmbit territorial, i dels organismes i entitats dependents d'una o altres.

4.4. El registre de contractes del sector públic.

Ve regulat a l'article 346 LCSP, sota la dependència i manteniment del Ministeri d'Hisenda i Funció Pública. El RCSP constitueix el sistema oficial central d'informació sobre la contractació pública a Espanya. Els poders adjudicadors han de comunicar al RCSP, per a la seva inscripció, les dades bàsiques dels contractes adjudicats, entre les quals figuraran:

- a) La identitat de l'adjudicatari,
- b) L'import de l'adjudicació, desglossant l'IVA,

Igualment comunicaran les modificacions, pròrrogues, variacions de terminis o de preu, el seu import final i extinció. S'exceptuen de la comunicació els contractes exclosos de la LCSP i els d'import inferior a 5.000.- €, IVA inclòs, sempre que el sistema de pagament utilitzat fos la

bestreta de caixa fixa o un altre de similar per a realitzar pagaments menors. En la resta de contractes inferiors a 5.000.- € haurà de comunicar-se:

- a) L'òrgan de contractació,
- b) Denominació o objecte del contracte,
- c) Adjudicatari,
- d) Número o codi identificador del contracte.
- e) Import final.

La Generalitat de Catalunya disposa del seu Registre Públic de Contractes de Catalunya (RPCC). L'Ordre ECO/47/2013, de 15 de març, per la que es regula el funcionament i s'aprova l'aplicació del RPCC, modificada per l'Ordre/ECO/294/2015 disposa que

Les entitats de l'Administració local catalana i els ens, organismes i entitats del seu sector públic han de comunicar al RPCC les dades i els documents dels contractes públics que adjudiquin, incloent-hi els contractes menors, d'acord amb el que disposa la legislació de contractes del sector públic.

Les comunicacions al RCSP –i al RPCC- s'efectuarà per mitjans electrònics, informàtics o telemàtics.

L'article 346.6 LCSP disposa que en els casos d'Administracions públiques que disposin de Registres de Contractes anàlegs, la comunicació de dades a l'Estat podrà ser substituïda per comunicacions entre els respectius Registres de Contractes.

A Catalunya, les previsions de l'esmentat article (fins ara 333 TRLCSP) s'han de posar en relació amb la D.A. 8ª de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, i la D.A. 2ª de la Llei 3/2015, d'11 de març, de mesures fiscals, financeres i administratives, les quals estableixen que les entitats de l'administració local i els ens, organismes i entitats del sector públic que en depenen han de comunicar al RPCC, perquè hi siguin inscrites, les dades bàsiques dels contractes que adjudiquin. Per la seva banda, les dades del RPCC es trameten anualment al RCSP, fins ara en compliment de l'article 333 TRLCSP.

A l'objecte de garantir la identificació de cada contracte les entitats comunicants assignaran un codi identificador a cadascun d'ells.

4.5. Tramesa de dades a la Sindicatura de Comptes.

Per la seva banda, l'article 335 LCSP estableix que, dins dels tres mesos següents a la formalització del contracte, per a l'exercici de la funció fiscalitzadora, s'ha de remetre al Tribunal de Comptes o òrgan extern de fiscalització de la comunitat autònoma una còpia certificada del document en què s'hagi formalitzat aquell, acompanyada d'un extracte de l'expedient del qual es derivi, sempre que la quantia del contracte excedeixi:

- a) els 600.000.- €, si es tracta d'obres, concessions d'obres, concessions de serveis i acords marc;
- b) els 450.000.- €, si es tracta de subministraments, i
- c) els 150.000.- €, tractant-se de serveis i contractes administratius especials.

Igualment s'ha de comunicar al Tribunal de Comptes o a la Sindicatura de Comptes les modificacions, pròrrogues o variacions de terminis, les variacions de preu i l'import final, la nul·litat i l'extinció normal o anormal dels contractes indicats.

A més, es remetrà una relació de la resta dels contractes celebrats, inclosos els menors, excepte els d'import inferior a 5.000.- €, IVA inclòs, sempre que el sistema de pagament utilitzat fos la bestreta de caixa fixa o un altre de similar per a realitzar pagaments menor, consignant la identitat de l'adjudicatari, l'objecte del contracte i la seva quantia. Aquestes relacions s'ordenaran per adjudicatari i la remissió podrà realitzar-se directament per via electrònica per la plataforma de contractació on tingui ubicat el seu perfil de contractant el corresponent òrgan de contractació.

Al respecte val a dir que recentment s'ha formalitzat un conveni de col·laboració entre la Sindicatura de Comptes, de la Generalitat de Catalunya i el RPCC per a la tramesa mensual per mitjans electrònics de les dades i documents des d'aquest.

4.6. La Plataforma de Contractació del Sector Públic.

La Plataforma de Contractació del Sector Públic (PCSP) ve regulada a l'article 347 LCSP. És una plataforma electrònica que la Direcció General de Patrimoni de l'Estat del Ministeri d'Hisenda i Funció Pública posa a disposició de tots els òrgans de contractació del sector públic, la qual els permet donar publicitat a través d'internet dels seus perfils de contractant, així com prestar altres serveis complementaris associats al tractament informàtic d'aquestes dades.

Només els perfils de contractant dels òrgans de contractació del sector públic estatal han d'integrar-se obligatòriament en aquesta plataforma, la qual s'interconnecta amb els serveis d'informació similars que articulen les Comunitats Autònomes i les entitats locals, en els termes previstos en els corresponents convenis.

Les comunitats autònomes podran establir serveis d'informació similar a la PCSP en els que hauran d'allotjar els seus perfils de contractant de manera obligatòria i com a punt d'accés únic.

Com s'ha avançat, els òrgans de contractació de les entitats locals i ens vinculats o dependents podran optar, de forma excoent o exclusiva, bé per allotjar la publicació de llurs perfils de contractant en la plataforma autonòmica o en la PCSP. A Catalunya, l'aplicació de la Plataforma de serveis de la contractació pública (PSCP) fou aprovada per Ordre ECF/313/2008, de 23 de juny.

La plataforma ha de comptar amb un dispositiu de segellat de temps que permeti acreditar fefaentment l'inici de la difusió pública de la informació. L'accés dels interessats s'efectuarà a través d'un portal únic.

4.7. El Document Europeu Únic de Contractació (DEUC).

El document europeu únic de contractació (DEUC) és una exigència de l'article 59 de la Directiva 2014/24/UE. El DEUC és la imposició per aquesta Directiva de l'admissió d'una declaració responsable pels licitadors relativa al compliment dels requisits de capacitat, solvència, i no estar incurs en prohibició de contractar.

El formulari del DEUC fou establert pel Reglament d'execució (UE) 2016/7 de la Comissió, de 6 de gener de 2016, l'article 1 del qual disposa que a partir del moment en què entrin en vigor les disposicions nacionals d'aplicació de la Directiva 2014/24/UE i, com a molt tard, a partir del 18 d'abril de 2016, s'utilitzarà el formulari normalitzat de DEUC que figura en l'annex 2 d'aquest Reglament.

Ens trobem, doncs, davant d'un dels supòsits clars d'efecte directe de la Directiva 24/2014/UE. A partir del 18 d'abril de 2016 els poders adjudicadors hem d'acceptar el DEUC com a declaració del licitador acreditativa de què compleix les condicions requerides per la licitació. Una vegada ultimat el procediment de licitació i abans de l'adjudicació del contracte, el poder adjudicador

requerirà el licitador al qual hagués decidit adjudicar-li que acrediti documentalment que compleix les al·ludides condicions.

Recordem que a partir de la Llei 14/2013, de 27 de setembre, l'article 146.4 TRLCSP estableix que

L'òrgan de contractació, si ho estima convenient, podrà establir en el plec de clàusules administratives particulars que l'aportació inicial de la documentació establerta en l'article 146.1 TRLCSP (personalitat jurídica, solvències, declaració responsable de no estar incurs en cap prohibició de contractar, representació, etc...) es substitueixi per una declaració responsable del licitador indicant que compleix les condicions establertes legalment per contractar amb l'Administració. En aquest cas el licitador a favor del qual recaigui la proposta d'adjudicació haurà d'acreditar davant l'òrgan de contractació, prèviament a l'adjudicació del contracte, la possessió i validesa dels documents exigits. En tot cas bastarà amb aquesta declaració responsable en els contractes d'obres amb valor estimat inferior a 1.000.000.- € i de subministraments i serveis amb valor estimat inferior a 90.000.- €

En tot cas l'òrgan de contractació, en ordre a garantir el bon fi del procediment, podrà recaptar, en qualsevol moment anterior a l'adopció de la proposta d'adjudicació, que els licitadors aportin documentació acreditativa del compliment de les condicions establertes per ser adjudicatari del contracte.

Tot i la desafortunada redacció d'aquest precepte, el que ens està dient és que:

- a) En els contractes d'obres de valor estimat igual o superior a 1.000.000.- € i en els de serveis i subministraments de valor estimat igual o superior a 90.000.- € l'òrgan de contractació podrà preveure en el plec la possibilitat de la declaració responsable substitutiva.
- b) En els contractes inferiors als límits assenyalats l'òrgan de contractació haurà de preveure obligatòriament en el plec aqueixa declaració responsable.
- c) En un i altre cas la declaració responsable serà potestativa pel licitador, que podrà presentar-la o bé acreditar directament els requisits d'accés amb els documents corresponents.

I l'apartat 5 d'aquest mateix article precisa que el moment decisiu per apreciar la concurrència dels requisits de capacitat i solvència exigits per contractar amb l'Administració serà el de finalització del termini de presentació de les proposicions.

El DEUC equival a l'anterior declaració responsable, i així ho estableix l'article 59 de la Directiva 2014/24/UE. Ja existeix, doncs, una obligació dels òrgans de contractació de reconèixer en el plec de clàusules administratives particulars dels contractes subjectes a regulació harmonitzada, el dret dels licitadors a acreditar *prima facie* el compliment dels requisits d'accés a la licitació de l'article 59.1 de la Directiva 2014/24/UE mitjançant la presentació del DEUC. Un dret, diem, no un deure; a partir del 18 d'abril de 2016 la presentació del DEUC és un dret dels licitadors en els contractes subjectes a regulació harmonitzada. En aquests contractes el DEUC desplaça la declaració responsable de l'article 146.4 TRLCSP.

Fins el 18 d'abril de 2018 (data ara avançada al 9 de març del 2018) coexistiran el DEUC en format "paper" i el DEUC electrònic.

L'article 140 LCSP esten ara la declaració responsable a qualsevol contracte i procediment, encara que no es sotmeti a regulació harmonitzada. D'altra banda, deixa de ser un dret, per convertir-se en un deure.

En els procediments oberts s'exigeix que la declaració responsable, que s'ajustarà en tot cas al formulari DEUC, vagi signada i es posin de manifest els quatre extrems als quals es refereix el darrer article al·ludit:

- a) El relatiu a la vàlida constitució de la societat i l'adequació del seu objecte social, així com que el seu signatari ostenta la deguda representació de la societat i per presentar la proposició.
- b) El relatiu als requisits d'ambdues solvències i de classificació, en el seu cas.
- c) El relatiu a no estar incursa en prohibició de contractar.
- d) El relatiu a la designació d'una adreça electrònica en la qual efectuar les notificacions.

Per als altres procediments de contractació, la declaració responsable, a més, acreditarà que es compleixen els requisits objectius que s'haguessin establert conforme a l'article 162 LCSP relatius a la selecció de candidats.

Per tant, la declaració responsable, a partir de l'entrada en vigor de la LCSP s'haurà d'ajustar sempre i en tot cas al formulari DEUC, el qual s'haurà d'incloure en el PCAP no podent-se establir models diferents.

5. LA IMPLANTACIÓ DE LA CONTRACTACIÓ ELECTRÒNICA.

5.1. Dates límit de transposició i disposicions transitòries.

L'article 90 de la Directiva 2014/24/UE estableix quatre dates al venciment de les quals s'han d'haver acomplert unes determinades fites respecte de la contractació electrònica. Són aquestes:

- a) El 18 d'abril de 2016, data límit de transposició de la Directiva.
- b) El 18 d'abril de 2017, pel que fa a les centrals de compra.
- c) El 18 d'abril de 2018, pel que fa al DEUC.
- d) El 18 d'octubre de 2018, respecte de la comunicació electrònica.

A aquests dos darrers terminis han estat avançats per la LCSP a la seva data d'entrada en vigor, el 9.3.2018.

5.2. Obligacions que s'havien d'haver acomplert a 18.4.2016.

Atès l'efecte directe de bona part dels articles de la Directiva 2014/24/UE, l'obligació d'utilització de medis electrònics abasta, des del passat 18 d'abril de 2016, tot el que es refereix a les matèries següents:

- a) Els sistemes dinàmics d'adquisició, de l'article 34 de la Directiva.
- b) Les subhastes electròniques de l'article article 35 i de l'annex VI.
- c) Els catàlegs electrònics de l'article 36.

També a partir del 18 d'abril de 2016 existeix l'obligació d'elaborar i enviar per mitjans electrònics a la Oficina de Publicacions de la Unió Europea:

- a) Els anuncis d'informació prèvia de l'article 48.

- b) Els anuncis de licitació del 49.
- c) Els anuncis d'adjudicació del 50.
- d) Els anuncis dels règims de contractació de serveis socials, del 75.
- e) Els anuncis dels concursos de projectes, del 79.

5.3. Obligacions que s'havien d'haver acomplert a 18.4.2017.

Observi's que l'article 37.3 de la Directiva estableix que

Tots els procediments de contractació dirigits per una central de compres es duren a terme utilitzant medis de comunicació electrònics, de conformitat amb els requisits establerts en l'article 22.

Doncs bé, d'acord amb l'article 90.2, segon paràgraf, de la Directiva 2014/24/UE, a partir del 18 d'abril de 2017 s'estableix l'exigència de comunicacions electròniques en el procediment de presentació d'ofertes pel que fa a les centrals de compres. Observi's bé que, a partir d'aquella data els estats membres només hauran d'aplicar l'article 22.1 de la Directiva pel que fa a les centrals de compres.

Aquest article 22.1 és el que disposa que totes les comunicacions i tots els intercanvis d'informació que tinguin lloc en virtut de la Directiva 2014/24/UE, i en particular la presentació d'ofertes, es duguin a terme a través de mitjans electrònics.

Les condicions de les eines i dispositius que hagin d'utilitzar-se per a la comunicació electrònica són les que ja hem vist:

- a) no poden ser discriminatoris,
- b) han d'estar disponibles de forma general,
- c) seran compatibles amb els productes informàtics d'ús general, i
- d) no restringiran l'accés dels operadors al procediment contractual.

L'exigència de comunicacions electròniques en el procediment de presentació d'ofertes només pot excepcionar-se en quatre supòsits concrets que fixa el mateix article 22.1 de la Directiva:

- a) Quan, degut al caràcter especialitzat de la contractació, l'ús de mitjans electrònics de comunicació requereixi eines, dispositius o formats d'arxiu que no accepten programes generalment disponibles.
- b) Quan el poder adjudicador no pugui oferir aplicacions als licitadors, per a la seva descàrrega o utilització a distància, que permetin ser processades per altres programes disponibles.
- c) Quan la utilització de medis electrònics requeriria equips especialitzats dels quals no disposen els poders adjudicadors.
- d) Quan els plecs requereixin la presentació de models físics o a escala que no puguin ser transmesos electrònicament.

En tots aquests casos la comunicació es realitzarà per correu o per qualsevol altre medi apropiat.

Les centrals de compres, en conseqüència, són els primers òrgans de contractació que, al dia de la data, ja haurien d'haver assumit una contractació pública íntegrament electrònica.

5.4. Obligacions que s'havien d'haver acomplert a 9.3.2018.

L'article 90.3 de la Directiva 2014/24/UE disposa que els estats membres podran ajornar l'aplicació de l'article 59.2 fins el 18 d'abril de 2018. Disposava aquest article que el DEUC s'oferirà exclusivament en format electrònic. Això vol dir que el 18.4.2018 expirarà el termini d'implementació del DEUC en format exclusivament electrònic.

Cal recordar que aquesta data s'ha vist avançada per la LCSP a la de la seva entrada en vigor, això és, el 9 de març de 2018.

Els estats membres han d'aconseguir, com a màxim el 18 d'octubre de 2018, que en tots els procediments de contractació les comunicacions i els intercanvis d'informació que tinguin lloc en virtut de la Directiva 2014/24/UE, i en particular la presentació d'ofertes, es duguin a terme a través de mitjans electrònics.

Les condicions de les eines i dispositius que hagin d'utilitzar-se per a la comunicació electrònica són els que ja hem vist en parlar de la data d'implementació electrònica de les comunicacions en les centrals de compres. Com també hem vist, l'exigència de comunicacions electròniques en el procediment de presentació d'ofertes només pot excepcionar-se en quatre supòsits molt concrets que fixa el mateix article 22.1 de la Directiva, en els quals la comunicació es realitzarà per correu o per qualsevol altre medi apropiat.

Diguem per acabar, que fins i tot després del 18.10.18 les ofertes podran ser presentades per medis no-electrònics quan, per una violació de la seguretat dels mitjans electrònics o per protegir informació especialment delicada, no es pugui garantir adequadament el nivell de protecció exigible utilitzant dispositius o eines electròniques dels que disposen en general els operadors econòmics.

Recordem que aquesta data també s'ha vist avançada per la LCSP a la de la seva entrada en vigor, el 9 de març de 2018.

Marcel·lí Pons i Duat.
Secretari de l'Ajuntament de Vilanova i la Geltrú.
Abril de 2018.