

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público,
por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las
Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE
y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014
[BOE n.º 272, de 9-XI-2017]

CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como ocurre con otras muchas materias, la exigencia de la adaptación de nuestro derecho nacional al nuevo paquete comunitario de Directivas sobre contratación pública es lo que justifica la aprobación de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público —LCSP, en adelante— (BOE, n.º 272, de 9 de noviembre).

En efecto, las nuevas directivas comunitarias en materia de contratos son las siguientes: la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; y, la más novedosa, al carecer de precedentes en la normativa comunitaria, la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, todas ellas, de 26 de febrero de 2014.

Pues bien, dicho paquete de Directivas ha sido aprobado en el marco de la conocida como «Estrategia Europa 2020», en cuyo seno la contratación pública desempeña un papel clave al configurarse como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador garantizando, al mismo tiempo, un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos. Con ellas, se culmina un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, cuya pretensión es la del incremento de la eficiencia del gasto público y facilitar, especialmente, la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, así como acentuar su carácter estratégico al convertirse en una herramienta de la que pueden servirse los poderes públicos para la consecución de objetivos sociales comunes.

No obstante, es necesario advertir que mediante la presente LCSP se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE y la Directiva 2014/24/UE, dejándose la transposición de la Directiva 2014/25/UE a la aprobación de otra ley específica, que asimismo incorporará al ordenamiento jurídico español la parte de la Directiva 2014/23/UE que resulte de aplicación a la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La LCSP hace suyos los objetivos de las Directivas antes señaladas, acentuando ese carácter estratégico de la contratación pública como instrumento para implementar las políticas, tanto europeas como nacionales, en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES y de defensa de la competencia.

En todo momento, deberá perseguirse la eficiencia del gasto público y el respeto a los principios esenciales de la contratación: igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad.

Precisamente, entre los objetivos que inspiran la regulación que se contiene en la LCSP destacan el del logro de una mayor transparencia en la contratación pública y el de la consecución de una mejor relación calidad-precio. Así, para el logro de este último objetivo se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.

Para alcanzar dichos objetivos, la LCSP se ha estructurado en un Título Preliminar, dedicado a las disposiciones generales en la materia, y cuatro libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación en el sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I); la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como sus efectos, cumplimiento y extinción (Libro II); los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, para concluir, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV).

Pues bien, entre las novedades introducidas por la LCSP, destacamos las siguientes:

En el Título Preliminar, relativo a las disposiciones generales, se mantiene la existencia de tres niveles de aplicabilidad de la ley respecto de las entidades del sector público que configuran su ámbito y, de igual forma, se mantiene la tradicional configuración negativa o de exclusión de los contratos y negocios no regulados en la misma.

Ahora bien, en lo que respecta a la delimitación de los diferentes tipos de contratos, las principales novedades se han previsto en la regulación del contrato de concesión, en el contrato mixto y en la supresión del contrato de colaboración público-privada.

En las concesiones, desaparece el contrato de gestión de servicio público surgiendo, en su lugar, la figura del contrato de concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente de la concesión de obras.

Por influjo de la Directiva 2014/24/UE, la LCSP sitúa el criterio delimitador entre el contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios en quién asume el riesgo operacional; así, en el caso de que aquel sea asumido por el contratista, el contrato será de concesión de servicios y, en caso contrario, es decir, cuando sea asumido por la Administración, se estará en presencia de un contrato de servicios.

En la regulación del contrato mixto, a la preparación y la adjudicación de los mismos se les aplicarán, como regla general, las normas del contrato cuya prestación sea la principal o cuyo valor estimado sea más elevado; mientras que, en cuanto a sus efectos y extinción, la LCSP se remite a lo que se establezca en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas.

En el Libro I, que trata de la configuración general de la contratación del sector público y de los elementos estructurales de los contratos, se contiene una nueva

regulación del llamado «medio propio» de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada «in house», que pasa ahora a denominarse «encargos a medios propios». En este sentido, se prevén los casos de encargos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, diferenciándose entre el encargo hecho por un poder adjudicador de aquel que se realiza por otra entidad que no tenga dicha consideración, además de mantenerse los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados. En la LCSP se han incrementado las exigencias a cumplirse por estas entidades, para evitar que se produzcan adjudicaciones directas que puedan menoscabar el principio de libre competencia.

Dentro del Libro I se suprime la cuestión de nulidad, aunque sus causas pueden hacerse valer mediante el recurso especial en materia de contratación, manteniéndose, por otro lado, la regulación del régimen de invalidez y del recurso especial en materia de contratación. Este recurso, que tiene carácter potestativo, amplía su ámbito de aplicación al poder interponerse respecto a aquellos contratos de obras, concesiones de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros y contratos de servicios y de suministros cuyo valor supere los cien mil euros. Dicho recurso tendrá efectos suspensivos automáticos siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el caso de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Por último, el recurso podrá interponerse contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos de esta ley, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, así como modificaciones contractuales, encargos a medios propios siempre que no cumplan los requisitos previstos en la ley y acuerdos de rescate de concesiones.

Y dentro del Libro I se incorpora una norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, en cuya virtud se impone a los órganos de contratación la obligación de adoptar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, así como prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación.

Por su parte, en el Libro II, dentro de la parte relativa a la preparación de los contratos, se incorpora la regulación de las consultas preliminares del mercado, cuya finalidad es la preparación correcta de la licitación e informar a los operadores económicos sobre los planes de contratación del órgano de contratación, así como de los requisitos que el mismo exigirá para concurrir al procedimiento.

En materia de la publicidad de los contratos, se incorpora el régimen previsto en las Directivas comunitarias: anuncio de información previa y anuncio de licitación.

En lo que respecta a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, resalta la regulación de la declaración responsable, así como la definición y cálculo del coste del ciclo de vida y de las ofertas anormalmente bajas.

Y en lo correspondiente a los procedimientos de adjudicación, además de los procedimientos existentes hasta ahora, como el abierto, el negociado, el diálogo competitivo y el restringido —este último especialmente adecuado para la adjudicación de los contratos cuyo objeto tenga prestaciones de carácter intelectual: especialmente para servicios de arquitectura e ingeniería—, se introduce un nuevo procedimiento: la asociación para la innovación, pensado para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración, y en el que se distinguen cuatro fases: selección de candidatos, negociación con los licitadores, asociación con los socios y adquisición del producto resultante.

Además, como novedad, en el ámbito del procedimiento abierto, se introduce la figura del procedimiento abierto simplificado, que será aplicable hasta unos umbrales determinados, y que se introduce con la pretensión de convertirse en un procedimiento muy ágil por su diseño que debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocara la licitación.

Hay que hacer alusión, también, a las medidas de racionalización técnica de la contratación, estructuradas en torno a dos elementos: los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición, destacando, aquí, el nuevo régimen de la contratación centralizada.

En el Libro III se recoge la regulación de los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, en donde la principal novedad es la supresión de las instrucciones de contratación para la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, estableciéndose la regulación que les es aplicable.

Y en el Libro IV, se contiene el esquema de tres órganos colegiados a nivel estatal, con el objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de gobernanza previstas en las Directivas comunitarias, así como de combatir las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública: la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado; en el seno de dicha Junta, el Comité de Cooperación en materia de contratación pública, y, por último, la Oficina de Supervisión de la Contratación.

A mayores, en dicho Libro IV, se introduce una nueva regulación de la Mesa de Contratación y de la obligación de remisión de información de fiscalización al Tribunal de Cuentas u órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma.

En cuanto a su contenido, como principales novedades, debemos señalar las siguientes:

La extensión de su ámbito subjetivo a los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las empresariales, así como a las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos siempre que se cumplan determinadas circunstancias como que

su financiación sea mayoritariamente pública y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada.

Se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán incorporarse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción se condiciona a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar.

Para el fomento de la transparencia en los contratos se prevé, entre otras, la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la nueva regulación de la figura del perfil del contratante, como instrumento principal de publicidad de los distintos actos y trámites de los contratos, así como la regulación del Registro de Contratos del Sector Público, en el que han de inscribirse todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público.

También debe aludirse a la apuesta de la nueva LCSP por la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria desde su entrada en vigor.

Como medidas en beneficio de las PYMES, hay que mencionar todas aquellas relacionadas con la simplificación del procedimiento y reducción de cargas administrativas y, más específicamente, la nueva regulación de la división en lotes de los contratos, invirtiéndose la regla general hasta ahora utilizada, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas.

En resumen, son muchas y significativas las novedades que introduce la nueva LCSP, muchas de ellas por influjo de las nuevas Directivas comunitarias sobre contratación pública. Ahora bien, es una ley demasiado extensa, farragosa y, en algunas materias o partes, difícil de entender, por sus continuas remisiones de unos preceptos a otros, alguno de los cuales, por cierto, es excesivamente amplio lo que dificultará su comprensión por parte de todos, especialmente por los que están llamados a aplicarla.

Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS
Profesor Titular Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
miguelin@usal.es