



Hogan
Lovells

La nueva Ley de Contratos del Sector Público

El pasado 9 de noviembre, se publicó en el Boletín Oficial del Estado (“BOE”), la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017, 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 (cuyo plazo de transposición había finalizado en abril de 2016).

La entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (“LCSP 2017”) se producirá, con carácter general, el próximo 9 de marzo de 2018.

Si bien introduce diversas novedades de relevancia, la LCSP 2017 mantiene la estructura del sistema de contratación pública preexistente, por lo que no nos encontramos ante un cambio estructural o de modelo.

El sistema de contratación pública previsto en la LCSP 2017 sigue pivotando sobre los mismos conceptos y categorías que fueron introducidos hace ya diez años por la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (ámbito de aplicación subjetivo dividido en tres categorías, diferenciación entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos, diferenciación entre

contratos “administrativos” y contratos “privados”, el recurso especial en materia de contratación, etc.).

Sentado lo anterior, a continuación apuntamos, de manera muy resumida, algunas de las novedades más relevantes de la nueva norma de contratación pública.

Ámbito subjetivo de aplicación

La LCSP 2017 sigue distinguiendo tres niveles de entidades en función de su mayor o menor sujeción a su articulado: (i) Administraciones Públicas; (ii) poderes adjudicadores no Administración Pública; y (iii) sector público no poder adjudicador. Sin embargo, se introducen algunas modificaciones respecto a la regulación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011.

Así, por un lado, la LCSP 2017 amplía su ámbito subjetivo de aplicación a aquellas entidades en las que la participación de otra entidad del sector público sea inferior al 50% siempre que la entidad en cuestión ostente la consideración respecto a otra del Sector Público de Grupo de Sociedades, tal y como éste se define en el artículo 5 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores

Por otro lado, la LCSP 2017 prevé expresamente que las fundaciones públicas y las mutuas de la Seguridad Social tienen la condición de poder adjudicador.

Asimismo, se establece un criterio objetivo para determinar en qué supuestos una entidad de derecho público ostentará la condición de Administración Pública como consecuencia de que la mayor parte de sus ingresos no sean de mercado, siendo dicho criterio que no tenga *“la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas”*.

Por último, la LCSP 2017 pasa a ser aplicable a los partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y asociaciones profesionales, así como a las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos. Sin embargo, se trata de una aplicación poco intensa, puesto que no hace aplicable el texto de la ley a estas entidades, sino que se limita a establecer que la contratación de las mismas se rija por los principios generales de la contratación pública y, además, sólo para aquellos contratos que superen los umbrales para ser considerados armonizados.

Regulación de los “medios propios”

La LCSP 2017 introduce una nueva regulación del denominado “medio propio” y de las “encomiendas de gestión” que ahora pasan a denominarse “encargos a medios propios”.

Entre los requisitos que deberán cumplir los “medios propios” destaca que no podrán realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad.

Tipos de contratos - La concesión de servicios

En lo que respecta a los tipos de contratos, la LCSP 2017 contiene dos novedades muy relevantes.

La primera de ellas es que, debido a su escasa aplicación práctica, desaparece el contrato de colaboración público-privada (aunque se mantiene el diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación para el resto de las tipologías contractuales).

La segunda es la desaparición de uno de los tipos contractuales más característicos del sistema de contratación español, el contrato de gestión de servicios públicos. La LCSP 2017 elimina esta figura contractual y la sustituye por la “concesión de servicios”, la cual se corresponde exactamente con la figura contractual del mismo nombre prevista en las Directivas que se transponen.

No obstante, se mantiene la figura de la sociedad de economía mixta a través de una de las Disposiciones Adicionales de la LCSP 2017.

El “riesgo operacional” como factor diferenciador entre las concesiones de obras y servicios y los contratos de obras y servicios

En consonancia con lo previsto en las Directivas, según la LCSP 2017, el único elemento diferencial que ha de tenerse en cuenta para determinar si un contrato ha de calificarse como de concesión de obras o de servicios es que se transmita el llamado “riesgo operacional”.

De acuerdo con ello, un contrato de concesión de servicios será aquel que tiene por objeto una prestación típica del contrato de servicios pero en el que se transmite el riesgo operacional al sujeto privado. Por su parte, un contrato de concesión de obras será el que tenga por objeto la realización de alguna de las obras típicas del contrato de obras y, además, encargue al contratista la explotación de la referida obra trasladándole el riesgo operacional.

Limitación a la duración de los contratos de concesión

De acuerdo con la nueva LCSP 2017 los contratos de concesión únicamente podrán sobrepasar los cinco años de duración en aquellos casos en que se estime necesario para que el concesionario pueda amortizar las inversiones que haya tenido que realizar.

Simplificación administrativa - Declaración responsable

Continuando la tendencia iniciada por la reforma de 2013 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, la LCSP 2017 prevé que la regla general para acreditar los requisitos de aptitud para contratar de los licitadores (capacidad, solvencia, prohibiciones de contratar, etc.) será la presentación de una Declaración Responsable (el Texto Refundido lo contemplaba, en la mayoría de los supuestos, como una potestad de la Administración contratante).

Además, la LCSP 2017 establece que esta Declaración Responsable deberá realizarse a través del llamado “Documento Europeo Único”.

Instrucciones internas de contratación

Las instrucciones internas de contratación se mantienen para la preparación y adjudicación de contratos por parte de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador.

Sin embargo, se suprimen para los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas.

Procedimiento de adjudicación

El procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía desaparece y es sustituido por un nuevo procedimiento abierto simplificado. Este procedimiento, con una tramitación que pretende ser ágil y sencilla, trata además de garantizar que concurra la necesaria publicidad y transparencia en la adjudicación.

Por otro lado, se crea el procedimiento de asociación para la innovación, para aquellos casos en los que la Administración desee

adquirir productos innovadores que requieran la realización de actividades de investigación. Por tanto, se recurrirá a este procedimiento cuando se requiera la adquisición de productos, servicios u obras que no estén ya disponibles en el mercado.

Asimismo, se reducen las cuantías de los contratos menores, que pasan de 18.000 a 15.000 euros, para suministro y servicios, y de 50.000 a 40.000 euros, para contratos de obras.

Prohibiciones de contratar

Se incluyen nuevas prohibiciones de contratar, como no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de hombres y mujeres, en el caso de empresas de más de 250 trabajadores.

Además, se prevén medidas de self cleaning (o autocorrección) que permiten evitar la aplicación de una prohibición de contratar cuando la empresa haya adoptado mecanismos eficaces para corregir las consecuencias de su actuación e impedir que ésta se repita. Estas acciones consisten en:

- a) El pago o compromiso de indemnización por los daños causados.
- b) La adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal (*compliance*).

Fomento de los medios electrónicos

Se impulsa considerablemente el uso de medios electrónicos en las notificaciones y comunicaciones en la tramitación de los procedimientos de adjudicación y en la presentación de ofertas.

Modificación y subcontratación

Se introduce un nuevo régimen de modificación de los contratos en consonancia con lo previsto en las Directivas comunitarias. El nuevo régimen distingue entre:

- c) Modificaciones previstas en los Pliegos, que no pueden exceder del 20% del precio inicial.

d) Modificaciones no previstas en los Pliegos o previstas insuficientemente, que resultarán posibles sólo si encuentran justificación en los supuestos que se contemplan y siempre que la alteración no exceda, aislada o conjuntamente, del 50% del precio inicial, IVA excluido.

Además, la LSCP 2017 también introduce novedades en el régimen de subcontratación. Por ejemplo, se introduce la posibilidad de que los Pliegos prevean, previa justificación, que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación.

Recurso especial en materia de contratación

Se amplían los supuestos en los que se puede interponer un recurso especial en materia de contratación (e.g. contra resoluciones que acuerden modificaciones no previstas en los Pliegos que rigen la licitación).

Además, se modifica y armoniza el tipo de contratos y el umbral económico respecto a los cuales puede interponerse este recurso: podrá interponerse en el marco de contratos de obra, concesiones de obra o de servicios con un valor superior a los 3 millones de euros, y en el marco de contratos de servicios y suministros con un valor superior a 100.000 euros.

Por último, desaparece la cuestión de nulidad, aunque sus causas podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación.



Lucas Osorio
Socio
T +34 91 349 82 39
lucas.osorio@hoganlovells.com



Santiago Garrido
Socio
T +34 91 349 81 59
santiago.garrido@hoganlovells.com



David Antón
Asociado sénior
T +34 91 349 81 59
david.angon@hoganlovells.com



Víctor Horcajuelo
Asociado sénior
T +34 91 349 81 59
victor.horcajuelo@hoganlovells.com

www.hoganlovells.com

La presente nota no pretende analizar exhaustivamente la normativa comentada. Esta nota tiene carácter meramente informativo y no constituye asesoramiento legal específico sobre la materia.

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses.

The word "partner" is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing.

Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members.

For more information about Hogan Lovells, the partners and their qualifications, see www.hoganlovells.com.

Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney Advertising. © Hogan Lovells 2017. All rights reserved.