



INFORME SOBRE LA REGULACIÓ DE LA NOVA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC SOBRE “ELS CONTRACTES DELS ALTRES ENS DEL SECTOR PÚBLIC”.

1. Introducció

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), preveu tres nivells d'aplicabilitat de la Llei respecte de les entitats del sector públic incloses en el seu àmbit:

- Administracions Públiques;
- Poders adjudicadors que no tinguin la condició d'administració pública;
- Entitats del sector públic que no tinguin el caràcter de poder adjudicador.

Com a gran novetat, se suprimeixen les instruccions internes per als contractes no subjectes a regulació harmonitzada en el cas de les entitats del segon nivell, que hauran d'adjudicar aquests contractes pels mateixos procediments establerts a la LCSP per a les Administracions Públiques, amb alguns matisos que després es comentaran.

Per contra, les instruccions internes es mantenen per als contractes de les entitats del tercer nivell, aspecte molt criticat per la doctrina ja que fragmenta el règim jurídic de la contractació i crea inseguretats jurídiques.

2. Poders adjudicadors que no tenen la condició d'administració pública

Els poders adjudicadors que no tenen la condició d'administració pública estan definits a l'article 3 de la LCSP. Concretament l'apartat 1 defineix les entitats que integren el sector públic i l'apartat 3 les que es consideren poders adjudicadors. De manera sintètica, a efectes de la nova LCSP es consideren poders adjudicadors que no tenen la condició d'administració pública:

- Les fundacions públiques.
- Les Mútues col·laboradores amb la Seguretat Social.
- Les entitats amb personalitat jurídica pròpia i les corporacions de dret públic creades específicament per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil sempre que un o diversos poders adjudicadors:
 - Financin majoritàriament la seva activitat;
 - Controlin la seva gestió;
 - O nomenin a més de la meitat dels membres dels seus òrgans d'administració, gestió o vigilància.
- Les associacions constituïdes per les entitats anteriors.

2.1. Procediments de contractació

L'article 26.1 de la LCSP disposa que seran contractes privats, entre d'altres, els contractes celebrats per entitats del sector públic que sent poder adjudicador no reuneixin la condició d'administració pública. L'apartat 3 de l'article 26 esmentat estableix que els contractes que celebrin aquestes entitats l'objecte dels quals estigui comprès en l'àmbit d'aplicació

d'aquesta Llei, es regiran en quant a la seva preparació i adjudicació pel que disposa el Títol I del Llibre Tercer de la Llei (arts. 316ss).

Com hem assenyalat, en relació als contractes realitzats pels ens del sector públic la nova LCSP continua diferenciant entre els contractes dels poders adjudicadors que no són administració pública i els contractes de les entitats del sector públic que no tenen el caràcter de poder adjudicador, i estableix una regulació diferenciada per cadascun d'ells.

Com a principal novetat pel que fa als contractes dels poders adjudicadors que no són administració pública destaca la supressió de l'obligació d'aprovar unes instruccions internes de contractació.

L'article 318 de la LCSP estableix que els poders adjudicadors que no siguin administració pública pel què fa als contractes que realitzin que no estiguin subjectes a regulació harmonitzada hauran d'aplicar el següent:

- a) En el cas de contractes amb un valor estimat inferior a 40.000 euros, quan es tracti de contractes d'obres, concessions d'obres i concessions de serveis, i inferior a 15.000 euros en la resta de contractes podran adjudicar-se directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i que compti amb l'habilitació professional necessària per realitzar la prestació objecte del contracte.
- b) Els contractes d'obres, de concessions d'obres i de concessions de serveis amb valor estimat igual o superior a 40.000 euros i inferior a 5.225.000 euros i la resta de contractes amb valor estimat igual o superior a 15.000 euros i inferior a 209.000 euros, es podran adjudicar per qualsevol dels procediments previstos a la Secció 2^a del Capítol I, del Títol I del Llibre Segon (són els articles de 131 a 187 de la LCSP), amb excepció del procediment negociat sense publicitat que únicament es podrà utilitzar en els casos previstos a l'article 168.

Ara, amb la nova Llei es concreten els procediments d'adjudicació que poden utilitzar els poders adjudicadors que no són administració pública a diferència del que feia el TRLCSP, que no concretava cap procediment d'adjudicació aplicable i exigia l'aprovació d'unes instruccions internes de contractació per regular els procediments d'adjudicació, exigint únicament que es garantissin els principis de publicitat, concurrència, transparència, igualtat no discriminació i confidencialitat i que s'adjudiqués el contracte a qui presentés l'oferta més avantatjosa.

La redacció de l'apartat b) de l'article 318, pot donar lloc a confusió quan diu "es podran adjudicar" en comptes de dir "s'hauran d'adjudicar", ja que podria semblar que la Llei permet que es puguin utilitzar altres procediments diferents als que estableix la LCSP. Aquest mateix apartat afegeix "amb excepció del procediment negociat sense publicitat que únicament es podrà utilitzar en els casos previstos a l'article 168". La redacció d'aquest apartat b) només té sentit si es considera que els poders adjudicadors poden utilitzar únicament els procediments establerts a la LCSP per adjudicar els contractes que realitzin, però els poden utilitzar en supòsits diferents als fixats legalment, a excepció del negociat sense publicitat que només es pot utilitzar en els casos establerts a l'article 168 que el regula. Corroborava aquesta opinió l'establert al Preàmbul de la Llei que diu "... se suprimeixen per als contractes no subjectes a regulació harmonitzada les instruccions en el cas dels poders adjudicadors no administració pública, hauran d'adjudicar aquests

contractes pels mateixos procediments establerts per les Administracions Públiques, si bé se'ls hi permet utilitzar de forma indistinta qualsevol d'ells, a excepció del negociat sense publicitat que només en podran fer ús en els mateixos supòsits que les esmentades Administracions Públiques.”

Amb aquesta interpretació, els poders adjudicadors que no són administració pública han d'aplicar els procediments legalment previstos sense necessitat que es donin els condicionaments legalment previstos. L'únic dels procediments que només pot ser utilitzat en els casos previstos per la LCSP és el negociat sense publicitat.

Conseqüentment, els poders adjudicadors que no són administració pública poden utilitzar el procediment obert i restringit de la mateixa manera i en els mateixos supòsits que una administració pública, ja que la Llei no estableix requisits específics per a la seva utilització. En canvi, en el cas del procediment obert simplificat l'article 159 de la LCSP preveu que l'òrgan de contractació pot utilitzar aquest procediment quan es compleixin les dues condicions següents:

- Que el valor estimat del contracte sigui igual o inferior a 2.000.000 euros per contractes d'obres i 100.000 euros pels contractes de serveis i subministraments.
- Que entre els criteris d'adjudicació previstos al plec no n'hi hagi cap avaluable mitjançant judici de valor, o en el cas que n'hi hagin, la seva ponderació no pot superar el 25% del total, excepte en el cas que el contracte tingui per objecte prestacions de caràcter intel·lectual, com els serveis d'enginyeria i arquitectura, en que la seva ponderació no podrà superar el 45% del total.

Segons sembla desprendre's de l'article 318 de la LCSP, els poders adjudicadors no administració pública podrien utilitzar el procediment obert simplificat encara que no es compleixin cap dels requisits que la Llei estableix per a la seva utilització per part de les administracions públiques. Es pot entendre que succeeix el mateix amb la resta de procediments, així com amb el procediment amb negociació, que es podrien utilitzar sempre que l'òrgan de contractació el consideri idoni sense altres requeriments. S'exceptua, però, el procediment negociat sense publicitat, que d'acord amb l'article 318 b) de la LCSP, únicament es pot utilitzar en els casos previstos expressament a l'article 168.

Pel que fa als contractes subjectes a regulació harmonitzada es manté la seva subjecció als procediments previstos a la LCSP, en els mateixos termes del TRLCSP.

2.2. Efectes i extinció

Pel que fa als efectes i extinció dels contractes celebrats per poders adjudicadors que no són administració pública, els articles 26.3 i 319 de la LCSP estableixen que es regiran per les normes de dret privat, com fins ara, però s'afegeix que també els hi seran d'aplicació:

- L'article 201, sobre obligacions en matèria mediambiental, social o laboral;
- L'article 202, sobre condicions especials d'execució;
- Els articles 203 a 205 sobre modificació dels contractes;
- Els articles 214 a 217, sobre cessió i subcontractació;

- Els articles 218 a 228 sobre racionalització tècnica de la contractació;
- Així com les condicions de pagament establertes als articles 198.4, 210.4 i 243.1 de la LCSP.

S'ha de destacar com a novetat la introducció de la necessària autorització, previ dictamen del Consell d'Estat o òrgan consultiu autònom, de l'Administració de tutela o adscripció de l'entitat contractant per a totes aquelles modificacions de contractes no previstes als plecs de clàusules administratives, sempre que el seu import sigui igual o superior a 6.000.000 d'euros i la quantia de la modificació sigui superior a un 20% del preu inicial del contracte, IVA exclòs.

En aquests contractes celebrats per poders adjudicadors no administració pública també serà causa de resolució la impossibilitat d'executar la prestació en els termes inicialment pactats, quan no sigui possible modificar el contracte conforme als articles 204 i 205 així com la recollida al 211 i).

En els contractes de concessions obres i de serveis els serà d'aplicació les causes de resolució establertes als 279 i 294, per cada un d'ells. No obstant l'anterior, el rescat de la obra o el servei, la supressió de la seva explotació així com el segrest o intervenció dels mateixos, haurà d'acordar-se pel Departament, òrgan autònom o local al que estigui adscrit o en correspongui la tutela del poder adjudicador.

2.3. Jurisdicció competent

D'acord amb l'article 27.1 de la LCSP la jurisdicció contenciosa administrativa serà competent per conèixer de les qüestions relatives a la preparació i adjudicació i a les modificacions contractuals basades en l'incompliment del que preveuen els articles 204 i 205, quan s'entengui que dita modificació havia de ser objecte d'una nova adjudicació.

L'ordre jurisdiccional civil serà el competent per conèixer de les qüestions que se suscitin respecte dels efectes i extinció del contracte, excepte en els supòsits de modificació del paràgraf anterior (art. 27.3 LCSP).

3. Entitats del sector públic que no tinguin el caràcter de poder adjudicador.

3.1. Procediments de contractació

Els contractes de les entitats del sector públic que no tinguin el caràcter de poder adjudicador estan regulats als articles 321 i 322 de la LCSP.

D'acord amb l'article 321.1, aquestes entitats hauran d'aprovar unes instruccions internes de contractació, que s'han de publicar al perfil del contractant, i en les que s'han de regular els procediments de contractació de forma que quedi garantida l'efectivitat dels principis de publicitat, transparència, concurrència, confidencialitat, igualtat i no discriminació i s'han d'adjudicar a qui presenti la millor oferta, conforme el 145 de la LCSP.

No obstant això, l'article 321.2 de la LCSP permet que aquestes entitats puguin adjudicar contractes sense aplicar les instruccions internes de contractació aprovades per ells amb subjecció a les regles següents:

- Respecte dels contractes amb un valor estimat inferior a 40.000 euros, en obres, o 15.000 euros en serveis i subministraments, es preveu que es puguin adjudicar directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i que compti amb l'habilitació necessària per realitzar la prestació.
- Pel que fa als contractes amb un valor estimat igual o superior als esmentats a l'apartat anterior o els que es concertin per a la selecció de proveïdors, es podran adjudicar respectant els principis publicitat, transparència, concurrència, confidencialitat, igualtat i no discriminació i es subjectaran, com a mínim, a una sèrie de regles que estableix l'article 321.2 b) de la LCSP, com són, entre d'altres, que: l'anunci de licitació es publiqui al perfil del contractant de l'entitat; el termini de presentació d'ofertes no sigui en cap cas inferior a 10 dies des de la publicació de l'anunci al perfil; l'adjudicació del contracte recaigui en la millor oferta, d'acord amb l'article 145, si bé excepcionalment l'adjudicació es podrà efectuar atenent a altres criteris objectius que es determinaran a la documentació contractual...

L'organisme al que estigui adscrita l'entitat i a la que li correspongui la seva tutela controlarà que l'entitat contractant aplica aquestes regles.

3.2. Efectes i extinció

D'acord amb l'article 26.4 de la LCSP, els contractes que celebrin les entitats del sector públic que no tinguin la condició de poder adjudicador es regiran respecte dels seus efectes, modificació i extinció per les normes de dret privat que els hi resultin d'aplicació.

3.3. Jurisdicció competent

La nova LCSP disposa i aclareix que la preparació i adjudicació dels contractes s'impugnarà a la via administrativa seguint la Llei 39/2015, de procediment administratiu comú de les Administracions Públiques, davant el titular del departament, òrgan, ens o organisme al que està adscrita l'entitat contractant o al que en correspon la seva tutela.

4. Adaptació de les instruccions internes de contractació

La Disposició transitòria cinquena de la LCSP disposa que les entitats del sector públic hauran d'adaptar les seves instruccions internes de contractació a l'establert als articles 318 i 321 en el termini màxim de 4 mesos des de l'entrada en vigor de la Llei, és a dir abans del 9 de juliol de 2018. Fins llavors, seguiran contractant de conformitat amb les seves instruccions vigents, sempre que no contradiguin l'establert en els articles citats.

D'acord amb l'establert per aquesta disposició transitòria tots els ens del sector públic a partir de l'entrada en vigor de la LCSP, el dia 9 de març de 2018, hauran de contractar de

conformitat amb allò que disposen els articles 318 i 321 i, per tant, les instruccions en allò que contradiguin aquestes disposicions resten sense efecte.

5. Conclusions

1. S'elimina l'obligatorietat pels poders adjudicadors que no són administració pública d'aprovar unes instruccions internes de contractació per regular els procediments de contractació de l'entitat.
2. Els poders adjudicadors que no són administració pública han d'adjudicar els seus contractes únicament d'acord amb els procediments d'adjudicació que estableix la LCSP, però els poden utilitzar en supòsits diferents als previstos legalment. Això comporta que malgrat que amb la nova normativa contractual ja no és obligatori que les entitats que són poders adjudicadors no administració pública aprovin unes instruccions internes de contractació, des de la Direcció General de Contractació Pública s'està valorant la conveniència de dictar unes instruccions generals a efectes de concretar en quins supòsits diferents als fixats legalment es podran utilitzar cadascun dels procediments d'adjudicació previstos a la LCSP, exceptuant sempre el procediment negociat sense publicitat que només es pot utilitzar en els casos previstos a l'article 168 de la LCSP.
3. Pel que fa als efectes i a l'extinció d'aquests contractes, si bé es continuaran regint pel dret privat, la LCSP preveu que se'ls apliquin els articles 201 sobre obligacions en matèria ambiental, social o laboral; 202 sobre condicions especials d'execució; 203 a 205 sobre supòsits de modificació dels contractes; 214 a 217 sobre cessió i subcontractació; 218 a 228 sobre racionalització tècnica de la contractació; així com les condicions de pagament establertes en els articles 198.4, 210.4 i 243.1.
4. S'introdueix com a novetat la necessitat d'autorització del departament o òrgan autonòmic o local al que li correspongui la tutela de l'entitat, previ dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, en aquells casos de modificacions contractuals no previstes als plecs, d'un import igual o superior a 6.000.000 euros i que sigui superior a un 20% del preu inicial del contracte.
5. En els contractes de concessió formalitzats per poders adjudicadors no administració pública, el rescat de l'obra o el servei, la supressió de la seva explotació així com el segrest o intervenció dels mateixos, ha d'acordar-se pel departament, òrgan autonòmic o local al que estigui adscrit o al que en correspongui la tutela del poder adjudicador.
6. Els imports del contractes menors canvien i, tal i com estableixen els articles 316 a) i 321.2 a) de la LCSP, aquells contractes que tinguin un valor estimat inferior a 40.000 euros en el cas d'obres i concessions d'obres o serveis i aquells contractes de subministraments i serveis que tinguin un valor estimat inferior a 15.000 euros, es podran adjudicar directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i amb l'habilitació professional necessària per realitzar la prestació.
7. Pel que fa als contractes efectuats per entitats del sector públic que no són poders adjudicadors, sí que es preveu l'obligatorietat d'aprovar unes instruccions internes de contractació; no obstant això, es permet que adjudiquin els contractes sense aplicar les

instruccions aprovades sempre que se subjectin a les regles establertes a l'article 321.2 de la LCSP. Serà l'organisme al que estigui adscrita l'entitat i a qui correspon la seva tutela, qui controlarà que s'apliquen aquestes regles.

Barcelona, 20 de desembre de 2017

Èlia Vilaseca i Arqués

Rosa Maldonado i Camats

Tècnica de la Direcció General
de Contractació Pública

Responsable Jurídic de
Processos i d'Organització