

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

GARRIGUES

Julio Pino

Sevilla, 10 de abril de 2018

Índice

1	Clasificación de los contratos
2	Jurisdicción competente
3	División en lotes
4	Cláusulas sociales y ambientales
5	Tipología contractual
6	Duración de los contratos
7	Procedimientos de adjudicación
8	Capacidad, solvencia, clasificación y prohibiciones de contratar

Índice

9	Valoración de las ofertas
10	Apuntes relativos a la fase de ejecución del contrato
11	Modificación de los contratos

1. Clasificación de los contratos

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA LCSP: SUJETO, OBJETO Y CUANTÍA

1. ANÁLISIS DEL SUJETO

Entidad del sector público

Poder adjudicador

mera Entidad del sector público

Administración Pública

mero Poder adjudicador

2. ANÁLISIS DEL OBJETO

Contrato privado

Contrato administrativo

Contrato privado

Contrato privado

3. ANÁLISIS DE LA CUANTÍA

Contrato S.A.R.A.

Contrato No S.A.R.A.

CONTRATO MENOR

Contrato S.A.R.A.

Contrato No S.A.R.A.

CONTRATO MENOR

Contrato S.A.R.A.

Contrato No S.A.R.A.

Contrato No S.A.R.A.

2. Jurisdicción competente

2. Jurisdicción competente

- Jurisdicción (art. 27): retorno a doctrina actos separables para todo el SP y al margen de SARA o no SARA:
 - Jurisdicción contenciosa:
 - Preparación, adjudicación, modificación, efectos y extinción de contratos administrativos.
 - Preparación y adjudicación de los contratos privados de las AAPP.
 - Modificación de determinados contratos privados de las AAPP (25.1.a.1º y 2º).
 - Preparación, adjudicación y unas modificaciones de contratos de PA no AAPP.
 - Preparación y adjudicación de los contratos del ESP no PA.
 - Jurisdicción civil: resto.
 - Los efectos y extinción de los contratos privados de Poderes Adjudicadores, sean o no AAPP (salvo las modificaciones contractuales).
 - Los efectos y extinción de los contratos que celebren las meras ESP.

3. División en lotes

3. Lotes (I)

- **Regla general:** siempre que la naturaleza y el objeto del contrato lo permitan, **deberá** preverse su realización independiente de prestaciones mediante su división en lotes (art. 99.3). Si se exige garantía provisional, será por lote (art. 106.2).
- Deberá **justificarse** expresamente la no división en lotes, salvo en concesiones de obra.
Motivos válidos:
 - Riesgo de restringir injustificadamente la competencia (informe de la autoridad defensa de la competencia)
 - Dificultar la correcta ejecución del contrato desde un punto de vista técnico o por la necesidad de coordinar de distintas prestaciones/contratistas.
- Se pueden **reservar lotes** -o un % mínimo de reserva de ejecución- a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas inserción (DA4^a) o a entidades de la D.A. 48 para servicios sociales/culturales/ salud.

3. Lotes (II)

- En caso de división en lotes, pueden imponerse **limitaciones justificadas en expediente**, estableciéndose así en el Pliego y en el anuncio (art. 99,4):
 - Sobre el número de lotes a los que puede ofertar un licitador.
 - Sobre el número de lotes que se pueden adjudicar a un licitador.
 - En caso de UTEs, serán éstas las consideradas como “licitador”.
- **“Ofertas integradoras”** a varios lotes por un licitador (art. 99.5), pero se requiere:
 - Autorizado en el Pliego y recogido en el anuncio, concretando combinaciones y solvencias exigidas.
 - Existencia de varios criterios de adjudicación.
 - Realizar una evaluación comparativa previa (mejor cumplimiento conjunto que consideración aislada).
 - Acreditación de solvencia al conjunto de lotes.

4. Cláusulas sociales y ambientales

4. Cláusulas sociales y ambientales en la contratación del sector público (I)

- Concepto de cláusulas sociales y ambientales: todas aquellas cuestiones de orden social o ambiental que se incorporan al contenido de los documentos por los que se ha de regir la licitación (TACPM).
- No es una novedad de la LCSP 2017: Jurisprudencia comunitaria: limitaciones. La tercera generación de directivas ya contemplaba esta cuestión de forma relevante y se incorporó a nuestro ordenamiento mediante la LCSP 2007.
- Directiva 2014/24/UE (considerando 2º): Contratación pública, papel clave en la “Estrategia Europa 2020”; revisión de las normas para, entre otros objetivos, “(...) permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes”.

4. Cláusulas sociales y ambientales en la contratación del sector público (II)

- **Visión de la contratación pública:** no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento para la consecución de objetivos sociales o medioambientales, entre otros.
- Administraciones y poderes adjudicadores vienen trabajando en la incorporación de estas cláusulas mediante la aprobación de instrucciones (p.e., Acuerdo 18/10/2016 del CG para el impulso de incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la JA; Instrucción 1/2016 Ayuntamiento de Madrid; RD 6/2018, de 12 de enero, de creación de CI incorporación de criterios ecológicos, o más reciente Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública).
- **Objetivo complejo:** requiere experiencia y preparación del personal de los órganos de contratación: complejidad en la predefinición y cuantificación de los criterios de aplicación a cada caso. Estandarizar cláusulas y criterios comunes. RECOMENDACIÓN (UE) 2017/1805 DE LA COMISIÓN de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública.

4. Cláusulas sociales y ambientales en la contratación del sector público (III)

- Carácter transversal: afecta a todas las fases del expediente de contratación (Artículo 1.3 LCSP 2017):
 - “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos (...)”

Tienen proyección en (i) la determinación del objeto del contrato, (ii) la definición de prescripciones técnicas (etiquetas -127 LCSP 2017-), (iii) la determinación de los criterios de solvencia, (iv) los criterios de adjudicación, (v) las preferencias de adjudicación (criterios de desempate), (vi) las condiciones especiales de ejecución, (vii) la subrogación empresarial y (viii) en la reserva de contratos. También en las prohibiciones de contratar.

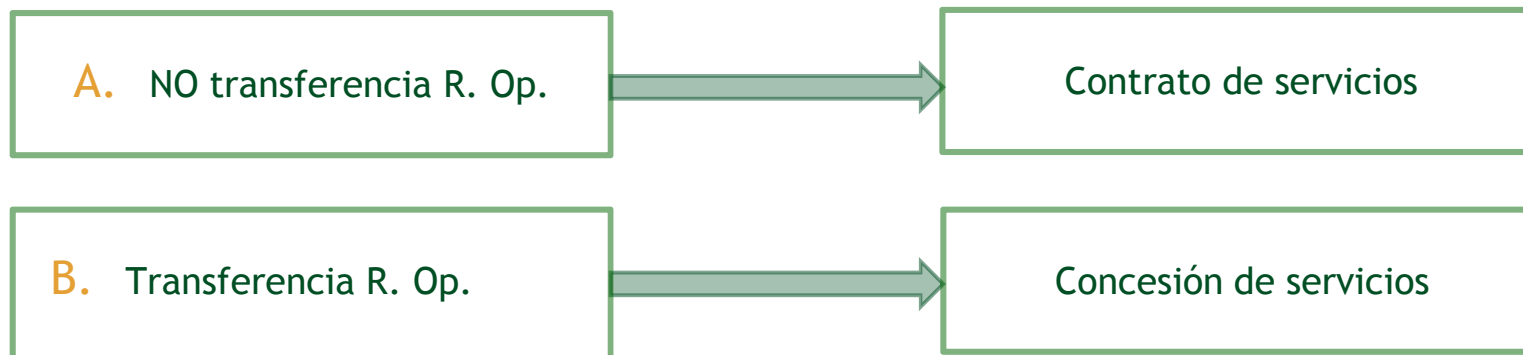
5. Tipología contractual

5. Tipología contractual (I)

- **Tipologías de la LCSP:** (i) C. de obras, (ii) C. concesión de obras, (iii) C. de servicios , (iv) C. concesión de servicios, (v) C. suministro, y (vi) C. mixtos
- Por tanto, se mantienen una gran parte de tipos de TRLCSP pero hay cambios relevantes:
 - Se suprime el C. de colaboración público-privada (escasa utilidad y uso)
 - Se suprime el C, de gestión de servicios públicos:
 - *Mutatis mutandis*, será el nuevo C. de concesión de servicios (DA 34^a), aunque esta es más amplia
 - Consecuencia: 4 modalidades (según riesgo transferido y la naturaleza del servicio - rég. jurídico)
 - Se crea el C. de Concesión de servicios
- Se mantiene distinción entre contratos administrativos vs. privados (arts. 24 a 26)
- Se mantiene distinción entre contratos SARA vs. no SARA aunque pierde algo de relevancia (arts. 19 y ss.), porque deja de ser criterio para recurso especial

5. Tipología contractual (II)

- **C. de concesión de obras y de servicios:** nueva regulación (arts. 14 y 15 LCSP), siendo el elemento diferencial la transferencia *riesgo operacional* al concesionario.
- Por tanto, en la prestación de servicios:



5. Tipología contractual (III)

- El **riesgo operacional** se integra por el riesgo de demanda y/o el riesgo de suministro, de forma que el concesionario no tenga garantizada la recuperación de las inversiones ni el cubrir los costes (art. 14)
 - R. Operacional: *“el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”*
 - R. Demanda: “el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato”
 - R. Suministro: “el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda”

5. Tipología contractual (IV)

- R.O. “debe derivarse de factores que escapan al control de las partes” (vs riesgos vinculados a mala gestión, incumplimientos contractuales o fuerza mayor, que son inherentes a cualquier contrato)
- R “de demanda”: el que se debe a la “demanda real” de las obras o servicios
- R “de suministro”: el de que “la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda” (“de oferta”).

5. Tipología contractual (V)

- **Naturaleza de la retribución en concesiones por la utilización de obras y servicios**
 - Exp. Motivos: *“se aclara la naturaleza jurídica de las tarifas”* (no tasa, pese a STS 23/11/2015 que dice que si el servicio es obligatorio es tasa con ind. modo de gestión;
 - El art 267.1 (concesión de obras) y art 289.1 y 2 (concesión de servicios) establecen que la retribución percibida por el concesionario por la utilización de la obra o servicio *“se denominará tarifa y tendrá la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario”*.
- **Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V2995-17, de 20 de noviembre de 2017.**
 - De esta forma, se aclara la naturaleza jurídica de las tarifas que abonan los usuarios por la recepción de los servicios públicos, en función de la forma de gestión del servicio. Así, si la prestación de los mismos se realiza por la propia Entidad Local, la contraprestación exigida tendrá la consideración de tasa.
 - Por el contrario, si la prestación del servicio público, como es el caso objeto de consulta, se realiza de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, la contraprestación exigida a los usuarios tendrá la condición de prestación patrimonial de carácter público no tributario.

5. Tipología contractual (VI)

- DA 43^a: Naturaleza contraprestaciones económicas por explotación de obra/servicio público en régimen de Derecho privado

“Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución” (en concreto, aquellas exigidas “en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado”)
- DF 11^a, modifica la DA 1^a de la LGT que define las “prestaciones patrimoniales de carácter público”:
 - Son las prestaciones a las que se refiere el art 31.3 de la CE (reserva de ley) y que tienen carácter coactivo
 - Pueden tener carácter tributario (tasas, contribuciones especiales e impuestos) o no (resto)
 - Son aquellas prestaciones que teniendo tal consideración se exijan por prestación de “un servicio gestionado de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta” (en concreto, aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, “en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado”)
- DF 9^a (nuevo art 2.c de la Ley 8/1989 de Tasas y precios públicos) y DF 12^a (nuevo apartado 6 al artículo 20 del TRLHL)

5. Tipología contractual (VII)

- **C. Mixto:** mayor regulación. Se distingue el régimen jurídico de los mismos en función de los actos separables (art. 18 LCSP):
 - Preparación y adjudicación: siguiendo la jurisprudencia del TJUE, se prevé que se debe atender a la **prestación principal** de los mismos
 - Efectos, cumplimiento y extinción: se remite en cuanto a su régimen jurídico a los pliegos atendiendo a las normas de las diferentes prestaciones que concurran (art. 122)

6. Duración de los contratos

6. Duración de los contratos (I)

- Regulación más exhaustiva de la duración y aplicable también a PA no AP y a SP no PA (art.29)
- Novedades relevantes
 - Además de prórroga expresa (no tácita), ahora obligatoria para empresario si hay preaviso (antes salvo que el contrato prevea lo contrario)
 - C. Suministros: 5 años incluyendo prórrogas (antes carecían de plazo máximo)
 - C. Servicios prestaciones sucesivas: 5 años incluyendo prórrogas (antes 4 años, máx. 6 años con prórrogas).

Excepciones:

- Recuperación inversión (*“cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante -desarrollo reglamentario- en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación”*)

6. Duración de los contratos (II)

- Mantenimiento con compra del bien (*“cuando dicho mantenimiento solo pueda ser prestado por razones de exclusividad por la empresa que suministró dicho bien, podrá tener como plazo de duración el de la vida útil del producto adquirido”*)
- Servicios a las personas y continuidad del tratamiento (*“cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente”*)
- Si interés público y debido a acontecimientos imprevisibles, es posible prórroga hasta nueva licitación, máximo 9 meses
- Servicios complementarios de C de obras o suministros: como máximo hasta contrato principal.

- C. Concesión de obras y de servicios:

- Se liga al *“tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido”* -RD 55/2017, art 4 y 5 Ley 2/2015 desindexación-
- En cualquier caso, **límites máximos:** (i) 40 años obra y explotación servicio (antes 50 años contrato gestión servicio público), (ii) 25 años explotación servicio no sanitario, (iii) 10 años explotación servicio sanitario sin obra

- **C. Menores:** 1 año (antes también 1 año)

7. Procedimientos de adjudicación

7. Procedimientos de adjudicación (I)

- **Procedimientos de adjudicación LCSP**
 - Mantenimiento procedimientos tradicionales: abierto, restringido, negociado, diálogo competitivo, y contratos menores -que se regulan más restrictivamente-
 - Se suprime el negociado sin publicidad por razón de la cuantía y dos nuevos procedimientos: (i) asociación para la innovación, y (ii) abierto simplificado -con su variante súper-simplificada-.
- **Consultas preliminares al mercado**
 - Se introduce la posibilidad de que los órganos de contratación realicen estudios de mercado y consultas a los operadores del mercado para (i) preparar correctamente la licitación, (ii) informar a los operadores económicos sobre los planes de contratación y los requisitos para concurrir (art. 115)
 - Si bien no impide al operador concurrir a la licitación, se prohíbe que el objeto del contrato resultante sea tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características de uno de los sujetos consultados. Necesidad de divulgación en el perfil del contratante.
 - Alcance y límites.

7. Procedimientos de adjudicación (II)

- **Restricciones para menores de las AAPP (art. 118):** (sí rigen para PA no AP, duda SP no PA)
 - 40.000 obras y 15.000 euros servicios o suministros
 - Informes justificando el no fraccionamiento para evitar aplicación reglas contratación- art. 118.3-
 - *“se justificará que (...) el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”* (art. 118)
 - Informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado expedientes 41/2017, 42/2017 y 5/2018.
 - PANAP/SP no AP: ¿No sujeción a contratos menores AAPP sino adjudicación directa (arts. 317, 318 y 321)? Informe 2/2018 Abogacía del Estado

7. Procedimientos de adjudicación (III)

- **Procedimiento Negociado (arts. 166 y ss.):**
 - **Novedades:**
 - Reducción de los motivos (se elimina el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía)
 - Regulación más detallada para asegurar una negociación efectiva
 - **Supuestos negociados con publicidad (artículo 167), genéricos, no por tipos de contrato**
 - Cuando sea necesario un trabajo previo de diseño o adaptación sobre el objeto por los licitadores.
 - Cuando se trate de un proyecto o soluciones innovadoras.
 - Cuando lo exijan la naturaleza/complejidad/config. jurídica-financiera del contrato, o sus riesgos inherentes.
 - Cuando no sea posible establecer las especificaciones técnicas fácilmente.
 - Cuando en abiertos/restringidos previos, se presentaron ofertas “irregulares o inaceptables”.
 - Cuando se trate de servicios sociales personalísimos que requieran arraigo de los pacientes.

7. Procedimientos de adjudicación (IV)

- **Supuestos negociados sin publicidad (art 168):** entre otros (i) ofertas “*inadecuadas*”, sin modif sust. condic. Iniciales y sin incrementar presupuesto; (ii) obras/serv./sumin. falta de competencia por razones técnicas o derechos exclusivos; (iii) obras/serv./sumin. imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles; (iv) entregas adicionales proveedor inicial; (v) repetición de obras o servicios anteriores.
- **Características reseñables del procedimiento negociado:**
 - Pliegos: aspectos económicos y técnicos negociables, necesidades a satisfacer, las características de las prestaciones y las ofertas, el procedimiento, los criterios de adjudicación.
 - Procedimiento: anuncio previo, selección de licitadores (mínimo de 3), negociaciones sucesivas, transparencia e igualdad de trato, garantía de confidencialidad, evaluación de ofertas definitivas.

7. Procedimientos de adjudicación (V)

- **Diálogo competitivo:** mantenimiento pese que desaparece la contrato de colaboración público-privada. Se establece una nueva regulación de las primas y compensaciones para fomentar la participación.
- **Procedimiento de Asociación para la Innovación (arts. 177 y ss.)**
 - Finalidad: (i) desarrollo de productos/servicios/obras innovadoras y (ii) la compra ulterior/ rendimiento
 - Supuestos: cuando las soluciones disponibles del mercado no satisfagan las necesidades
 - Varias etapas: (i) convocatoria y selección de candidatos, (ii) presentación de proyectos de investigación e innovación y negociación sucesiva de los mismos, (iii) adjudicación y asociación con los socios, estableciendo varias fases y objetivos intermedios (posibilidad de resolución al final de cada una, sin indemnización), y (iv) eventual adquisición de las obras, servicios y suministros resultantes

7. Procedimientos de adjudicación (VI)

- **Procedimiento Abierto simplificado:** supuesta adjudicación de los contratos en 1 mes (art. 159 LCSP).
 - Supuestos: (i) valor inferior a determinados umbrales (2M€ contratos de obras y 100.000€ contratos suministros y servicios), y (ii) la ponderación de los criterios de adjudicación evaluable mediante juicios de valor sea inferior al 25% del total o, en el caso de prestaciones intelectuales, inferior al 45% del total
 - Características generales: (i) inscripción obligatoria de licitadores en ROLEC (DF10^a, 10 meses); (ii) no garantía provisional; (iii) DR para representación y solvencia; (iv) 1 sobre de documentación si no criterios con juicios valor; y (v) plazos: ofertas 15 días (20 días obras), informe valoración 7 días, documentación adjudicatario 7 días, justificación ofertas anormales 5 días y adjudicación 5 días
 - Modalidad super-simplificada: para supuestos de menor cuantía (80.000€ obras y 35.000€ suministros y servicios): (i) plazos más breves, (ii) no garantía definitiva, y (iii) no necesidad de formalización del contrato, siendo suficiente con la aceptación de la adjudicación

8. Capacidad, solvencia, clasificación y prohibiciones de contratar

8. Capacidad, solvencia, clasificación y prohibiciones de contratar (I)

- Condiciones de capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar, deben concurrir: (i) en la fecha final de presentación de ofertas y (ii) subsistir en la firma del contrato (art. 140.4 LCSP).
- Principales aspectos en relación con la capacidad:
 - Se mantiene la posibilidad de presentarse con compromiso de constituir sociedad en concesiones de obras y servicios (art. 66.2).
 - Se mantiene la posibilidad de presentarse en UTE, sin necesidad de escriturar hasta adjudicación, pero con ciertos matices:
 - Requerimientos de justificación de la agrupación y en su caso procedimiento sumario ante sospechas colusión en miembros UTE (art.69.2).
 - Regulación de la modificación de los miembros de la UTE durante el procedimiento de adjudicación (art. 69.8): en principio, si hay modificación, exclusión, pero no se considerará modificación si hay alteración de participación manteniendo la clasificación; si alguna de las empresas incurre en prohibición de contratar, exclusión; las operaciones societarias de reestructuración no impiden la continuación, si la beneficiaria interna o externa mantiene solvencia y la clasificación exigida.

8. Capacidad, solvencia, clasificación y prohibiciones de contratar (II)

- Regulación de la modificación de los miembros de la UTE tras formalización (art. 69.9): si la modificación supone un aumento/disminución/sustitución de empresas, necesaria autorización previa + 20% importe o quinta parte del plazo en caso de concesión y mantener la solvencia y clasificación; en caso de operación societaria, se mantiene si la beneficiaria interna o externa mantiene la solvencia y clasificación exigida; si alguna es declarada en concurso, el contrato continua con el resto siempre que cumplan solvencia y clasificación exigida.
- **Prohibiciones de contratar** (arts. 71 y 72):
 - Precisión de las mismas (haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, no contar con plan igualdad, falsedad en declaración responsable, etc.).
 - Eximentes: salvo en delitos del artículos 71.1.a) LCSP, posibilidad de no declarar la prohibición o revisarla cuando tenga origen en una sentencia o resolución administrativa y se acredite: (i) el cumplimiento de los compromisos de pago fijados y (ii) la adopción de las medidas establecidas por la sanción penal o administrativa (*self cleaning*) -art. 72.5 LCSP-; las prohibiciones por sanciones administrativas firmes en subvenciones y tributos no aplican si se cumplen obligaciones de pago.

8. Capacidad, solvencia, clasificación y prohibiciones de contratar (III)

- **Solvencia y clasificación:**
 - Simplificación. Relevancia de la presentación declaración responsable (art 140), según formulario del Documento Europeo Único del Reglamento 2016/7 Comisión: constitución/objeto; clasificación/solvencia; no prohibición; correo electrónico “habilitado”, en su caso; requisitos adicionales en restringidos, negociados, diálogos competitivos y asociación para innovación.
 - Documentos justificativos: en caso de dudas razonables y, en todo caso, antes de adjudicar (relevancia Reg.Ofic.Lic.Empr.Clasif.- ROLEC).
 - Advertencia sobre proporcionalidad (para no limitar concurrencia PYMES) de requisitos mínimos de solvencia y clasificación.
 - Se mantiene la acreditación con medios externos, pero regulación más detallada:
 - Demostrar que la empresa externa no esté incurso en prohibición de contratar (75.1)
 - Demostrar disponibilidad de recursos mediante compromiso escrito entidades externas (75.2), en dudas o tras la propuesta de adjudicación (150.2)
 - Presentación de declaración responsable según formulario DEU también por empresa externa (140.1.c)

8. Capacidad, solvencia, clasificación y prohibiciones de contratar (IV)

- Respecto a los criterios relativos a “títulos de estudios y profesionales” y la “experiencia profesional”, sólo cabe mediante medios externos si la empresa externa va a ejecutarlo (75.1).
- Para la acreditación de solvencia económica y financiera, puede exigirse responsabilidad conjunta e incluso solidaria (art.75.3).
- Concesiones: (i) cuando se identifiquen sucesivas fases en su ejecución que requieran medios y capacidades distintas, los pliegos pueden diferenciar requisitos solvencia distintos para cada fase, que se acreditarán antes del inicio de cada una (86.3); (ii) cuando haya inversiones relevantes, posibilidad de medios de solvencia económico y financiera alternativos, siempre que aseguren los fondos necesarios (87.1.d)
- Solvencia económica: (i) periodo medio de pago a proveedores como condición adicional cuando no se presente cuentas de PyG abreviadas (art 87.1.c); (ii) exigencia de que sea proporcional para permitir participación PYMES (87.4)
- Solvencia técnica (arts. 88 y ss.): cuando se trata de sociedades de reciente creación (5 años), la acreditación de la relación de contratos ejecutados en los últimos 5 años se exonera cuando se trate de contratos de obra < 500.000€ y en suministro y servicios no SARA (arts. 88.2, 89.1.h y 90.4).
- Clasificación obligatoria sólo para contratos de obras igual o superior 500.000 € (art. 77.1 a). Servicios no obligatoria (art. 77.1 b).

9. Valoración de las ofertas

9. Valoración de las ofertas (I)

- **Terminología adjudicación:** oferta “*económicamente más ventajosa*” vs la de mejor “calidad-precio”.
- En principio, la valoración debe realizarse conforme a una **pluralidad de criterios cualitativos y económicos** (y en todo caso, en los contratos enumerados en el art. 145.3 - p.ej.; concesión de obras y concesión de servicios, y contratos de suministros y servicios en general, salvo que el producto o prestación estén perfectamente definidos y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones-).
- **Criterios cualitativos**
 - Vinculados al objeto del contrato (prestaciones a realizar), objetivos y garantizando competencia efectiva
 - Nuevos criterios cualitativos medioambientales (medidas de ahorro/eficiencia energética) y sociales (integración discapacitados o personas en riesgo de exclusión social/planes de igualdad/conciliación).
 - Posibilidad de valorar (i) organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato; (ii) servicio postventa, (iii) condiciones de entrega, y (iv) compromisos de recambios y seguridad de suministro.
 - Umbral mínimo del 50% para continuar en procedimientos articulados en varias fases.

9. Valoración de las ofertas (II)

- **Criterios económicos**
 - Acompañando a los criterios cualitativos y relacionados con los costes.
 - Criterios: precio o criterio basado en la rentabilidad (preferiblemente “*coste del ciclo de vida*” art. 148)
- **Utilización de los criterios**
 - Cuando solo un criterio: relacionado con los costes (el precio o un criterio basado en la rentabilidad).
 - Si varios criterios, preponderancia de los valorables mediante fórmulas (y se remarca la necesidad de su aplicación tras la evaluación de los criterios sometidos a juicios de valor).
- **Criterios -sociales- de desempate en pliegos** (% trabajadores discapacitados, empresas inserción).
- **Mejoras** (art 145.7): no podrán asignárseles un valor como criterio de adjudicación superior al 2,5% del total.
- **Ofertas anormalmente bajas** (art. 149): procedimiento similar al actual, pero obligación de rechazar aquellas que no cumplan con la normativa de subcontratación o con obligaciones aplicables en materia medioambiental, social y laboral. En adjudicaciones de este tipo, el órgano de contratación pueda establecer mecanismos adecuados de seguimiento.

9. Valoración de las ofertas (II)

- **“Coste del ciclo de vida” (criterios económicos).**
 - Coste del ciclo de la vida (67 Directiva y 148 LCSP 2017). Conjunto de fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante la existencia de un producto, obra o servicio, y en todo caso: (i) la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, (ii) la fabricación o producción, (iii) la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, (iv) el transporte, (v) la utilización y (vi) el mantenimiento, (vii) la adquisición de las materias primas necesarias y (viii) la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización.
 - Permite seleccionar aquellas adquisiciones que resulten más rentables porque conllevan un menor consumo a lo largo de su vida útil: especialmente interesante para la adquisición de activos en el que los recursos son mayores en la utilización y mantenimiento que en la adquisición.
 - Determinación: la totalidad o parte de los costes incurridos a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra: (i) costes sufragados por el órgano de contratación o usuarios (adquisición, mantenimiento, reciclado, etc.) y (ii) costes imputados a externalidades medioambientales, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse (coste de las emisiones de gases de efecto invernadero, otros costes de mitigación del cambio climático, etc.).
 - Información en los pliegos: Cuando se utilice, se indicará en los pliegos los datos que deben facilitarse a los licitadores, así como el método que aquellos utilizarán para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos.

9. Valoración de las ofertas (IV)

- Mesa de contratación:
 - “Órgano de asistencia técnica especializada” (art 326) supone una profesionalización que implica que:
 - En ningún caso pueden formar parte ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual (salvo insuficiencia acreditada de funcionarios de carrera).
 - Tampoco el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate.
 - Miembros nombrados por el órgano de contratación y composición publicada en el perfil de contratante
 - Obligatoria para AAPP salvo en tres casos que es potestativa (art. 326): (i) procedimiento abierto súper-simplificado; (ii) negociado sin publicidad si no imperiosa urgencia art. 168.b.1º -en ese caso sí-; (iii) competencia de contratar corresponde a una Junta de Contratación
 - Calificarán la documentación, valorarán los criterios de adjudicación, cuando proceda seleccionarán candidatos y propondrán calificación de ofertas como anormalmente bajas y la adjudicación del contrato.

9. Valoración de las ofertas (V)

- Posible sustitución por un comité de expertos, que procede en los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por AAPP, cuando criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática -art. 146.2-
- Mesa especial en procedimientos de diálogo competitivo o de asociación para la innovación que se tramiten por AAPP (incorporación de personas especialmente cualificadas en la materia designadas por el órgano de contratación)

10. Apuntes relativos a la fase de ejecución del contrato

Subcontratación (I)

- Se matiza la regulación sobre los límites porcentuales a la subcontratación:
 - Regla general: se podrá concertar con terceros la realización parcial con sujeción a los pliegos. Se elimina la regla de que en caso de no fijarse límite en pliego, el 60% del importe de adjudicación
 - Reglas especiales:
 - Contratos secretos/reservados/con medidas seguridad especiales: autorización para subcontratar
 - Pueden establecerse “tareas críticas” justificadas que no puedan subcontratarse
 - La limitación a la subcontratación no podrá suponer una restricción efectiva a la competencia
- Con carácter general, los subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Adm. contratante (215.8). Pero posibilidad de que los pliegos prevean pagos directos a los subcontratistas (DA 51)

Subcontratación (II)

- Obligación para los subcontratistas de presentar facturas electrónicas a los contratistas a partir de contratos de cuantía superior a 5.000 euros (art. 216.5)
- Se establece la irrenunciabilidad de los derechos de cobro del subcontratista (art. 216.6)
- Se prevén actuaciones de comprobación y control del estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios hacen a sus subcontratistas o suministradores (es una potestad pero obligatorio para determinados contratos ex art. 217 -obras y servicios de más de 5M o subcontratación superior a 30%)
- Las obligaciones impuestas se consideran condiciones especiales de ejecución cuyo incumplimiento permitirá también la imposición de penalidades (art. 217.1)

Otras cuestiones de interés en Fase de ejecución y extinción (I)

- **Obligaciones de supervisión y condiciones especiales de ejecución**
 - Órganos de contratación: garantizar que en la ejecución de los contratos se cumplen obligaciones en materia medioambiental, social o laboral y en particular de los convenios internacionales del Anexo V
 - Pliegos: obligatorio el establecimiento de al menos una de las condiciones especiales de ejecución que se enumeran en el artículo 202. Exigidas igualmente a subcontratistas
 - Consecuencias: pliegos podrán establecer penalidades o atribuirles carácter de obligación contractual esencial

Otras cuestiones de interés en Fase de ejecución y extinción (II)

- Cesión de los contratos: obligación de regulación en los Pliegos; regulación de cambios de control en sociedades; carácter reglado; silencio positivo
- Novedades en causas de resolución
 - Generales: declaración en concurso (no referencia inicio fase de liquidación), modificación superior al 20% sin conformidad del contratista; impago salarios de trabajadores que estuviesen participando o incumplimiento de condiciones de convenio en vigor.
 - Rescate en concesiones/servicios públicos, acreditar gestión directa más eficaz y eficiente.
- Suspensión del contrato. Artículo 202. Regulación detallada de las partidas indemnizables.

11. Modificación de los contratos

11. Modificación de los contratos (I)

- **Ámbito de aplicación diferente al TRLCSP**
 - Propuesta: sujeción limitada a AAPP
 - Consejo de Estado: no planteó problemas con dicho ámbito de aplicación
 - Regulación final: los PA no AP también están sujetos, en determinados aspectos a las restricciones de modificación de los contratos (arts. 203 a 205); el SP no PA no está sujeto
- **Publicación:** obligación en perfil de contratante y en los SARA también en el DOUE si AP
- **Recurso especial:** pueden ser objeto de recurso especial

11. Modificación de los contratos (II)

- Dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de CCAA: aumento del porcentaje para la emisión, ahora se exige que la modificación implique una alteración de la cuantía superior al 20% del precio inicial superior a 6 MM €, ex art. 191.3 y 319.1 (antes era del 10%, ex art. 211 TRLCAP)
- Supuestos: se mantiene la distinción entre previstas pliegos y no previstas en el pliego
- Causas previstas en el PCAP (art. 204)
 - Se limitan las modificaciones hasta un máximo del 20% del precio inicial.
 - La cláusula debe estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca, precisando: (i) alcance, límites y naturaleza; (ii) circunstancias objetivas que permiten su uso; (iii) procedimiento; y (iv) la imposibilidad de establecer nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.
 - No pueden alterar la “*naturaleza global*” del contrato: esto es, sustituir las obras/suministros/servicios por otros diferentes o modificar el tipo de contrato. Se admiten sustituciones puntuales.

11. Modificación de los contratos (III)

- Causas no previstas por los pliegos (art. 205): sólo modificaciones estrictamente esenciales :
 - Cuando deviniera necesario añadir obras/suministros/ servicios adicionales, y:
 - Que el cambio de contratista no sea posible por razones técnicas o económicas (incompatibilidades, aumento sustancial de coste).
 - Que la alteración de la cuantía no exceda del 50% del precio inicial, IVA excl., aislada o conjuntamente.
 - Cuando la necesidad se derive de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de licitación y:
 - Que la necesidad no se hubiera podido prever por una Administración diligente.
 - Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.
 - Que implique una alteración de la cuantía que no exceda del 50% del precio inicial IVA excluido, aislada o conjuntamente.

11. Modificación de los contratos (IV)

- Cuando las modificaciones no sean sustanciales y no dé resultado a un contrato materialmente diferente y se justifique especialmente. Es sustancial por ejemplo:
 - (i) atracción candidatos distintos/más participante/aceptación de otra oferta; cambio de clasificación
 - (ii) alteración equilibrio económico a favor del contratista (p.e. unidades de obra de más 50% presupuesto inicial); o
 - (iii) ampliación del objeto con un valor superior al 15% en contrato de obras o del 10% en contrato de servicios, o coincidente con otro contrato o futuro con expediente iniciado
- Modificaciones obligatorias: (i) se prevé que únicamente lo sean aquellas no previstas por los pliegos y que no supongan una alteración superior al 20% del precio inicial contrato; (ii) no aplicable a los PANAP; penalización por rechazo del contratista (iv) aunque no se diga en el artículo 206, las previstas en los pliegos, en principio, también serían obligatorias salvo que el pliego contemple que no.
- Revisión de precios: conforme a lo dispuesto en Ley 2/2015 sobre desindexación y en el RD 55/2017. En vez de IPC, conforme al Índice de Garantía de la Competitividad elaborado por el Instituto Nacional de Estadística

MUCHAS GRACIAS

GARRIGUES

www.garrigues.com