



Barcelona, a 12 de marzo de 2018

Distinguido Cliente:

El objeto de la presente nota es informarle con respecto a las novedades de la Ley 9/2017, del 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la cual se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2017/24/UE, del 26 de febrero de 2014, que entró en vigor el 9 de marzo de 2018.

CUESTIONES GENERALES:

Esta nueva Ley apuesta por la contratación electrónica y la simplificación de los trámites, prioriza el ciclo de vida como criterio de adjudicación y refuerza los principios generales (eficiencia, transparencia, publicidad, integridad, igualdad de trato, proporcionalidad y no discriminación). Producirá efectos (i) sobre los expedientes iniciados después de su entrada en vigor y (ii) sobre los iniciados antes de la entrada en vigor, pero adjudicados después, con relación a efectos, cumplimiento, extinción, modificación, duración y régimen de prórrogas. El ámbito subjetivo se amplía a partidos políticos y organizaciones sindicales y empresariales, y asociaciones y fundaciones vinculadas, cuando su financiamiento sea mayoritariamente público y se trate de contratos sujetos a regulación armonizada (SARA).

PRINCIPALES NOVEDADES:

ASPECTOS GENERALES DE LA LEY.

a) **Se actualizan los umbrales de los contratos SARA** (arts. 19-23 LCSP), a raíz de la Orden HFP/1298/2017, del 26 de diciembre, por la cual se publican los límites de los diferentes tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018, modificando el texto original de la LCSP publicado el 8 de noviembre de 2017:

Tipo ¹	Umbral
Contratos de servicios y suministros adjudicados por la Administración	VEC ² ≥ 144.000€

¹También tendrán la consideración de contratos SARA los contratos subvencionados descritos en el art. 23 LCSP.

² Valor estimado del contrato.



General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social (Art. 21.1.a y 22.1.a)	
El resto de contratos de servicios y suministros (Art. 21.1.b, 22.1.b y 23.1.b)	VEC ≥ 221.000€
Contrato de servicios sociales + servicios específicos (anexo IV) (Art. 22.1.c)	VEC ≥ 750.000€
Contratos de obras, concesión de obras y concesión de servicios (Art. 20.1 y 23.1.a)	VEC ≥ 5.548.000€

Con relación a los contratos que se adjudiquen en lotes separados, cuando la suma de su VEC iguale o supere los umbrales indicados en el cuadro anterior, todos ellos quedarán sujetos a la regulación armonizada, *excepto* que los órganos de contratación acuerden excluir los que cumplan los requisitos de los art. 21.2 y 22.2 LCSP.

b) Con la finalidad de facilitar el acceso de las PYMES, **la lotización se convierte en la regla general** (art. 99.4 LCSP). Con carácter general se deberá fraccionar el objeto del contrato en lotes, de manera que, en el caso de que se opte por no dividirse en lotes, se deberá justificar en el propio expediente de contratación.

c) Otra medida para fomentar la participación de las PYMES es **la declaración responsable** (art. 141 LCSP). La documentación a entregar se reduce a la declaración responsable como medio de acreditación de los requisitos para poder contratar. Ésta deberá ajustarse al formulario "Documento europeo único de contratación" (DEUC), que consiste en una declaración de la situación financiera, las capacidades y la idoneidad de las empresas contratantes.

d) El **método de cálculo del valor estimado del contrato (VEC)** se basa en el importe total sin IVA (contratos de obras, servicios y suministros) y en el importe neto de la cifra de negocios sin IVA más las rentas procedentes de tasas y multas; los subsidios y ventajas financieras, entre otros (contrato de concesión de obras y servicios). Además, en todos los casos, como mínimo también deberán tenerse en cuenta los costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial (art. 101 LCSP).

e) **La duración máxima de los contratos** (art. 29 LCSP) **de servicios sucesivos, suministro y arrendamientos de bienes muebles** se establece en 5 años, prórrogas incluidas. En los contratos de servicios, excepcionalmente se puede prever un plazo superior si lo exige el periodo de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato, o si tratándose de servicios a personas, lo exige la continuidad de los tratamientos y el cambio pudiera perjudicarlo. En **las concesiones de obras y de servicios** el plazo es el mismo, pudiéndose ampliar un máximo de



un 15% para restablecer el equilibrio económico (arts. 270 y 290 LCSP), e incluso (i) 40 años si comprende la ejecución de las obras y la explotación del servicio, (ii) 25 años si comprende la explotación de un servicio no sanitario, o (iii) 10 años si comprende la explotación de un servicio sanitario (cuando no hay ejecución de las obras). Los **contratos menores** no podrán ser superiores a 1 año, no admitiéndose prórrogas.

f) El que hasta ahora se regulaba a través de las encomiendas de gestión pasa a regularse mediante los **encargos de gestión a medios propios**, basados en una relación especial entre entes, la naturaleza de la cual podría ser objeto de licitación, pero sin la necesidad de seguir un procedimiento de contratación pública. Se busca ampliar las exigencias que han de cumplir los medios propios y así evitar malas praxis que pretendan eludir la convocatoria de licitaciones, distorsionando el principio de libre competencia. **Se considerará medio propio la entidad que reúna los requisitos de los artículos 32 y 33 LCSP**. Será obligatorio actualizar la información del Perfil del Contratante sobre el medio propio y los encargos formalizados en aquellos casos en que el VEC > 50.000€ (IVA excluido), y trimestralmente aquellos con VEC > 5.000€

g) Se unifica la publicación de las licitaciones en la **Plataforma de Contratos del Sector Público** <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>, y se apuesta por el uso de los medios electrónicos a la presentación de ofertas, solicitudes de participación y notificaciones de adjudicación, entre otras comunicaciones (art. 151 y Disp. adicional 15º LCSP).

h) El **Perfil del Contratante** se convierte en uno de los ejes centrales de la transparencia y acceso público del proceso de contratación, facilitando el acceso a la información, y deberá contener, como mínimo, lo previsto en el artículo 63 LCSP. La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante que corresponda será causa de la nulidad de pleno derecho.

i) Las causas de impugnación que hasta ahora se gestionaban mediante la cuestión de nulidad, se regularán mediante el **recurso especial en materia de contratación** (arts. 44 - 60 LCSP), que es directo (no requiere recurso administrativo previo) y gratuito. Destacar que (i) cambia el ámbito cuantitativo del recurso por los contratos de obra, concesiones de obras y servicios (VEC>3.000.000€) y por los contratos de suministro y servicios (VEC>100.000€); (ii) se amplía el ámbito objetivo, detallado en el artículo 44 LCSP; y (iii) se amplía la legitimación a las organizaciones sindicales cuando las decisiones o actuaciones a recorrer puedan implicar incumplimientos por parte del empresario sobre las obligaciones sociales o laborales de los trabajadores (Art. 48 LCSP).



Se prevé que los Ayuntamientos de grandes municipios y Diputaciones Provinciales puedan crear nuevos tribunales competentes para resolver el recurso especial (art. 46.4 LCSP). Además, el cómputo de la terminación de 15 días se basará en la fecha de publicación en el Perfil del Contratante (del anuncio de licitación o contenido de los pliegos según lo que se recurra) o de acceso a la documentación.

j) Se matizan algunas **prohibiciones de contratación** preexistentes (art. 71 LCSP) y se establecen de nuevas, como no cumplir con la obligación de disponer de un Plan de Igualdad (empresas de más de 250 trabajadores). En relación a la obligación de efectuar una declaración previa sobre la concurrencia de una prohibición, ésta no procederá cuando se acredite el pago o compromiso de pago de las multas o indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa, junto con la adopción de las medidas técnicas, organizativas y de personal correspondientes (art. 72.5 LSC), con excepción de los delitos descritos en el apartado a) del artículo 71.1.LCSP.

k) Se crea la **Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación** como entidad administrativa independiente adscrita al Ministerio de Hacienda que se encargará de velar por la correcta aplicación de la legislación y en particular promover la concurrencia y combatir las ilegalidades. A la vez, ésta estará formada por la **Oficina Nacional de Evaluación**, encargada de analizar la sostenibilidad financiera de las concesiones de obras y servicios.

PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

a) Con la finalidad de determinar los requisitos que se exigirán en el procedimiento, se introduce la posibilidad de que, antes de la licitación, los órganos de contratación realicen estudios de mercado o dirijan **consultas preliminares de mercado** a los operadores económicos activos en el sector, siempre respetando la competencia y los principios de no discriminación y transparencia (arts. 115 LCSP).

b) Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación (arts. 131 a 154 LCSP), éste deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, principalmente el **coste del ciclo de vida**. Se entiende por coste de vida de un producto, obra o servicio, las fases consecutivas o interrelacionadas que se suceden durante su existencia y hasta que se produzca su eliminación, desmantelamiento o se deje de utilizar, incluidos los costes sufragados por el órgano de contratación o por los usuarios y aquellos imputados a factores externos medioambientales (art. 148 LCSP). Los órganos de contratación, preferentemente, deberán calcular los costes mediante el criterio del ciclo de vida. En los pliegos se deberán hacer constar los datos que deberán facilitar los licitadores, junto con el método de cálculo.



c) Se sustituye el concepto "oferta económicamente más ventajosa" por el de **"mejor relación calidad-precio"** **donde se valorarán criterios económicos y cualitativos**. Con respecto a los cualitativos, los cuales siempre deberán ir acompañados de un criterio vinculado con los costes, destacamos (i) la calidad, valor técnico, características estéticas y funcionales, accesibilidad, diseño, características medioambientales, sociales e innovadoras, la comercialización y sus condiciones; (ii) la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato, siempre y cuando pueda afectar significativamente a su mejor ejecución; y (iii) el servicio postventa y asistencia técnica y las condiciones de entrega. En todo caso, deberá quedar justificado en el expediente la elección de las fórmulas de valoración.

d) **Se definen nuevos procedimientos de adjudicación** (arts. 131-187 LCSP):

Tipo	Aplicación	Particularidades
Procedimiento abierto simplificado (art. 159 LCSP)	Contrato de obras VEC \leq 2.000.000€, o Contratos de suministro y servicios VEC \leq 100.000€ y Que no incluyan como criterio un juicio de valor o bien que sea inferior al 25%, o del 45% en supuestos de ingeniería y arquitectura	Trámites simplificados y plazos más cortos; Documentación en un solo sobre; No se exige garantía provisional; Licitadores (no UE o EEE) inscritos en el Registro de Licitadores.
Procedimiento abierto súper simplificado (art. 159.6 LCSP)	Contrato de obras VEC $<$ 80.000€ o Contrato de suministro y servicios VEC $<$ 35.000€ Excepto que tengan carácter intelectual	Trámites aún más simplificados y plazos aún más cortos; Se exige acreditación solvencia; Valoración automatizada o con unidad técnica; No se exige garantía definitiva.
Procedimiento de asociación para la innovación	Supuestos que requieren llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo respecto a obras, servicios y productos innovadores para posterior adquisición por la Administración.	Después de convocar la licitación y presentar solicitudes de participación, el órgano de contratación



(art. 177-182 LCSP)		selecciona a los que pueden formular ofertas. El órgano de contratación crea una asociación de varios socios que realicen por separado investigación y desarrollo. Después de fases sucesivas, finaliza con la adquisición de suministros, servicios u obras resultantes.
Procedimiento de licitación con negociación (arts. 167 i 169 LCSP)	1.-Aplicable a los que requieren trabajo previo de diseño o adaptación. 2.-Prestación que incluya proyectos o soluciones innovadoras 3.-Concurran circunstancias que por su realización impliquen exigir la existencia de una negociación. 4.-No se puedan establecer previamente prescripciones técnicas. 5.-Procedimientos abiertos o negociados donde solamente haya ofertas irregulares o inaceptables. 6.-Servicios personalísimos vinculados a la atención social.	El procedimiento al que tendrán acceso los licitadores invitados dará lugar a una negociación de las terminaciones del contrato con los licitadores invitados, que se desarrollará en sucesivas fases selectivas.
Procedimiento negociado sin publicidad (arts. 168 - 170 LCSP)	1.- En cualquier tipo de contrato cuando: No se hayan presentado ofertas, no sean adecuadas o no haya solicitud de participación o no sea adecuada. Solamente lo pueda hacer un empresario determinado (art. 168.a.2º LCSP) Se declare secreto, reservado, con medidas especiales o por seguridad de Estado. 2.-Contratos de obras, suministro y servicios (arts. 168.b LCSP) 3.-Contratos de suministro (art. 168.c LCSP). 4.-Contratos de servicios (art. 168.d LCSP). 5.-Contratos de obras y servicios (arts. 168.e LCSP).	Lo mismo que el de licitación con negociación, en función de los participantes, exceptuando la publicidad previa.



e) El objetivo final de la **nueva regulación de los contratos menores** es que solamente se utilicen de forma verdaderamente excepcional (Art. 118 LCSP). Los umbrales bajan a 15.000€ (antes 18.000€) para suministros y servicios, y a 40.000€ (antes 50.000€) para obras; no pueden tener una duración superior a un año ni se pueden prorrogar.

Como novedad, ahora también se deberá justificar en el expediente de contratación (i) que no se ha alterado el objeto del contrato por evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y (ii) que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individualmente o conjuntamente superen los umbrales máximos citados. Quedan excluidos de este cómputo los supuestos del art. 168.a.2º LCSP.

Trimestralmente se deberá publicar la información relativa al objeto, duración, importe de adjudicación IVA incluido y la identidad del adjudicatario; excepto los contratos de VEC < 5.000€, siempre que el sistema de pago sea mediante anticipo de caja fija o similar.

EFFECTOS, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

a) Las **modificaciones contractuales** previstas expresamente en los pliegos no podrán superar el 20% del precio inicial, ni introducir nuevos precios unitarios no previstos, ni alterar la naturaleza global del contrato. Esto no será de aplicación a los contratistas en concurso.

En las modificaciones no previstas en los pliegos o que no se ajusten a lo previsto en el primer párrafo, se limitarán a introducir las variaciones indispensables para responder a la causa objetiva que las haga necesarias y acreditar la concurrencia de alguno de los supuestos recogidos en los arts. 203 al 207 LCSP.

Existe la obligación de publicar en el DOUE la modificación de los contratos SARA, y en el perfil del contratante la modificación de cualquier contrato durante los 5 días posteriores de su aprobación.

b) En la **sucesión del contratista**, se prevé que la empresa resultante comunique al órgano de contratación la circunstancia que haya motivado el cambio. La nueva empresa tiene la obligación de conservar la garantía inicial aportada por la primera adjudicataria, la cual mantendrá su vigencia, hasta que ésta no sea sustituida.

c) Resaltar que la **cesión de los contratos** se contempla como una modificación subjetiva del contrato, por tanto, se restringe su utilización. Solo será posible cuando se prevea de manera



inequívoca en los pliegos, autorizada previamente y de forma expresa por el órgano de contratación y en la forma y condiciones del artículo 214 LCSP. Destacar también, que se autoriza por silencio positivo a los dos meses.

La **exigencia de solvencia al cesionario** será la que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato y tendrá que estar debidamente clasificado y sin estar sometido a ninguna prohibición.

En las concesiones (de obras o servicios) se incorpora el derecho del acreedor pignoraticio o hipotecario para solicitar la cesión a un tercero, siempre y cuando se haya previsto de forma expresa en los pliegos.

d) La posibilidad de **subcontratación** y eventuales limitaciones estará sujeta al contenido de los pliegos, y por tanto, se eliminan las limitaciones porcentuales y subcontratación de hasta un 50% del presupuesto del contrato. Se añade que se acredite que el subcontratista no está incurso en ninguna prohibición de subcontratar antes de la celebración del subcontrato.

El incumplimiento de las condiciones sobre subcontratación puede conllevar penalización y la resolución del contrato. También queda reforzada la garantía del pago del precio por parte del contratista a subcontratistas y suministradores en los términos del art. 216 LCSP.

Se incluyen medidas para fomentar un mayor control sobre los pagos a los subcontratistas o suministradores por parte de las AAPP y el resto de los entes públicos contratantes (art. 217 LCSP), siendo de carácter obligatorio en los contratos de obras y servicios con VEC > 5.000.000€ y en los cuales el importe de la subcontratación sea igual o superior al 30%.

e) Se podrán establecer **cláusulas sociales y medioambientales** como criterios de adjudicación cualitativos para evaluar la mejor relación calidad - precio de las ofertas. Se establece la novedad de que el órgano de contratación incluya en los pliegos al menos una condición especial de tipo ambiental, social o laboral de las que se describen en el art. 202 LCSP. El incumplimiento podrá comportar una penalización si así se prevé en los pliegos.

Finalmente, también se considerará causa de resolución de los contratos el impago de los salarios de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato o incumplimiento de las condiciones establecidas en el convenio colectivo (arts. 211.1.i LCSP).



CONCESIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS.

a) En relación con las **actuaciones preparatorias del Contrato de concesión de obras**, hay que destacar que el estudio de viabilidad, art. 247 LCSP, deberá incluir, al menos, los datos, análisis, informes, o estudios, que procedan según establece en su punto 2 el citado artículo. En su punto 5, se determina qué ocurre cuando el licitador resulta otorgante y cuando no lo resulta.

En cuanto al **régimen económico financiero**, el derecho de retribución del concesionario se vehicula a través del abono de una tarifa (art. 267 LSCP), la cual tendrá la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario.

Tendrá que mantener un equilibrio económico (art. 270 LCSP) de acuerdo con los términos de la adjudicación. Los supuestos en los cuales se tendrá que restablecer el equilibrio en beneficio de la parte que corresponda, los recoge el citado artículo. El mencionado derecho al restablecimiento del equilibrio económico quedará excluido en caso de que se incumpla alguna de las previsiones de la demanda recogida en los estudios realizados por alguna de las partes contratantes.

Respecto al **derecho de desistimiento del concesionario** (art. 270.4 LCSP), lo podrá ejercer cuando el contrato resulte extraordinariamente oneroso como consecuencia de las circunstancias que recoge el mencionado artículo.

En cuanto a los efectos de la resolución anticipada (art. 280 LCSP), se deberá diferenciar entre:

- Causas imputables a la Administración contratante
- Causas no imputables a la Administración contratante

Una de las causas de resolución es el **rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación**. Para que la declaración unilateral del órgano competente sea válida, tiene que estar motivada por razones de interés público, que la explotación pase a gestionarse de forma directa y se acredite que esta gestión sea más eficaz y eficiente.

Destacar que el rescate se aplicará a partir de la entrada en vigor de la nueva LCSP (disposición transitoria primera, apartado 3 LCSP).



b) El contrato que hasta ahora se calificaba como una gestión de servicios públicos³ (y sus diferentes subtipos) se sustituye por la **concesión de servicios**, los cuales ya no han de ser necesariamente de un servicio público.

La diferencia entre la concesión y el contrato de servicios se encuentra en la existencia de un riesgo operacional de carácter económico, que en el caso de las concesiones recae sobre el contratante. El concepto de "riesgo operacional" es similar al concepto de "riesgo y ventura" regulado hasta ahora, y puede ser de demanda (sujeto a la variación de la demanda) o de suministro (sujeto a que la prestación no se ajuste a la demanda).

Destacar que la regulación de las concesiones de obras se aplicará supletoriamente a las concesiones de servicios en todo aquello que no les regule directamente (art. 297 LCSP).

La característica principal de este contrato, como se ha comentado en apartados anteriores, es la transferencia del riesgo operacional de carácter económico al concesionario.

Como también se ha citado anteriormente, la concesión no está vinculada únicamente a servicios públicos, ahora bien, en el caso que así sea, habrá que atenerse a lo que establecen los arts. 284 al 294 LCSP.

En cuanto al **régimen económico financiero**, el concesionario tendrá derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato incluida una retribución fijada en función de su utilización (art. 289 LCSP). Estas también tendrán la consideración de tarifa cuando estén vinculadas a un servicio público (disposición adicional cuadragésimo-tercera LCSP), por tanto, en el resto de los casos tendrán la consideración de precios privados.

Paralelamente, y si así se ha pactado en los pliegos, el concesionario tendrá que abonar un canon o participación a la Administración.

PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

a) En las **entidades que tienen la consideración de poder adjudicador**, los contratos sujetos a regulación armonizada se regirán por las normas aplicables a los contratos adjudicados por las

³Disposición adicional trigésimo-cuarta LCSP: "Las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas, después de la entrada en vigor de la nueva LCSP, al contrato de concesión de servicios, en la medida en la que se adecuen a lo que se regula por este contrato a la nueva LCSP."



AAPP (es decir la LCSP y las Leyes de sectores especiales), mientras que los contratos no sujetos a regulación armonizada que no superen los importes de esta tabla podrán adjudicarse de forma directa

Contratos de obra y Concesiones de obras y servicios	Contratos de suministro y servicios
VEC < 40.000€	VEC < 15.000€

El resto de contratos no sujetos a regulación armonizada que superen estos valores, se registrarán por cualquiera de los procedimientos establecidos por la LCSP como si se tratara de una Administración Pública indistintamente (preparación y adjudicación), con la particularidad que quedará a su elección el procedimiento a aplicar en cada caso (excepto el negociado sin publicidad)

Destacar que desaparece la obligación de elaborar unas Instrucciones Internas de Contratación (IIC) en relación a la contratación no armonizada (art. 318.a LCSP)

b) Las **entidades del sector público que no tienen la condición de poder adjudicador** mantienen la obligación de elaborar las IIC, las cuales se tendrán que adaptar en un plazo máximo de 4 meses desde la entrada en vigor de la LCSP, siempre y cuando no contradigan lo previsto por nueva ley.

Además de los profesionales que habitualmente colaboran con su empresa, **Eduard Casanovas y Gabriel Ribó** están a su disposición para cualquier aclaración o ampliación al contenido de la presente circular.

Atentamente
AUDICONSULTORES

La presente Circular tiene como única y exclusiva pretensión la de facilitar a sus destinatarios una selección de contenidos de información general sobre novedades o cuestiones de carácter laboral, tributario o jurídico, sin que esto pueda constituir **asesoramiento** profesional de ningún tipo ni pueda ser suficiente para la toma de decisiones personales o empresariales.
© 2018 "AudiconsultoresAdvocats i Economistes, S.L.P.". Todos los derechos reservados.