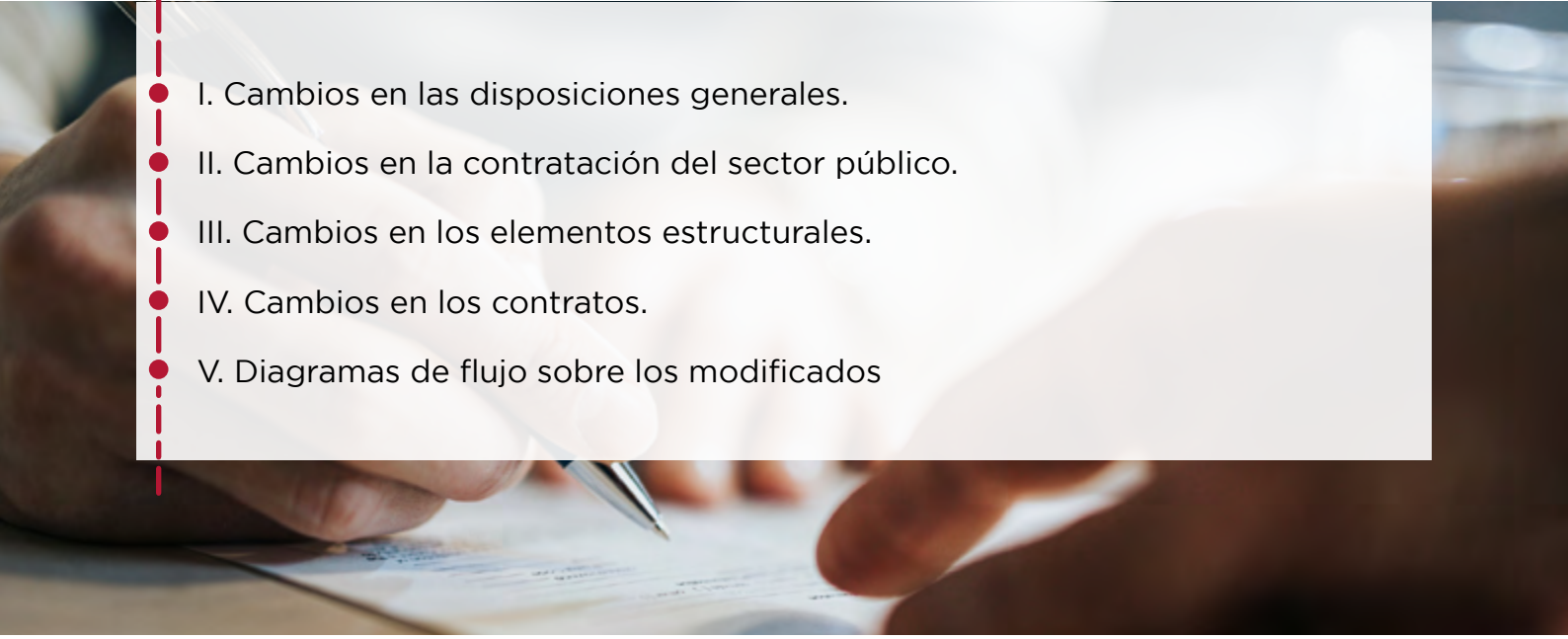
Resumen práctico de cambios en la **ley de contratos** del **sector público**

Autor:
Jaime Pintos Santiago
Abogado-Consultor especialista en contratación pública
Director del Título Próprio de Especialista en Contratos Públicos de la UDIMA
Funcionario de Carrera del Cuerpo Superior Jurídico, en excedencia



udima
UNIVERSIDAD A DISTANCIA DE MADRID



- I. Cambios en las disposiciones generales.
- II. Cambios en la contratación del sector público.
- III. Cambios en los elementos estructurales.
- IV. Cambios en los contratos.
- V. Diagramas de flujo sobre los modificados

I. CAMBIOS EN LAS DISPOSICIONES GENERALES

Omitiendo el Preámbulo, debemos empezar por el artículo 1: en él encontramos como novedad el **principio de integridad** y también hallamos un *novedoso* apartado tercero que recoge la obligatoriedad de incorporar de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, así como de facilitar el acceso a la contratación pública a las pequeñas y medianas empresas y a las empresas de economía social[1].

El artículo 2, nos define por primera vez qué entender por **contratos onerosos** a los efectos de la LCSP. Nos encontramos igualmente con una referencia expresa al **vocabulario común de contratos** a efectos de identificar las prestaciones que son objeto del contrato[2].

El artículo 3, en él seguimos encontrando los tres círculos concéntricos que conforman el Sector Público, los poderes adjudicadores y la Administración

1 Ironizo en lo de novedoso porque de esta cuestión ya hablaba hace algún tiempo en trabajos anteriores y de manera solitaria en el panorama nacional, véase por todos PINTOS SANTIAGO, J., *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, Editorial INAP, Colección Monografías, Madrid, 2017, págs. 343-345. ISBN: 9788473515818.

2 Véase RUIZ DE CASTAÑEDA, A., "*La nomenclatura CPV en la contratación*", en AA.VV Administración Local. Estudios en homenaje a Ángel Ballesteros, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2011.

Pública. Ampliando el **ámbito subjetivo** a los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las empresariales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, siempre que se cumplan determinadas circunstancias como que su financiación sea mayoritariamente pública y respecto de los contratos sometidos a regulación armonizada. Lo que en la práctica vuelve a suponer en gran medida una huida de los principios, normas y procedimientos más rigoristas propios de la contratación pública. Así por ejemplo, los contratos que tengan por objeto la realización de campañas políticas, no seguirán las normas de la nueva Ley.

Los artículos 4 a 11 LCSP regulan **los negocios excluidos**, ampliándose su ámbito con respecto a la regulación anterior. Recogiendo así el artículo 4 el régimen aplicable a los negocios jurídicos excluidos y el resto de artículos los negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito de la Defensa y de la Seguridad; el caso de los convenios y encomiendas de gestión[3]; en el ámbito internacional; en el ámbito de la investigación, el desarrollo y la innovación; las relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial; o en el ámbito financiero, entre otros.

En cuanto a la **delimitación y calificación de los tipos contractuales** la encontramos en los artículos 12 a 18, de los que se puede destacar de forma sintetizada la desaparición del contrato de colaboración entre el Sector Público y privado, así como la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos. Lo que también trae como consecuencia que las principales novedades vengan de la mano del contrato de concesión, apareciendo la figura de la concesión de servicios que se añade a la ya existente concesión de obras públicas, cuyo denominador común se convierte ahora en la necesaria traslación del riesgo operacional al contratista, *conditio sine qua non* para que exista concesión.

Otra de las novedades se encuentra en el nuevo régimen jurídico del **contrato mixto** en la que se distingue entre la preparación y adjudicación del contrato. En lo referido a la preparación y adjudicación, la regla general es que al contrato mixto se le aplican, según los casos, las normas del contrato cuya prestación sea la principal o cuyo valor estimado sea más elevado. En cuanto a los efectos y extinción, la LCSP hace remisión a lo establecido en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas.

[3] Véase mi trabajo "¿Por qué le llaman convenios administrativos cuando quieren decir contratos públicos y viceversa? Distinción entre estas figuras y otras afines", *Revista Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, núm. 103, ene-feb 2016, págs. 175-194.



De entre todas las cuestiones que se recogen como novedosas de los contratos típicos me parece reseñable poner de relieve que dentro de la tipificación del contrato de suministros (art. 16) se incluyen ahora los contratos que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada; en el contrato de servicios (art. 17) incluye "*aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario*".

Por su parte los **contratos sujetos a regulación armonizada** (SARA), se regulan en los art 19 a 23 de la LCSP. Seguimos por tanto encontrando en la nueva Ley esta dicotomía sobre contratos SARA y no SARA, entre los que encontramos como novedades la ampliación de la enumeración que realiza la Ley del ámbito de los contratos no SARA, la aparición de la concesiones de servicios SARA y la regulación de los contratos que conlleven servicios a la ciudadanía con un umbral diferenciados del resto de 750.000 .

Por último y cerrando este título preliminar encontramos otra dicotomía propia de nuestro sistema normativo y ajena por ejemplo al Derecho anglosajón, la **diferenciación entre contratos administrativos y contratos privados**, regulada en los artículos 24 a 27 de la LCSP. De toda esta sección merece ser destacado el régimen aplicable a los fueros, algo siempre confuso y en lo que se ha logrado la deseada unidad de fuero para las fases de preparación y adjudicación, sin obviar que la regulación del régimen jurídico de los contratos privados (art. 20) ha sido mejorada con respecto a la regulación anterior.

De este modo respecto de la **jurisdicción competente** (art. 27) podemos resumir del siguiente modo, teniendo en cuenta que siempre me referiré a las cuestiones litigiosas que puedan derivarse de 1. la preparación y adjudicación; 2. la modificación y 3. la extinción:



- Contratos administrativos: en todo caso Jurisdicción contencioso-administrativa (C-A).
- Contratos privados de las AAPP; contratos subvencionados y contratos celebrados por los poderes adjudicadores no AAPP: 1 y 2 Jurisdicción C-A y 3 Jurisdicción civil.
- Contratos de entidades del Sector Público que no sean poderes adjudicadores: 1 Jurisdicción C-A; 2 y 3 Jurisdicción civil.

Asimismo, los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los tribunales administrativos de recursos contractuales son competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa y cuestiones litigiosas derivadas de la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios corresponderá por regla general a la Jurisdicción civil.

II. CAMBIOS EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

En su título I encontramos respecto de la **racionalidad y consistencia de la contratación** del sector público tres conceptos claves (art. 28): la necesidad, la idoneidad y la eficiencia, con una importante novedad además y es que "*Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada*".



Respecto de la **duración de los contratos** cambian plazos y condiciones de prórroga. Así se recoge la obligatoriedad de la prórroga para el contratista si la misma es advertida con un preaviso de al menos dos meses de antelación a la fina-

lización del plazo de duración del contrato. En lo referente a la duración se recoge, con excepciones, un plazo de duración de los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva de cinco años incluyendo las posibles prórrogas. Del mismo que se establecen cinco años (salvo el tiempo que se calcule razonable para el concesionario pueda recuperar las inversiones), para los contratos de concesión de obras y servicios. Por lo demás no existen cambios en los contratos menores y se contempla igualmente plazos de 40, 25 y 10 años para determinados contratos de concesión de obras o servicios. También se contempla un plazo de duración subjetiva (en función de las necesidades de los usuarios) para los contratos de servicios relativos a los servicios a las personas.

No obstante, hay una importantísima novedad y es que cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario. Lo que entendido *a sensu contrario* significa que si esas premisas no se dan, no se podrá prorrogar estos contratos.

Hay una importantísima novedad y es que cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato por un periodo máximo de nueve meses.

El artículo 30 nos habla como novedad de "**medios propios no personificados**" subiendo el límite cuantitativo de la contratación con colaboradores hasta el 60 por ciento del importe total del proyecto.

Los preceptos 31 a 33 recogen la **potestad de auto organización y la utilización de medios propios a través de encargos de gestión**. Distinguiendo para el conjunto del Sector Público, en el primer caso, entre los sistemas de cooperación pública vertical (consistentes en el uso de medios propios personificados, conforme arts. 32 y 33) y horizontal (previa celebración de los correspondientes convenios).

Respecto de los medios propios se distingue entre aquéllos personificados y no personificados. En el primer caso se diferencia entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquel que se hubiera realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador, aumentando con respecto a la anterior regulación los requisitos, así por ejemplo la entidad que tenga el carácter de medio propio debe disponer de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad.

En el caso del encargo a medios propios realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador, se exige para ser medio propio una serie de requisitos, a saber: que el ente que hace el encargo ostente control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, sobre el ente destinatario del mismo; que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública; y que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo.

También existen novedades respecto del **contenido mínimo del contrato** (art. 35) y es que la definición del objeto y tipo del contrato, habrá de hacerse "*teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación*". También habrá de hacer referencia, en su caso, a los supuestos en que procede la modificación, así como a la obligación del contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución del contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación.

También hay variaciones importantes en el momento de **la perfección del contrato** y es que los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición (ver art. 36.3), se perfeccionan con su formalización. Sin embargo se perfeccionan con la adjudicación los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición.

Desaparece la **cuestión de nulidad**, aunque las causas de nulidad seguirán pudiéndose hacer valer a través del recurso especial en materia de contratación. Del mismo modo sigue vigente la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público y del recurso especial en materia de con-

tratación. Recogiéndose los supuestos de invalidez, las causas de nulidad y anulabilidad de Derecho Administrativo, la revisión de oficio y los efectos de la declaración de nulidad y anulabilidad en los arts. 38 a 42. Estableciéndose en el artículo 43 para las causas de invalidez de Derecho Civil la doctrina de la separación de actos a efectos del fuero aplicable.

En el **recurso especial** (arts. 44 y ss.) se introducen importantes modificaciones. Sigue siendo potestativo y gratuito, pero se amplía el objeto del recurso especial en materia de contratación (REMC) a modificados, encargos ilegales y a los rescates de las concesiones (art. 44). Por otro lado deja de estar ligado a los contratos SARA, vinculándose así a los tipos contractuales y a determinadas cuantías (valor estimado superior a 3.000.000 millones de euros para obras y concesiones; 100.000 euros para servicios y suministros). También aplicable en determinados casos a los acuerdo marco, los sistemas dinámicos de adquisición y los contratos administrativos especiales y también a los encargos de gestión cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando éste, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios. Se regula la posibilidad de creación de tribunales locales y provinciales (art. 46.4), lo que creará a mí entender una mayor dispersión de la doctrina consultiva que abocará en una mayor inseguridad jurídica (previsión que ya contempla la D.A.23 denotando la consciencia del legislador a este respecto). Se amplía asimismo la legitimación activa (art. 48) de manera que "*estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados*".

> **El recurso especial en materia de contratación deja de estar ligado a los contratos SARA, vinculándose así a los tipos contractuales y a determinadas cuantías (valor estimado superior a 3.000.000 millones de euros para obras y concesiones; 100.000 euros para servicios y suministros).**

Procedimentalmente encontramos algunas novedades en la tramitación del REMC. Así cuando el recurso se interponga en relación contra alguna modificación o contra un encargo a medio propio, se interpondrá desde el día siguiente

a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante. En todos los demás casos, desde el día siguiente al de la notificación. Sin embargo, cuando el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en el apartado 2, letras c), d), e) o f) del artículo 39, el plazo de interposición será el siguiente:

a) Treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en esta Ley, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.

b) En los restantes casos de nulidad, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato.

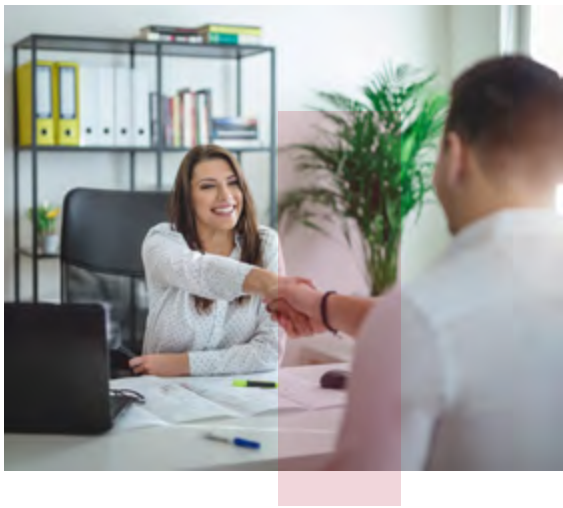
Destaca también, a diferencia de antes, la posibilidad de presentar el escrito de interposición en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Transcurridos dos meses contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo.

III. CAMBIOS EN LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES

La **lucha contra la corrupción y la prevención de conflictos de intereses** (art. 64) es una novedad intrínsecamente ligada al principio de integridad incluido por primera vez en el artículo 1 de la LCSP y que deriva igualmente de los artículos 16 y 24 de la Directiva 2014/24/UE. El Preámbulo de la Ley impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan sur-

gir en los procedimientos de licitación, mientras que el art. 64 añade que se hará con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

El responsable del contrato (art. 62) pasa de potestativo a obligatorio, ejerciendo sus facultades en el contrato de obras el director facultativo.



En lo que se refiere a la **capacidad para contratar** encontramos también novedades, veamos. Entre las condiciones de aptitud (art. 65) se pueden introducir ahora determinados requisitos relativos a su organización, el destino de sus beneficios, el sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación. Por otro lado, se incluyen con carácter general en varios preceptos la referencia a los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Siendo a mi juicio la novedad más importante la que se refiere a que para celebrar contratos de obras por las empresa no comunitarias ya no será necesario tener abierta sucursal en España, sino que será el pliego de cláusulas administrativas particulares el que podrá exigir tal circunstancia (art. 68).

En las **UTE** (art. 69) no encontramos demasiadas novedades, más allá de una referencia a la vigilancia y observancia de posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal (nada que no se hiciera hasta la fecha).

El artículo 70 recoge como novedad **las condiciones especiales de compatibilidad**, en las que se exige que el órgano de contratación tome las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas

que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia. Entre esas medidas se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.

En cuanto a las **prohibiciones de contratar** (art. 71) encontramos también algunas novedades, incorporando referencias explicitas a condicionamientos sociales como por ejemplo la recogida en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres respecto de la obligatoriedad de contar con planes de igualdad las empresas de más de 250 trabajadores.

En la **integración de la solvencia con medios externos** (art. 75) encontramos diferencias debidas a la incorporación del artículo 63 de la Directiva 2014/24, ya que para acreditar la solvencia el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incursa en una prohibición de contratar, con idéntica exigencia y configuración para el caso de la UTE y con la salvedad de los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales o a la experiencia profesional que para ser prestada deberá ser mediante la coejecución del contrato.

Respecto de la **concrección de las condiciones de solvencia** (art. 76), ésta debe ser razonable, justificada y proporcionada, introduciendo los contratos de concesión de obras y concesiones de servicios y también los casos de contratos de mayor complejidad técnica.

En cuanto a los **efectos de la clasificación** (art. 77), cuando un operador económico recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato. Sin embargo, en el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios o las operaciones de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas tareas críticas sean ejecutadas directamente por el propio licitador. Como novedades presenta con carácter supletorio, para el caso de que los pliegos no concretaran nada, que la solvencia económica y financiera y la técnica o profesional, lo aplicable en

los apartados 2 y 3 del artículo 87. Los más destacable a mi parecer de las **condiciones de clasificación** es que el artículo 79 hace referncia al valor estimado, en lugar de al valor íntegro como anteriormente, además de incluir una condición social para el caso de que la puesta a disposición sea de medios personales. Fija además que el número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a cuatro y que en estos casos, salvo excepcionalidad, para que dé lugar a la exigencia de clasificación en el subgrupo correspondiente deberá ser superior al 20 por 100 del precio total del contrato.

El artículo 80 presenta como novedades el hecho de que una empresa no podrá disponer simultáneamente de clasificación en un determinado grupo o subgrupo otorgada por las Comisiones Clasificadoras de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y por una o más Comunidades Autónomas, o por dos o más Comunidades Autónomas, con distintas categorías de clasificación. Para el caso de los registros de las Comunidades Autónomas establece el art. 81 que los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas adoptados por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que hayan asumido dicha competencia serán inscritos de oficio en el Registro de Licitadores de la respectiva Comunidad Autónoma, si dispone de tal Registro, y comunicados al ROLECE para su su inscripción. Por ultimo el artículo 82 dispone de una sanción clara para el caso de no aportación de las declaraciones o documentos exigidos para la clasificación, dando así lugar a la suspension automática de las clasificaciones ostentadas.

La prueba de no prohibición de contratar (art. 85) podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, en su defecto, por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado.

Sobre los **medios para acreditar la solvencia** (art. 86) encontramos como novedades una amplia posibilidad de apertura del abanico para acreditar la solvencia, admitiendo así otros medios de pureba distintos de los previstos por la propia norma, así por ejemplo "*cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado*", con otro cambio importante, que es la posibilidad en los contratos de concesión de obras y de servicios, de diferenciar requisitos de solvencia, distintos para las sucesivas fases del contrato,

pudiendo los licitadores acreditar dicha solvencia con anterioridad al inicio de la ejecución de cada una de las fases, dando lugar la no presentación de esa solvencia a la resolución culpable del contrato.

En la **acreditación de la solvencia económica y financiera** (art. 87) nos encontramos con el volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato; la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales; el patrimonio neto o bien la ratio entre activos y pasivos; y con un apartado para los contratos de concesión y obras y servicios, siendo una novedad destacable a mi juicio el principio de proporcionalidad exigido, ya que la solvencia económica y financiera requerida deberá resultar proporcional al objeto contractual, no debiendo en ningún caso suponer un obstáculo a la participación de las pequeñas y medianas empresas, proporcionalidad ya exigida por otra parte en el art. 74.2.

Una importante novedad la encontramos en el artículo 88 respecto de la **solvencia en los contratos de obras**, con el fin de evitar el famoso dicho de "la pescadilla que se muerde la cola": no puedes contratar porque no tienes solvencia y no adquieres solvencia porque no contratas. De este modo en los contratos cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación con una antigüedad inferior a cinco años, para la acreditación de su solvencia técnica en ningún caso será exigible la ejecución de un número determinado de obras.

Más novedades encontramos respecto de la **solvencia en contratos de servicios y suministros** (art. 89 y 90) que por motivos de espacio concretamos en la reducción a los tres últimos años de la relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato (cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato) y en la posibilidad de además de poder acudir al CPV, al Código Normalizado



de Productos y Servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación Central de Productos (CPC) y a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE). A estos tipos contractuales también se aplica el mismo criterio que en las obras para las empresas de nueva creación, dando así facilidad de acceso a la contratación a las Pymes.

En la **prueba de la clasificación y de la aptitud para contratar a través de Registros o listas oficiales de contratistas**, el artículo 97 dispone que los certificados de inscripción expedidos por los órganos competentes de la llevanza de las listas oficiales de empresarios autorizados para contratar establecidas por los Estados miembros de la Unión Europea, referidos a empresarios establecidos en el Estado miembro que expide el certificado, constituirán una presunción de aptitud con respecto a los requisitos de selección cualitativa que en ellos figuren. Misma presunción que se adopta respecto de las certificaciones emitidas por organismos de certificación competentes que respondan a las normas europeas de certificación.

En el artículo 98 encontramos la importante figura de la **sucesión del contratista**, que incorpora nuevos elementos normativos fruto de la práctica asidua de esta figura, así exige lo que ya era obvio "*siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar*" y añade un elemento más que otorga seguridad jurídica y es que concreta por fin el qúe hacer con la garantía definitiva: la garantía definitiva podrá ser, a criterio de la entidad otorgante de la misma, renovada o reemplazada por una nueva garantía, conservando en todo caso su vigencia la antigua garantía definitiva hasta que esté constituida una nueva garantía.

El **objeto del contrato**, artículo 99 que da inicio al título III del Libro I introduce como novedad destacable que se definirá el objeto del contrato sin cerrar el mismo a una solución única en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten. Se prohibe asimismo la posibilidad de fraccionar un contrato con el fin de evitar las normas de publicidad y del rigor del procedimiento de adjudicación a aplicar.

Por el contrario se obliga a que siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, se lleve a cabo **la division del objeto del contrato en lotes** (de este modo se invierte la regla general utilizada hasta el momento, debiendo justificarse la no división del contrato en lotes como medida favorecedora del acceso de las pymes a la contratación pública), pudiéndose incluso someter esos lotes a la figura de lotes reservados conforme a la dis-

posición adicional cuarta. El nuevo texto establece una serie de causas o motivos válidos para no dividir el contrato en lotes y también determina que se podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta, así como la posibilidad de limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador (que solo se podrá hacer por criterios objetivos y no discriminatorios).

La Ley también introduce modificaciones en el concepto de **presupuesto base de licitación** (art. 100), por el que se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario. Obliga a tener en cuenta que sea adecuado a los precios de mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. Además, en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

En cuanto al valor estimado del contrato (art. 101) se establecen de manera detallada las reglas para la determinación y cálculo, en función de los distintos tipos de contratos.

Del precio (art. 102), en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios. Debe tenerse en cuenta aquí también para el caso de las **ofertas anormalmente bajas**, que los órganos de contratación deberán rechazar las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas



porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes (art. 149 LCSP).

Finalmente, en lo que respecta a las garantías sólo destacar, porque me parece loable a efectos prácticos, la ampliación de la posibilidad de utilizar las garantías mediante retención en el precio (art. 108).

IV. CAMBIOS EN LOS CONTRATOS

El artículo 115 regula como una de las grandes novedades de la Ley **las consultas preliminares del mercado**, con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento. Para ello, los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. Para ello los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado.

Los contratos menores son objeto de una importante modificación que busca aumentar el rigor y el mayor control en su utilización (art. 118). Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios. Ahora, en los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan. El artículo 118 ha sido objeto de una modificación a través de la disposición final primera del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas

de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

En los contratos menores se elimina el control sobre la cuantía máxima por licitador en periodo anual.

Importante modificación respecto de la retroacción de las actuaciones contempla el artículo 124. El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las **prescripciones técnicas particulares** que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

Respecto de una de las cuestiones más problemáticas, la **subrogación del personal**, la nueva LCSP sí aporta luz en el sentido de la clarificación de esta figura (art. 130). Así habrá obligación de subrogarse como empleador cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece igualmente una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista. Asimismo, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso se establece una obligación para la Administración, y es que una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, proce-

derá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos.

De otro lado, el **deber de confidencialidad** del órgano de contratación (art. 133) así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación, algo que ya venían reconociendo los tribunales administrativos de recursos contractuales. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas (art. 135), a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará en el perfil de contratante, suprimiendo las remisiones a los boletines de las Comunidades Autónomas y entidades locales del anterior TRLCSP, "*por lo que ya no será necesario publicar en los Boletines Oficiales, salvo los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas, que si deberán publicar el anuncio de licitación también en el Boletín Oficial del Estado*". No obstante y como obligación derivada de las Directivas, cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada la licitación sí deberá publicarse, también, en el Diario Oficial de la Unión Europea, debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación.

En cuanto a la aplicación de **los criterios de adjudicación**, el artículo 146 plantea muchas modificaciones. Así, cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida, verdadera novedad en la Ley.

Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

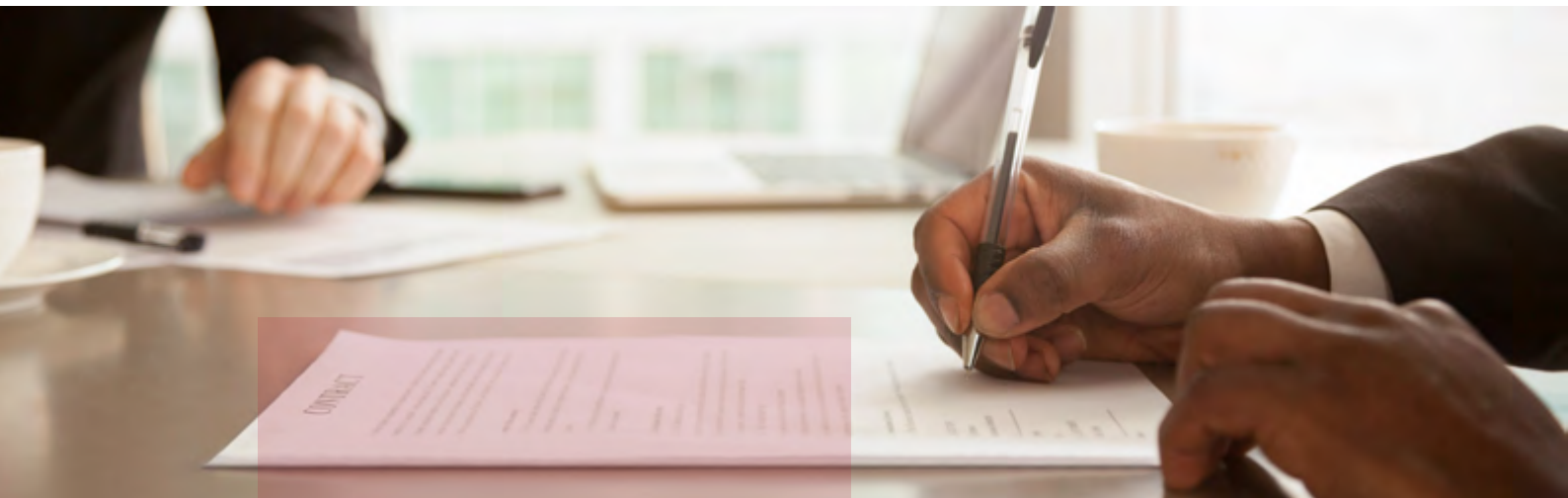
En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la corres-

pondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar ésta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. En los restantes supuestos, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como, en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que considere precisos.

También, la elección de las fórmulas se tendrá que justificar en el expediente. Salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.

Antes nos referíamos al **ciclo de vida** (art. 148). Pues bien, a los efectos de la LCSP se entenderán comprendidos dentro del ciclo de vida de un producto, obra o servicio todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso: la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que ésta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización.

De especial interés resultan las previsiones del artículo 159 referidas al **procedimiento abierto simplificado**, ya que "*Toda la documentación necesaria para la presentación de la oferta tiene que estar disponible por medios electrónicos desde el día de la publicación del anuncio en dicho perfil de con-*



tratante". En este procedimiento la LCSP establece que se "*requerirá a la empresa que ha obtenido la mejor puntuación mediante comunicación electrónica para que constituya la garantía definitiva, así como para que aporte el compromiso al que se refiere el artículo 75.2 y la documentación justificativa de que dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y todo ello en el plazo de 7 días hábiles a contar desde el envío de la comunicación*".

Igualmente y cuando se trate de contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y en contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual a los que no será de aplicación este apartado, se vuelve a apostar por la utilización de los medios electrónicos y se posibilita una tramitación con preferencia en su utilización. Así, en el procedimiento abierto simplificado, se podrá seguir la siguiente tramitación:

- Se garantizará, mediante un dispositivo electrónico, que la apertura de las proposiciones no se realiza hasta que haya finalizado el plazo para su presentación, por lo que no se celebrará acto público de apertura de las mismas.
- Las ofertas presentadas y la documentación relativa a la valoración de las mismas serán accesibles de forma abierta por medios informáticos sin restricción alguna desde el momento en que se notifique la adjudicación del contrato.
- Finalmente se requerirá a la empresa que ha obtenido la mejor puntuación mediante comunicación electrónica para que constituya la garantía definitiva.

Una cuestión muy reseñable es la obligatoriedad que establece el artículo 202, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 1.3, de establecer en el pliego de cláusulas administrativas al menos una **condición especial de ejecución de carácter social, ético, medioambiental o relacionadas con la innovación**. Teniendo además presente que todas las condiciones especiales de ejecución serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del contrato.

Resulta obligatorio fijar en el PCAP al menos una condición especial de ejecución de carácter social, ético, medioambiental o relacionadas con la innovación..

En las **mesas de contratación** (art. 326) el nuevo texto nos aporta también datos destacables que avanzan tímidamente hacia la profesionalización de la contratación pública. En ningún caso podrán formar parte de las mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos, ni el personal eventual. Podrá formar parte de la mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación, con carácter general (ver disposición adicional segunda) el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate.

Son muchas, resumiendo, las novedades que aporta el nuevo texto de la LCSP y que no son recogidas en estas breves líneas, modificación de los contratos, nueva gobernanza (Libro IV) con la creación por ejemplo de una Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (art. 332), asociación para la innovación, generalización de la declaración responsable, supresión generalizada de las instrucciones internas de contratación para poderes adjudicadores no Administración Pública, etc. Si bien, entendemos que las señadas son aquéllas que pueden ser consideradas principales para un primer acercamiento a esta nueva e importante Ley de Contratos del Sector Público.



V. DIAGRAMAS DE FLUJO SOBRE LOS MODIFICADOS

Uno. Diagrama de flujo sobre la modificación de los contrato

No supone modificación

- Sucesión en la persona del contratista.
- Cesión del contrato.
- Revisión de precios.
- Ampliación del plazo de ejecución.

Prevención

Si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes.

Razones de interés público

Prevista en el pliego
(Máximo. 20 % precio inicial)

Condiciones cláusula:

- Clara.
- Precisa.
- Inequívoca.

Precisar:

- Alcance, límites y naturaleza.
- Circunstancias verificables de forma objetiva.
- Procedimiento.
- No a nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.
- No alterar naturaleza global del contrato.

No prevista en el pliego
(excepcional y estrictamente indispensable por causa objetiva que la haga necesaria)

Prestaciones adicionales

Requisitos:

- No posible cambio de contratista por razones de tipo económico o técnico.
- Máximo 50 % del precio inicial (sin IVA) aislada o conjuntamente con otras modificaciones.

Circunstancias imprevisibles

Requisitos

- Que derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
- Que no altere la naturaleza global del contrato.
- Máximo 50 % del precio inicial (sin IVA) aislada o conjuntamente con otras modificaciones.

Modificaciones no sustanciales

Requisitos

- Justificación de las razones por las que las prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.
- Obras: máximo 15 % del precio inicial (sin IVA).
- Demás contratos: máximo 10 % del precio inicial (sin IVA).
- Unidades de obra nueva: hasta 50 % del presupuesto inicial del contrato.

Modificaciones que se consideran sustanciales

1. Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o que habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación. En todo caso se considerará que se da este supuesto cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que se exigió en el procedimiento de licitación original.
2. Que la modificación altere el equilibrio del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial

   En todo caso se considerará que se da este supuesto cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 % del presupuesto inicial del contrato.
3. Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

   En todo caso se considerará esta situación:

   - Cuando el valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 % del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 %, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.
   - Cuando las obras, los servicios o los suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

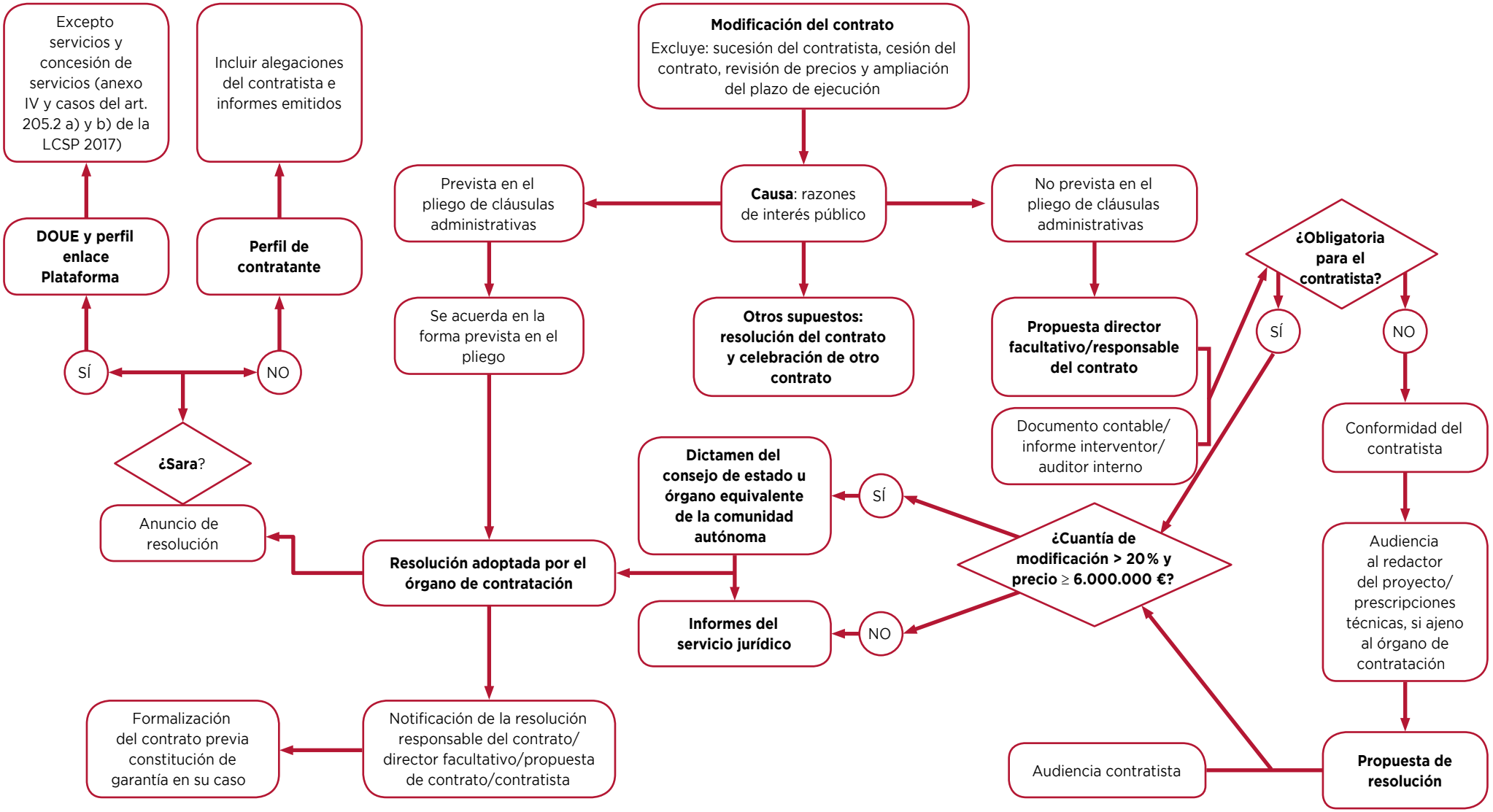
Obligatorias para los contratistas si la cuantía de la modificación no excede del 20 % del precio inicial del contrato (sin IVA).

Audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas.

Publicación de anuncio en el DOUE (SARA) y perfil (con alegaciones del contratista y todos los informes).

Fuente: Jaime Pintos Santiago.

Dos. Diagrama de flujo sobre el procedimiento de modificación de los contratos públicos



Fuente: Jaime Pintos Santiago.

Tres. Diagrama de flujo sobre las modificaciones en el contrato de obras

No se consideran modificaciones:

- Exceso de mediciones < 10 % del precio del contrato.
- Precios nuevos fijados contradictoriamente < 3 % del presupuesto primitivo del contrato y que no supongan incremento del precio global del contrato.

Razones de interés público

Obligatoria para el contratista:

- No prevista en el pliego.
- No exceda del 20 % del precio inicial (sin IVA).

Supresión de unidades de obra:

- El contratista no tiene derecho a reclamar indemnización alguna.

Introducción de unidades no previstas en el proyecto o cuyas características difieran y no sea necesaria nueva licitación:

- Se aplican precios fijados por la Administración.
- Audiencia previa del contratista.
- Si no acepta el contratista:
  - Pueden contratarse con otro contratista.
  - Pueden ejecutarse directamente por la Administración.
  - Optar por la resolución del contrato.

No obligatoria para el contratista::

- No prevista en el pliego.
- Exceda del 20 % del precio inicial (sin IVA).
- No supere porcentajes (art. 205):
  - Adicionales (50 % sin IVA).
  - Imprevisibles (50 % sin IVA).
  - No sustanciales (15 % sin IVA).

Fuente: Jaime Pintos Santiago.

