

ASPECTOS NOVEDOSOS DE LA LEY DE LA CONTRATOS

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, es consecuencia:

- De la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento las nuevas Directivas comunitarias.
- De la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha ido estableciendo determinadas conceptos y criterios en materia de contratación pública.
- Del trabajo del Tribunal de Cuentas y de los órganos de Control externo que, en sus respectivos informes, han ido señalando las principales incidencias producidas en la contratación administrativa.

EL OBJETO DEL CONTRATO

El objeto forma parte del contenido mínimo del contrato, debe figurar en los pliegos de la contratación y tiene que estar vinculado a las necesidades a satisfacer y a la eficiencia en el gasto.

En este aspecto el artículo 28 de la LCSP establece la necesidad e idoneidad del contrato y la eficiencia en la contratación; en su punto 4, señala que “Las entidades del sector público **programarán** la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales ...”

La Ley 9/2017 establece, en el apartado primero del artículo 99, que el objeto de los contratos del sector público:

- Deberá ser determinado. (también en el artículo 86 del TRLCSP)
- Se podrá definir en atención a las ***necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única.*** En especial 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.

1) **Consultas preliminares del mercado**

Para preparar las futuras contrataciones se establece, en el artículo 115, las llamadas **Consultas preliminares del mercado**.

La elaboración de unos pliegos que hayan tenido en cuenta todas las alternativas existentes en el mercado, definan con precisión el objeto a contratar y respondan a las concretas necesidades del poder adjudicador, son fundamentales para evitar ineficiencias e irregularidades, tanto en la fase de elección de la mejor oferta, como en la posterior ejecución del contrato.

❖ Situación anterior a la Ley 9/2017:

➤ Ante algo tan común como la falta de especialización de los empleados públicos, encargados de la redacción de los pliegos o ante el desconocimiento sobre las novedades del mercado, los órganos de contratación no sabían qué procedimiento seguir para consultar con el sector privado y garantizar al mismo tiempo la no vulneración de los principios rectores de la contratación pública (transparencia, libre competencia, igualdad y no discriminación entre licitadores). No se establecía un sistema específico para que el órgano de contratación pudiera conocer -de forma previa al anuncio de la licitación- los avances, alternativas, novedades y precios del mercado que le permitiera definir en los pliegos, con precisión, las características del objeto a contratar. Tampoco se regulaban los posibles contactos entre el poder adjudicador y las empresas en la fase de preparación de la licitación. Esta carencia regulatoria hacía que:

✓ En algunos casos, el órgano de contratación, en la elaboración de los pliegos, copiaban el contenido de la documentación de otras licitaciones, evitando el contacto con operadores externos. Una de las razones para esto era el temor a que se les achacaran posibles irregularidades o tratos de favor a las empresas contactadas. Esto implicaba que no se tuviera en consideración mucha de la información relevante sobre

el producto, servicio u obra, lo que implicaba no ajustar la licitación a sus necesidades o dejar fuera mejores opciones.

✓ En otros casos, los contactos se producían con estos operadores externos pero dada la incertidumbre, tanto de los poderes adjudicadores como de las empresas contactadas, al no tener claros los límites legales del canal a utilizar, de la aceptación de propuestas o de las medidas preventivas y de transparencia a adoptar estas consultas con el mercado, se realizaban a través de canales opacos o poco transparentes. Esto, unido a la falta de conocimiento técnico suficiente del órgano de contratación, podía dar lugar a exigencias técnicas o de solvencia excluyentes o que les daban alguna ventaja en la posterior licitación a los operadores contactados, lo que además de una vulneración de los principios rectores de la contratación pública podía dar lugar a una contratación pública ineficiente.

❖ La Ley 9/2017, de Contratos de Sector Público :

➤ Se establece un procedimiento para evitar que durante estas consultas se produzcan irregularidades o ineficiencias, estableciendo los siguientes requisitos:

✓ La necesidad de **publicar** antes de iniciarse la consulta en **el Perfil de contratante**, ubicado en la Plataforma de contratación del Sector Público, el objeto, cuando se iniciará, los terceros que vayan a participar en la consulta, a los efectos de que tengan acceso, y posibilidad de realizar aportaciones, todos los posibles interesados. De esta forma se abre esta fase de consultas a potenciales licitadores, así como a asesores externos, colegios profesionales o expertos independientes. Asimismo en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados.

✓ **Informe de actuaciones realizadas**. La obligación del órgano de contratación de redactar un informe motivado al final del proceso de consultas, que formará parte del expediente de contratación, que detallará las actuaciones que se han llevado a cabo, los operadores consultados, las respuestas dadas y los motivos que en

su caso hayan llevado al órgano de contratación a no tener en consideración dichos resultados.

➤ Es un procedimiento que pretende:

✓ Garantizar la transparencia.

✓ Mantener el secreto de la parte confidencial de las soluciones propuestas.

✓ Asegurar la competencia, evitando que el resultado de las consultas derive en la inclusión en los pliegos de ventajas o restricciones a los licitadores.

✓ Además, recoge expresamente, que la participación en este procedimiento no será impedimento para presentar una oferta en la posterior licitación.

La LCSP establece un procedimiento de referencia, a disposición de los órganos de contratación, que se deberá utilizar para definir de forma transparente el objeto del contrato y ajustarlo a las necesidades a cubrir con ayuda del mercado. Y ello con la finalidad última de evitar adjudicaciones arbitrarias, ulteriores modificaciones contractuales irregulares o sobrecostes.

CONCLUSIONES

En las distintas fiscalizaciones realizadas por el Consejo de Cuentas son habituales las incidencias relacionadas con el objeto, tales como:

- No determinar con exactitud el objeto
- Falta de incluir o definir alguno de los elementos o prestaciones del objeto.

Esto puede dar lugar a dificultades tanto en:

- La fase de adjudicación: al examinar y evaluar las distintas ofertas recibidas.

- La fase de ejecución, que puede dar lugar a:

- Los modificados, como sistema para solucionar todas las carencias producidas, que no son debidos a necesidades nuevas o causas imprevistas, y en los que se incluyen objetos o prestaciones que deberían ser realizados mediante una licitación independiente.
- La Resolución del contrato.

En cuanto a las recomendaciones, se manifiesta la necesidad de que el órgano de contratación defina correctamente el objeto y sobre los modificados que respondan a necesidades nuevas y causas imprevistas y que no incluyan prestaciones independientes al contrato.

FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO

2) **División en lotes**

- El TRLCSP 3/2011, establece en su artículo 86.3 que “Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y *así se justifique* debidamente en el expediente, *podrá preverse* la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.”

- La Ley 9/2017 ha introducido un cambio sustancial en la noción del fraccionamiento de los contratos al establecer como regla general *la división de los contratos públicos en lotes*: Así en su artículo 99.3 establece que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, *deberá* preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su *división en lotes*; y añade que el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando *existan motivos válidos*, que deberán justificarse debidamente en el expediente. (Con la excepción de contratos de concesión de obras).

- Señala la Ley que se considerarán **motivos válidos**, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

- a) Que la división conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. (Exige que el órgano de contratación deba solicitar informe previo a la

autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre dicha circunstancia.)

b) Que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo; o que la naturaleza del objeto del mismo, implique la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones. Ambos extremos deberán ser justificados debidamente en el expediente.

- También establece esta norma la posibilidad de:

- ✓ Limitar el número de lotes para los que un mismo licitador puede presentar oferta y el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

- ✓ Reservar alguno de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, en el marco de programas de empleo protegido, o a favor de las entidades de servicio público (a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava).

- ✓ Adjudicar a una oferta integradora (combinación de lotes)

- La división del contrato en lotes, sin embargo, no dispensa de la obligada aplicación de las normas procedimentales y de publicidad determinadas en función del valor acumulado del conjunto que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación.

Señalar que la división de los contratos en lotes es una de las medidas establecidas en esta ley que busca facilitar el acceso de las PYMES y los autónomos a los procesos de contratación, lo que les da acceso a contratos que, en el pasado, solo podían permitirse grandes empresas.

3) **Fraccionamiento ilegal del contrato y contratos menores**

Se repite el contenido del artículo 86.2 del TRLCSP en el artículo 99.2. de la nueva Ley, al establecer que *“No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de*

disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.”

El fraccionamiento indebido de los contratos utilizando la figura del contrato menor constituye un recurso habitual para evitar la aplicación de los principios básicos de la contratación pública.

Contratos menores

El contrato menor, es un sistema ágil y sencillo, apto para necesidades de carácter puntual y que tiene por finalidad satisfacer de forma rápida aquellas necesidades del órgano de contratación de escasa cuantía y duración temporal.

La utilización del contrato menor, es solo una posibilidad que se otorga al órgano de contratación, que puede decidir qué es más importante someter el contrato a la libre concurrencia y a la transparencia que la mayor agilidad administrativa que le otorga este tipo de contrato.

Expediente de contratación en contratos menores (artículo 118 LCSP).

- **Adjudicatario.** El contratista debe tener *aptitud*.

Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con *capacidad de obrar* y que cuente con la *habilitación profesional* necesaria para realizar la prestación. (Artículo 131.3 LCSP y artículo 138.3 TRLCSP)

- **Cuantía.** En la Ley 9/2017 bajan las cuantías ya que se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a:

- ✓ 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras.

- ✓ 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios.

Regulación de mínimos: Tendrán la consideración de mínimos el establecimiento de estas cuantías (D. Final 1ª LCSP): Es decir que pueden reducirse más en el ejercicio de la potestad normativa de cada entidad.

Señalar que en el TRLCSP se establece que: “*Se consideran contratos menores los de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos (artículo 138.3 TRLCSP)*”

- Duración:

- ✓ No podrán tener una duración superior a un año.
- ✓ No podrán ser objeto de prórroga.

- Tramitación del expediente:

- ✓ El informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. **(NOVEDAD)**

- ✓ La aprobación del gasto y la incorporación de la factura.

- ✓ Además en el contrato menor de obras:

- ❖ El presupuesto de las obras y, cuando normas específicas así lo requieran, el correspondiente proyecto.

- ❖ El informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

- ✓ Además, se justificará en el expediente: (El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla.) **(NOVEDAD)**

- ❖ Que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y

- ❖ Que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cuantía máxima establecida para estos contratos.

✓ Los contratos menores se publicarán en el Perfil de contratante:
(Artículo 63.4.LCSP) (**NOVEDAD**)

❖ La publicación deberá realizarse al menos trimestralmente.

❖ La información a publicar, ordenándose por la identidad del adjudicatario, será: objeto, duración, el importe de adjudicación (IVA incluido) y la identidad del adjudicatario.

❖ Con sello de tiempo: “El sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo.”

❖ Excepción: Los contratos cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

La publicidad en la LEY DE TRANSPARENCIA:

❖ Esta Ley establece la publicación de “Todos los contratos”. De acuerdo con lo establecido en la LCSP, existe una excepción a la Ley de transparencia y no es obligatoria la publicación de los contratos cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado fuera el de anticipo de caja fija o similar, lo que no quiere decir que se puedan publicar tanto en el Perfil de contratante como en el Portal de transparencia.

❖ Además establece que se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público. También debe publicarse el porcentaje de la contratación menor sobre el volumen total de la contratación de la entidad.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Dentro de la Fiscalización de la Contratación Administrativa celebrada en el ámbito de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma, de carácter legal, que se realiza todos los años en el Consejo de Cuentas, el fraccionamiento del gasto en los contratos menores es una incidencia que se repite con carácter general en los Informes.

Se ha producido en contratos que tienen objetos muy variados: el suministro de productos alimenticios, material de oficina, de material de laboratorio o de docencia, prestaciones del servicio de limpieza o del servicio de lavandería, de telefonía fija ... ,

Una de las recomendaciones que se efectúan en caso del fraccionamiento del objeto es la de realizar un análisis pormenorizado y *una adecuada planificación* de los gastos menores (señalado en el artículo 28.4 de la Ley 9/2017), con la finalidad de evitar coincidencias en su objeto que pueda dar lugar a su fraccionamiento, y ajustándoles en su adjudicación a los principios de publicidad, transparencia y libre concurrencia del artículo 1 del TRLCSP.