

Control interno en la nueva Ley de Contratos del Sector Público

FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA

Abogado en Contratación Pública. Miembro del grupo de expertos en contratación pública de la Comisión Europea. Vocal Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra y Letrado municipal (excedente)

*Recibido: Abril 2018
Aceptado: Mayo 2018*

Resumen

La nueva Ley de Contratos del Sector Público va a generar cambios importantes en el control interno. El trabajo pretende enumerar algunos de los más importantes. En particular, se abordan las novedades respecto del ámbito objetivo y subjetivo de la norma, determinación del objeto y sus lotes, fraccionamiento del contrato y algunos aspectos propios de la preparación y ejecución del contrato. Todo ello desde el punto de vista del control.

Palabras clave: contratación pública, control interno, fiscalización, nueva Ley de Contratos del Sector Público.

Clasificación JEL:

Abstract

The new Law on Public Sector Contracts will generate significant changes in internal control. The work aims to list some of the most important. In particular, the novelties are addressed regarding the objective and subjective scope of the standard, determination of the object and its lots, fractionation of the contract and some aspects specific to the preparation and execution of the contract. All from the point of view of control.

Key words: public procurement, internal control, inspection, new Public Sector Contracts Law.

JEL Classification:

1. Introducción

La 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 (en adelante LCSP) va a generar cambios importantes en la fiscalización de contratos. A la complejidad de la norma y sus numerosos cambios se une la dificultad interpretativa de la misma.

En este sentido, existen cambios relevantes en el ámbito subjetivo, que van a suponer una verdadera revolución (como la posible incardinación de las entidades públicas empresariales como Administración a los efectos de la contratación pública, o el sometimiento de partidos políticos y sindicatos), así como la supresión de algunas modalidades típicas de contratos.

Pero sin duda, también la norma que introduce nuevas posibilidades: uso de consultas preliminares, división en lotes, reducción del importe del contrato menor, y supresión de las instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública.

Es la norma que regula en mayor detalle la ejecución del contrato, y en particular, la subcontratación y la modificación del contrato.

2. **Ámbito subjetivo**

2.1. **Nuevas entidades incluidas en el ámbito subjetivo de la LCSP**

El artículo 3 de la LCSP prevé, como hacía el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (en adelante TRLCSP), una triple configuración de entidades sometidas a la misma: Administración Pública, poder adjudicador no Administración Pública y entidades del sector público que no tienen carácter de poder adjudicador.

Como novedades destacables, resulta importante mencionar la nueva configuración de las Entidades Públicas Empresariales (EPEs) a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En estas entidades su consideración como Administración Pública puede venir dada si, a su carácter de entidad de derecho público, se une su condición de poder adjudicador, tal como dispone letra b) de este apartado 2 del artículo 3 LCSP.

Esta circunstancia supone un notable cambio respecto de lo dispuesto en el TRLCSP, donde expresamente se afirmaba que las EPEs no tenían la consideración de Administraciones Públicas a los efectos de aquella Ley.

No obstante, la LRJSP modificó de forma muy relevante el régimen jurídico de las EPEs, en relación con lo dispuesto en la regulación anterior, ahora derogada, contenida en la LOFAGE de 1997.

El art. 2.3 LRJSP dice así: «Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2».

Y en dicha letra a) se refiere a: «Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas».

Por su parte el art. 103 LRJSP define las EPEs en los siguientes términos:

«1. Las entidades públicas empresariales son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación.

2. Las entidades públicas empresariales dependen de la Administración General del Estado o de un Organismo autónomo vinculado o dependiente de ésta, al que le corresponde la dirección estratégica, la evaluación de los resultados de su actividad y el control de eficacia.

3. Con independencia de cuál sea su denominación, cuando un organismo público tenga naturaleza jurídica de entidad pública empresarial deberá figurar en su denominación la indicación de «entidad pública empresarial» o su abreviatura “E.P.E”».

Se rigen por el Derecho privado, excepto en el ejercicio de potestades administrativas o en materia contractual (art. 104 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en adelante LRJSP).

Y en relación con el régimen de su contratación el art. 106.6 LRJSP afirma que «La contratación de las entidades públicas empresariales se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos del sector público».

Por otra parte, resulta de interés la inclusión en el ámbito subjetivo de la LCSP a los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales a las que se refiere la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del apartado 3 del art. 3 LCSP, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente. Estas entidades, pese a estar sometida contratarán mediante instrucciones de contratación.

2.2. La contratación pública en los poderes adjudicadores no Administración Pública

La LCSP no es clara al determinar cuál es el régimen de adjudicación de los contratos de los poderes adjudicadores no Administración Pública para los contratos sujetos a regulación armonizada.

El artículo 317 LCSP determina, para los contratos sujetos a regulación armonizada la necesidad de aplicar la tramitación propia de los contratos administrativos («La preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada que concierten los poderes adjudicadores a que se refiere el presente Título se regirán por las normas establecidas en las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro II de esta Ley»), es decir, arts. 115-187 LCSP).

El problema radica, sin embargo, en la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada. De una parte, el Preámbulo establece con rotundidad la supresión de las instrucciones de contratación (muy a pesar del tenor de la disposición transitoria quinta), que hasta ahora servían para regular dichos contratos, y de otro establece la posibilidad de utilizar de forma indistinta cualquiera de los procedimientos propios de las Administraciones Públicas, de forma indistinta: «En el Libro III se recoge la regulación de los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, en donde la principal novedad es la supresión de las instrucciones de contratación, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, estableciéndose claramente la regulación que les

resulta aplicable. En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones. (...)».

Por su parte, el artículo 318 LCSP dispone que:

«a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

b) Los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.548.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 221.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168».

En vista del tenor literal del precepto, están dándose dos del mismo. Una, consistente, en atender a la literalidad del preámbulo y del precepto, y, consecuentemente, establecer un régimen de adjudicación directa distinto del contrato menor; que a diferencia de éste no se vería lastrado por el límite del artículo 118.3 LCSP, y posibilitaría utilizar de forma indistinta, y con independencia cualquiera de los procedimientos cualquiera que fuera su cuantía). Esta teoría, es la que, a mi juicio, resulta procedente dadas las reglas de interpretación de las normas previstas en el artículo 3.1. del Código Civil, dada la claridad de su sentido literal. Es la que se apoya también, entre otros, por el informe de la Dirección General de Contratación pública de la Generalitat de Cataluña, que dispone que: «Según parece desprenderse del artículo 318 de la LCSP, los poderes adjudicadores no administración pública podrían utilizar el procedimiento abierto simplificado aunque no se cumplan ninguno de los requisitos que la Ley establece para su utilización por parte de las administraciones públicas.

Se puede entender que sucede lo mismo con el resto de procedimientos, así como con el procedimiento con negociación, que se podrían utilizar siempre que el órgano de contratación lo considere idóneo sin otros requerimientos. Se exceptúa, sin embargo, el procedimiento negociado sin publicidad, que de acuerdo con el artículo 318 b) de la LCSP, únicamente se puede utilizar en los casos previstos expresamente en el artículo 168. (...)».

Por el contrario, el informe 2/2018 de la Abogacía General del Estado, no acoge esta postura, y en la práctica, a mi juicio para pretender solventar las carencias prácticas de la anterior fórmula, consideran que debe existir una remisión a las reglas del contrato menor, y las del resto de procedimientos previstos en la LCSP para las Administraciones Públicas.

«El artículo 318.a) no emplea, nominatim, el término «contratos menores», y tampoco contiene una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los que contienen la

regulación general de dichos contratos menores. Sin embargo, se aprecia fundamento jurídico para concluir que la concreta mención del artículo 318.a) a los contratos de valor estimado inferior a 40.000, en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, y a 15.000 euros, en caso de contratos de servicios y de suministros (importes plenamente coincidentes con los previstos para los contratos menores en el artículo 118.1 de la LCSP), unida a la previsión de que los mismos «podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato» (expresión idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores}, no es una mera casualidad o coincidencia, sino una decisión deliberada del legislador, que está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores».

Dado que, conforme a lo indicado, debe concluirse que los contratos a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP son conceptualmente coincidentes con los contratos menores, no se advierte razón legal que excluya la aplicación a estos contratos del artículo 318.a) de los requisitos que, con carácter general, establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP (...). «No parece que sea el designio del legislador que contratos de los poderes adjudicatarios de un valor estimado muy próximo al de los contratos sujetos a regulación armonizada terminen, a la postre, adjudicándose por un procedimiento (el del artículo 159.6 de la LCSP) legalmente concebido para ser tramitado con» «extrema agilidad por razón, precisamente, del reducido valor estimado de los» «contratos que pueden acogerse a él, ni que se termine generalizando la aplicación» «de reglas especiales (eximir a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, no exigencia de garantía» «definitiva...), que sólo se han previsto y admitido el legislador en atención a la» «escasa cuantía del contrato».

En definitiva, en lo relativo a la fiscalización de la adjudicación de los contratos de estas entidades las dos interpretaciones son contrapuestas, siendo la más clara, a mi juicio, la procedente, de la interpretación literal, sin que por vía interpretativa pueda modificarse la regulación ofrecida al respecto por la LCSP.

3. Ámbito objetivo

Como primer aspecto reseñable es necesario mencionar que la LCSP se aplicará, conforme dispone su artículo 2, a los contratos onerosos – considera la LCSP onerosos los negocios jurídicos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta), cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades incluidas en su ámbito subjetivo.

Respecto a la tipología de contratos lo más relevante es la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos que ahora se integrará bien en los contratos de servicios (para el caso de que no haya transferencia del riesgo operacional), bien en los de concesión de servicios (cuando sí se transfiera dicho riesgo). Asimismo, desaparece el contrato de colaboración público privada.

Por otra parte, estarían los contratos de suministro (que ahora incluye también como tales la adquisición o uso de programas o licencias cualquiera que fuera su forma de puesta a

disposición), y los servicios que son una categoría residual (los que no son obra o suministro, es decir, en la práctica, todo lo que tenga un CPV y no sea suministro u obra).

Respecto de las concesiones, lo relevante, será, como señala el artículo 14.4 LCSP que exista una retribución que consista en el derecho de explotación de las obras. Este derecho de explotación «deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».

En este sentido, el informe 2/2014, de 22 de enero, de la JCCA de Aragón, aborda la calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales afirmando que el riesgo asumido por el contratista es el elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público indicando que:

«El TJUE ha reconocido que el operador asume el riesgo del servicio cuando cobra una parte significativa de su remuneración al usuario, de forma que el modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. Así el TJUE ha considerado como concesión de servicios casos en que la remuneración al operador provenía de los pagos efectuados por los usuarios de un parking público (STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen), de un servicio de transporte público (STJUE de 6 de abril de 2006, ANAU) y de una red de teledistribución (STJUE de 13 de noviembre de 2005, Coditel Brabant).

Ya la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario de 2000, recogía como unas características de la concesión de servicios que «el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo) cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario en particular mediante la percepción de tarifas en cualquiera de sus formas». Ahora bien, la Comunicación también señala que «aun en el supuesto de peajes ficticios, esto es, a cargo del concedente, el riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación».

Se admite que haya concesiones en las que la retribución del concesionario la abone íntegramente la Administración (sistema de shadow tax), en tanto el riesgo depende de la explotación de la empresa y no de si se abona o no directamente la tarifa por la Administración. Este criterio fue confirmado en la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Asunto Eurwasser. Aunque la vinculación de las remuneraciones al operador económico por el uso o frecuencia del servicio sea un elemento significativo de que existe concesión de servicios, lo determinante para la Comisión es que se haya transferido la responsabilidad de la explotación. De esta forma, en aquellos supuestos en que la retribución al operador económico está vinculada

al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios o la ausencia de pérdidas, no podemos decir que se trate de una concesión. Es decir, depende de la existencia de riesgo el que el contrato sea de concesión o, en su ausencia efectiva, de servicios. Constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios».

Especial interés merece la STJUE de 10 de noviembre de 2011, Asunto Norma, Dekan, respecto de la adjudicación de la prestación del servicio de transporte público por autobús urbano (en España actividad reservada y calificada como servicio público), en la que se concluye que aunque la remuneración al contratista consiste en el derecho a ser retribuido por los usuarios con arreglo a unas tarifas establecidas, el hecho de que la entidad adjudicataria deba compensar al prestador del servicio las pérdidas derivadas de la explotación y los gastos conexos, una vez deducidos los ingresos derivados de la explotación, incluida una cantidad en concepto de beneficio, llevan a concluir que se trata de un contrato de servicios.

Por lo tanto, la jurisprudencia de TJUE exige para que exista concesión de servicios que en todo caso la remuneración al prestador se realice en función de la explotación, es decir del uso o frecuentación del servicio. Es indiferente que la retribución la obtenga el concesionario directamente de los usuarios o de la Administración. Sin este requisito no existe concesión. Y, por supuesto, será necesario que no existan mecanismos de compensación que anulen el riesgo inherente a este sistema de retribución».

Una cuestión muy relevante es la calificación incorrecta o incluso fraudulenta de obras o servicios como concesión.

En este sentido, el informe de fiscalización sobre el peaje en la sombra de la Cámara de Comptos de Navarra de 2014 pone de relieve por ejemplo este tipo de situaciones:

«A pesar de la claridad, a nuestro juicio, de las cláusulas del contrato, la presentación de este recurso, cuya resolución decidirán los órganos judiciales, nos plantea una reflexión de tipo general sobre la contradicción que puede generarse entre la aceptación del riesgo y ventura que el empresario privado asume al licitar a una adjudicación, y el equilibrio económico del contrato. Es lógico que el empresario obtenga un beneficio de su actuación, pero también que asuma un riesgo por la misma, ya que no tendría sentido la colaboración privada si la totalidad del riesgo es para el sector público. La adecuada coordinación de estos dos «derechos que pueden entrar en contradicción» y su máxima concreción posible en la normativa general sobre la contratación y, en su caso, en los pliegos y contratos debe servir para que cada parte sea perfectamente concedora de sus derechos y obligaciones, evitando en lo posible las discrepancias».

4. El objeto del contrato

4.1. La imposibilidad de su fraccionamiento

El objeto del contrato se regula en diferentes artículos de la LCSP (art. 28, 34, 35, 99, 116 y 135 LCSP). La norma exige que se determine con precisión y que se justifique su naturaleza e idoneidad. El artículo 99 LCSP regula el fraccionamiento del contrato en parecidos

términos al TRLCSP. Lo que persigue es evitar el fraccionamiento ilegal de los contratos para, precisamente, sustraer el contrato de las reglas de publicidad y concurrencia.

El concepto de unidad funcional es clave en la nueva época de división obligatoria en lotes que define la LCSP. Por ello es necesario deslindar dicho concepto, y especialmente, diferenciarlo del de fraccionamiento ilícito del contrato. No hay jurisprudencia española propiamente sobre el fraccionamiento del contrato. No han existido litigios porque, como se ha dicho, la modalidad típica de abuso ha sido fraccionar muchos contratos para otorgar contratos pequeños (fraccionados). Sí existen muchos pronunciamientos de órganos consultivos y tribunales especiales de contratación y algunas guías para frenar sin éxito la situación¹.

Es necesario que no se verifique que el poder adjudicador pretende con su actuación falsear los requisitos de publicidad y de procedimiento pertinentes.

El informe de la Intervención General de la Seguridad Social de 29 de noviembre de 2002 defiende que «la ley no prohíbe el fraccionamiento del contrato de manera general y absoluta, prohíbe únicamente un tipo de fraccionamiento jurídicamente injustificable, aquél que se hace con el propósito de defraudar normas imperativas sobre publicidad y adjudicación».

¹ Existe un documento muy relevante, cuya redacción corrió a cargo de representantes de los órganos de control externo españoles, publicado por FIASEP, titulado «principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo» y ofrece una buena guía sobre este asunto:

«Para determinar qué fraccionamientos no están permitidos legalmente, hay que tener en cuenta dos criterios, uno objetivo y el otro subjetivo:

a) En primer lugar, habrá que comprobar si el objeto contractual admite ser fraccionado, pues ya hemos visto que el fraccionamiento está permitido en el caso de división en lotes o de prestaciones diferenciadas.

b) En segundo lugar, será necesario valorar si existe la intención de eludir las normas de publicidad o el procedimiento de adjudicación que correspondan. Este criterio subjetivo, que obliga a tener en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso, será muy útil para determinar si el fraccionamiento es o no fraudulento, en aquellos casos en que objetivamente sea difícil concluir si nos encontramos ante un objeto que se fracciona indebidamente o ante objetos diversos entre los que no existe una vinculación funcional u operativa, pues la existencia de dicha vinculación puede depender de la finalidad que se pretenda conseguir por el órgano de contratación».

Precisamente, si existe una guía relevante de un órgano de fiscalización externa, ésta es la guía de la Sindicatura de Cuentas Valenciana:

Afirma que existirá una unidad operativa o funcional, «si los elementos son inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.

No se considerará que existe fraccionamiento indebido del contrato, siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad operativa o funcional, de tal forma que la ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para la ejecución y explotación de cualquiera de las demás, o aún cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes pero independientes entre sí.

Por el contrario, debe considerarse que existe fraccionamiento del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten por separado no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional u operativa entre ellas».

La guía prosigue aludiendo a la diferencia existente entre las prestaciones que se configuran como unidades por su propia naturaleza, respecto de las cuales sólo cabe el fraccionamiento cuando se cumplan los requisitos estrictos del artículo 74, y aquellas otras que tienen su propia individualidad y que por razones de índole práctica se pueden agrupar para su adjudicación en un solo contrato pero que admiten, sin menoscabo alguno, su consideración por separado, de tal forma que la ejecución de cualquiera de ellas no está condicionada por la ejecución de ninguna de las demás ni individual ni conjuntamente consideradas».

El Informe de la Intervención General de la Administración del Estado de 22 de diciembre de 2008 asevera que «el objeto del contrato ha de estar determinado y ser completo en el sentido de que tiene que abarcar todos los elementos o prestaciones a realizar por el contratista que permitan satisfacer la necesidad concreta o el fin concreto» (...) si dichas prestaciones se contrataran de manera independiente, si nos encontraríamos ante un fraccionamiento del contrato».

La STJUE de 15 de marzo de 2012 (C-574/10), Comisión Europea y República Federal Alemana, analizaba tres contratos de arquitectura relacionados todos ellos con unas obras a llevar a cabo en un mismo edificio, por razones presupuestarias. Consideró que se trataba de una sola obra porque la «homogeneidad técnica y económica de los servicios de arquitectura se cumple en el presente porque estamos tratando con un plan maestro para la renovación de un solo edificio». El Tribunal declaró que los contratos «estaban interconectados de tal manera que fueran a ser considerados como una estructura unificada, seleccionado un enfoque funcional. Se ha utilizado y probado el criterio de que el carácter unitario de un edificio con continuidad funcional y económica, si los diferentes lotes de este edificio cumplen la misma función económica y técnica».

La STJUE de 11 de julio de 2013 (T-358/08), Comisión Europea y España, tiene por objeto una corrección financiera en relación con las ayudas concedidas al Ayuntamiento de Zaragoza en el proyecto «Saneamiento de Zaragoza».

El debate se centró en si las obras llevadas a cabo en la red de alcantarillado y de tratamiento de aguas residuales era similar y si los trabajos debían cumplir una misma función económica y técnica. La Comisión consideró que la diferencia entre los diversos tipos de trabajos era funcional y no técnica o económica, por lo que no se requerían conocimientos técnicos específicos para realizar las distintas actividades. Finalmente, la Comisión expuso que, desde un punto de vista económico, los usuarios finales debían pagar al prestador de servicios por lo que utilizaran. Pese a que el Reino de España pretendió justificar que no se cumplía ninguno de los requisitos que permitían constatar la existencia de una única obra, el Tribunal apeló al necesario análisis desde una triple perspectiva: técnico-económica, geográfica y temporal, como clave para apreciar si un proyecto puede contener varias obras distintas.

El Tribunal consideró que la descripción del trabajo que debía llevarse a cabo en la red de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales era similar y que los trabajos debían cumplir una misma función económica y técnica, por lo que condenó al Reino de España por fraccionamiento del contrato.

Lo relevante fue que estas obras específicas de mantenimiento, ampliación y rehabilitación del alcantarillado existente y de la red de tratamiento de aguas residuales, tenían como resultado, una vez acabadas, la mejora global de la red en beneficio de los usuarios finales y que la diferencia entre los diversos tipos de trabajos [no es] técnica o económica.

Además, se tuvo en cuenta el elemento geográfico para verificar si el carácter unitario de la función técnica y económica de los trabajos tenía carácter global y aunque abarcara zonas separadas las obras tenían una función tendente a la agrupación en una red única, basándose en la posibilidad de interconexión entre ellas.

4.2. La división del contrato en lotes

El artículo 99.3 LCSP determina 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 (...)».

Sin embargo, el párrafo siguiente dispone que «No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras».

Ello en la práctica determina la necesidad de verificar en el expediente si existe una motivación válida para no dividir el contrato en lotes.

Ello opera tanto para los contratos sujetos a regulación armonizada, como para los que no lo están.

El precepto permite la limitación a la participación en lotes, y también la limitación a la adjudicación. Ambas posibilidades requieren justificarse en el expediente. Especialmente cuidadoso debe ser la posibilidad de limitar la adjudicación de varios lotes a una misma contratista, pues el efecto es que la adjudicación recaiga en una entidad que ha formulado una peor oferta.

5. Las consultas preliminares

Una clave para determinar correctamente el objeto e incluso otros aspectos de la futura licitación es la realización de consultas preliminares.

Mediante ellas se van a poder realizar consultas al mercado, expertos y otro tipo de agentes de cara a confeccionar la nueva licitación.

La importante novedad es que se quiebra la regla que preveía el artículo 56 TRLCSP, que disponía que aquellas entidades que participaron en la preparación del contrato no podrán participar en la licitación.

El procedimiento de consulta preliminar se regula en el artículo 115 LCSP.

Se parte de la necesidad de publicación del documento de la consulta preliminar en la Plataforma de Contratos del Sector Público o la plataforma equivalente autonómica.

Una vez realizada la consulta es necesario realizar un informe conteniendo el resultado de la misma, e indicando expresamente las empresas participantes y un resumen de lo consultado (sin divulgar sus propuestas concretas).

Además, debe garantizarse que no se producen restricciones a la competencia. En particular, no puede resultar un objeto tan concreto y determinado que solo una de las empresas consultadas lo reúna. También hay que ofrecer un mayor plazo de presentación de ofertas.

6. La programación de la contratación

El artículo 28.4 LCSP obliga a que se programe la contratación pública. El legislador ha pretendido que los licitadores no conozcan escasos días antes licitaciones importantes. Por ello, ha impuesto a los poderes adjudicadores que den a conocer la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada. A mi juicio, se trata de una obligación y no de un anuncio voluntario, por más que la forma de publicación sea un anuncio de transparencia previa voluntaria.

7. La publicidad en la Plataforma de Contratos del Sector Público

Venimos de una época en la que existían miles de perfiles de contratante. El artículo 347 LCSP acaba con ello. Ahora los perfiles de contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma.

Para las Comunidades Autónomas existe la posibilidad bien de acudir a la PCSP o al equivalente autonómico que esté interconectado con la misma. Los órganos de contratación de las Administraciones locales, así como los de sus entidades vinculadas o dependientes podrán optar, de forma excluyente y exclusiva, bien por alojar la publicación de sus perfiles de contratante en el servicio de información que a tal efecto estableciera la Comunidad Autónoma de su ámbito territorial, o bien por alojarlos en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

No llevar a cabo la publicación de la licitación de este modo generará nulidad de pleno derecho, a la vista de lo previsto en el artículo 39.2.c) LCSP.

8. Los contratos menores

Respecto del contrato menor, la primera novedad es la disminución de sus cuantías. Ahora son posibles para las obras de valor estimado inferior a 40.000 euros y las obras y los suministros inferiores a 15.000 euros.

Como se aprecia, ya no se emplea la expresión «cuando se trate de otros contratos», que empleaba el artículo 318.3 TRLCSP, con lo que, por ejemplo, no será posible, a mi juicio, celebrar estos contratos para contratos privados.

Pero la mayor novedad radica en el necesario informe de necesidad a realizar que deberá no sólo justificar la idoneidad del objeto, sino que además, el órgano de contratación, deberá pronunciarse sobre la ausencia de fraccionamiento y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo.

Esta segunda exigencia, está siendo interpretada, de formas muy distintas. En particular, parece guardar cierto parecido con la previsión efectuada por la Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción (122/000026), que señalaba en su artículo 5 que

«ninguna empresa podrá ser adjudicataria durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos menores celebrado con un mismo organismo cuya cuantía acumulada supere los 50.000 euros».

A su vez, el art. 73 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos en su art. 73.6 determina que: «6. Ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos».

La enmienda 583 del Partido Socialista a la LCSP, gozaba de una motivación escasa (simplemente señaló: «mejora técnica»).

Ello hace preguntarse sobre el alcance de esta interpretación. En este sentido, el Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón afirma, con acierto, que «la regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 debe operar respecto de contratos menores de la misma tipología a aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva, es decir, entre contratos menores de obras, entre contratos menores de servicios o entre contratos menores de suministros respectivamente, anteriores al nuevo contrato de obras, servicios o suministros que pretenda adjudicarse». Asimismo, refiere que el límite operaría por órgano (no por entidad como también podría parecer) y en el mismo ejercicio presupuestario.

Sin embargo, sorprendentemente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha hecho público los informes relativos a los expedientes 41/2017, 42/2017 y 5/2018 donde lejos de llevar a cabo una interpretación literal o incluso atender al contexto o a los antecedentes legislativos citados afirma que:

«El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación.

- Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca. n de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.

- La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico.

- Cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediando m mico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, si es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma. más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor».

9. El expediente de contratación y su publicidad. Aspectos prácticos

El expediente de contratación tiene su inicio con el informe de necesidad, que se incluye ahora en la «Memoria justificativa del contrato» y que incluye una serie de justificaciones hasta ahora desconocidas. El artículo 116 LCSP obliga a justificar: a) La elección del procedimiento de licitación. b) La clasificación que se exija a los participantes. c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo. d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen. e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional. f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios. g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.

A ello seguirá la aprobación del expediente, que deberá ser publicada (artículo 117 LCSP).

La aprobación del expediente incluirá la aprobación de los pliegos de condiciones. Pliegos cuya modificación solo se hace posible cuando existan errores aritméticos, materiales o de hecho (artículo 122 LCSP) donde se deberá ampliar el plazo de licitación (artículo 136 LCSP). En otro caso, se obliga a la retroacción del expediente.

Respecto de la publicidad de los pliegos de condiciones se elimina la publicidad en los boletines oficiales salvo en el BOE para la AGE. Bastará por tanto, con realizar la publicación en la PCSP.

Conviene aludir, en este momento, a la necesidad de publicar las aclaraciones al condicionado (como máximo 6 días naturales antes de la finalización del plazo), siempre que se hayan solicitado 12 días naturales antes (artículo 138 LCSP).

Por otra parte, en la valoración de las ofertas deberán tenerse en cuenta criterios sociales y ambientales en la práctica totalidad de las contrataciones (y no sólo como criterio de adjudicación, sino transversalmente –objeto, solvencia, criterios adjudicación, condiciones de ejecución– siempre que guarde relación con el objeto del contrato). Ello ya que se ha dado solución a un problema importante: relacionar el objeto del contrato con los criterios sociales y ambientales. La solución se produce por vía del artículo 145.2.a) LCSP que determina que «6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; (...)».

Otro aspecto relevante a verificar es que no va a ser posible, en la generalidad de los contratos, valorar de forma determinante el precio. El artículo 145.3 LCSP contiene los supuestos en que debe valorarse más de un criterio. En la práctica en los servicios y suministros

salvo que no quepa modificación de ninguna clase no va a ser posible incluir el precio como criterio determinante.

Ello, en términos generales, ya había sido puesto de manifiesto por la sentencia de 7 de octubre de 2004, C-247/2002 7, Sintesi SpA contra Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, que se oponía a la utilización general y abstracta del criterio del precio como único criterio.

Ahora, el criterio determinado tanto por el artículo 132 como por el artículo 145 es el criterio de mejor relación calidad precio.

Por otra parte, respecto de las condiciones de ejecución, el artículo 202 LCSP determina la obligatoriedad de que al menos siempre haya una condición social, ambiental o de innovación.

Respecto del proceso de apertura y valoración de las ofertas, cada procedimiento tiene sus particularidades, aunque se aclara que no es necesario abrir el sobre que contiene los criterios sometidos a juicio de valor públicamente. Tampoco será necesario realizar apertura pública del sobre que contenga los criterios evaluables mediante fórmula si la apertura tiene lugar electrónicamente en el abierto o abierto super simplificado (en el abierto simplificado es pública).

La LCSP está partiendo que, desde el mismo 9 de marzo de 2018, en que entró en vigor la LCSP, toda la contratación va a ser electrónica (por mandato de las disposiciones adicionales 15 a 17 LCSP).

Por otra parte, la publicidad del expediente el artículo 63.3 LCSP ordena dar publicidad a la práctica totalidad del expediente de contratación (informes de valoración de ofertas, actas, informes de justificación de las ofertas anormales,...).

10. La ejecución del contrato. La modificación del contrato

En materia de ejecución del contrato, los principales cambios tienen que ver con la subcontratación y la modificación del contrato.

En materia de subcontratación ya no es posible fijar un porcentaje máximo de subcontratación sino que deben establecerse, en su caso, las prestaciones que tengan carácter crítico o esencial y que por ello debe realizar el contratista. Asimismo, a partir de obras o servicios de más de 5 millones de euros, será necesario comprobar los pagos del contratista al subcontratista.

Pero lo más relevante es que el subcontratista debe cobrar en el mismo plazo que cobraría el contratista principal y que no puede renunciar válidamente a los derechos de pago reconocidos por la LCSP. Se rescata la acción directa (disposición adicional 51ª) pero sólo para el caso de que figure regulado en los pliegos.

Respecto de la modificación del contrato los cambios son muy relevantes.

El artículo 203 LCSP permite modificar el contrato tanto en los modificados previstos, como en los no previstos.

Ahora es obligatorio publicar las modificaciones contractuales y además es posible que se presente recurso especial frente a ellos aduciendo el incumplimiento de los presupuestos previstos en el artículo 203-207 LCSP.

Respecto de los modificados previstos, el artículo 204 LCSP prevé ahora como límites, además de la tradicional necesidad de que la modificación esté prevista de forma clara, precisa e inequívoca, que no se altera la naturaleza global del contrato ni se modifique más del 20% del precio total. Tampoco se permite establecer nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

Respecto de los modificados previstos, se permite modificar el contrato en los supuestos previstos en el artículo 205 LCSP:

- Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando no fuera posible el cambio de contratista y no se supere el 50% de alteración aislada o conjuntamente con otras modificaciones no previstas.
- Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre que no altere la naturaleza global y no se supere el 50% de alteración aislada o conjuntamente con otras modificaciones no previstas.
- Cuando las modificaciones no sean sustanciales. Se tendrá que justificar la necesidad y que no es sustancial porque no se dan los supuestos que prevé el artículo 205. 2.c) LCSP.

Asimismo, el artículo 242 LCSP para los contratos de obras no considera modificación del contrato a las variaciones de medición que no superen el 10%, pero es especialmente importante porque considera que no tienen el carácter de modificación del contrato «ii. La inclusión de precios nuevos, fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo».