

ALGUNAS NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS TRAS LA NUEVA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

*Miguel Ángel Busquets López
Julio de 2018*

1. AMBITO DE APLICACIÓN

A) Ámbito de aplicación subjetivo

A.1) Administraciones Públicas (AAPP): art. 3.2

- **Administraciones territoriales y determinados entes de derecho público institucionales¹, en todo caso**
- **Consortios y otros entes de derecho público del sector público que, verificando los requisitos propios de un poder adjudicador, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado²**

A.2) Poderes adjudicadores: art. 3.3 y 3.4

- **Las AAPP en todo caso**
- **Otros poderes adjudicadores no AAPP (PANAP): determinados entes en todo caso³ y otros entes de derecho público⁴ o de derecho privado⁵ del sector público⁶ cuando reúnan determinados requisitos en relación con su control y su actividad⁷**

A.3) Resto de entes del sector público (delimitado conforme al artículo 3.1) y particulares subvencionados en contratos subvencionados

B) Ámbito de aplicación objetivo:

B.1) Introducción:

- **Contratos onerosos con terceros (art. 2.1) que no impliquen ejercicio de autoridad por el contratista (art. 17 segundo párrafo y art. 284.1)**
- **Encargos a medios propios (arts. 32 y 33)⁸**

1 Como los OOAA y las Universidades públicas

2 En el ámbito de la CAIB, la mayoría de los Consortios (salvo el Consorcio que gestiona la Bolsa de plazas turísticas) y la mayoría de las EPEs (salvo Puertos de las IB)

3 Como las fundaciones del sector público (atendida, por definición, la ausencia de ánimo de lucro)

4 Como puedan ser, en el ámbito de la CAIB, el Consorcio y la EPE antes citadas en la nota 2

5 Como la mayoría de las sociedades mercantiles públicas (por no decir todas)

6 Se incluyen, a estos efectos, a las entidades integrantes de la denominada Administración Corporativa (colegios profesionales, cámaras de comercio, etc.) y a los partidos políticos

7 A saber (y aunque se financien mayoritariamente con ingresos de mercado), estar controlados en última instancia por AAPP u otros poderes públicos y realizar su actividad sin “carácter” industrial o mercantil (en el sentido de maximización del beneficio a partir del patrimonio integrante de la propia empresa), aun siendo una actividad propia del “tráfico mercantil” (sino con una finalidad de interés público o general), y sin asumir los riesgos propios de un empresario privado (riesgo real de quiebra, etc.); *vid.*, entre otras, la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2003; caso SIEPSA

8 Alternativos por definición a la licitación con terceros (y distintos de los supuestos de “transferencias de competencias o funciones” a entidades instrumentales con carácter permanente; *vid.* art. 32.7 y DA 53ª respecto la Agencia EFE, SAU)

- Determinados contratos subvencionados (art. 23)

B.2) Negocios y contratos excluidos:

B.2.1) Negocios jurídicos bilaterales distintos de los contratos onerosos:

- **Encomiendas de gestión de Derecho Administrativo con otras entidades de derecho público** (en el ámbito de las actuaciones **materiales** consecuencia del ejercicio efectivo de competencias o potestades administrativas)
- **Convenios de colaboración** (distintos a las encomiendas de gestión) con otras entidades de derecho público o de derecho privado (del sector público o del sector privado), cuyo contenido obligacional no sea el propio de los contratos onerosos⁹

B.2.2) Algunos contratos onerosos:

- Contratos onerosos **ajenos a la provisión de bienes y servicios** (relación funcional y contrato de trabajo, relaciones jurídicas con usuarios de servicios públicos que pagan tasa, precio o tarifa, contratos en los que el poder contratante es el que realiza la prestación y no el que la recibe, etc.)
- Contratos onerosos excluidos por estar incluidos en **otras normas de contratación específicas** (art. 7), como los denominados “sectores excluidos” (DA Octava), o en **otras normas de Derecho Administrativo** (como los contratos de adquisición de bienes inmuebles y otros; art. 9)
- Contratos onerosos excluidos por **otras razones** de política general o interés público (defensa y seguridad, determinados contratos de I+D+i, determinados contratos financieros, campañas políticas, etc.)

B.3) Tipos de contratos onerosos incluidos:

B.3.1) Contratos administrativos:

- Contratos **típicos**¹⁰: obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios (art. 25.1 a), excepto los puntos 1º y 2º, en relación con arts. 12 a 18)¹¹
- Contratos **atípicos o especiales**: otros contratos propios de las AAPP por estar directamente vinculados al giro o tráfico habitual de la Administración o por satisfacer directamente una finalidad pública de su competencia

B.3.2) Contratos privados:

- Contratos de las AAPP distintos a los contratos administrativos y, en todo caso, los indicados en los puntos 1º y 2º del art. 25.1 a)¹²
- Contratos de los PANAP y demás entes del sector público

9 Distinta al Convenio es la llamada acción “concertada” basada en autorizaciones y/o financiación de la acción privada mediante actos unilaterales de la Administración que no requieren “contrato” (art. 11.6). Vid., por ejemplo, arts. 89 bis a *septies* de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears, y art. 15 de la Ley 3/2018, de 29 de mayo, del tercer sector de acción social de las Illes Balears

10 Obsérvese que estos contratos típicos también lo son para los PANAP y demás entes del sector público, con la diferencia de que en estos casos esos mismos contratos, por definición, son “privados” y no “administrativos”

11 Se dice que la *asociación para la innovación* es realmente un tipo de contrato (complejo) y no un procedimiento de adjudicación, aunque la Ley no lo prevea así

12 Determinados contratos relativos a servicios financieros, creación e interpretación artística y literaria y espectáculos, así como los de accesos a bases de datos y suscripción de revistas y publicaciones

2. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

A) Procedimientos de adjudicación en contratos administrativos¹³ de las AAPP

A.1) Clases de “procedimientos”:

A.1.1) Adjudicación “directa”:

- Contratos menores y contratos del art. 131.4 (prestación sanitaria urgente)
- Contratos de la DA 9ª (acceso a bases de datos y suscripción de revistas y publicaciones) y del art. 310 (contratación para actividades docentes)
- Contratación de emergencia (art. 120 y DA 136 Ley 6/2018 PPGGE)
- Determinados contratos adjudicados por el procedimiento negociado sin publicidad (art. 168 letra a) punto 2º, letra c) punto 4º y letras d) y e)

A.1.2) Adjudicación en régimen de concurrencia competitiva, tras la valoración del criterio o los criterios de adjudicación que se establezcan

- Procedimientos de carácter “general”: abierto (normal u ordinario) y restringido
- Procedimientos de carácter “tasado”: abierto simplificado y súper-simplificado, negociado con publicidad¹⁴ o sin publicidad, diálogo competitivo, asociación para la innovación y curso de proyectos

A.2) Actuaciones previas al inicio de los procedimientos de adjudicación:

- Planificación previa: plan de contratación anual o plurianual y, al menos en contratos SARA, anuncio de información previa (arts. 28.4 y 134)
- Consultas preliminares al mercado, en su caso (arts. 70 y 115)

A.3) Formas de tramitación del procedimiento: ordinaria o urgente

A.4) Fases del procedimiento en régimen de concurrencia competitiva: preparación, licitación, adjudicación y formalización

A.4.1) Preparación¹⁵: formación y aprobación del expediente de contratación

- Resolución de inicio¹⁶, a instancia motivada¹⁷ del órgano que promueva su celebración (art. 116.1 y art. 73 Reglamento aprobado por RD 1098/2001)
- Pliego de cláusulas administrativas particulares¹⁸
- Pliego de prescripciones técnicas¹⁹

13 Y también privados (art. 26.2)

14 Mismos supuestos que para el diálogo competitivo

15 Salvo tramitación de emergencia

16 Con declaración de urgencia, en su caso

17 Mediante informe o memoria justificativa que refleje la necesidad y la idoneidad del objeto del contrato para satisfacer esa necesidad en los términos del art. 28, así como la insuficiencia de medios en contratos de servicios (arts. 63.3 a) y 116.4 f)

18 O documento descriptivo (si diálogo competitivo) o documento de licitación (si acuerdo marco)

19 *Ídem* nota anterior

- **Otros documentos²⁰**: informe del resultado de las consultas preliminares; justificación del procedimiento de licitación elegido cuando sea distinto del abierto o restringido; justificación de los criterios de solvencia, de los criterios de adjudicación y de las condiciones especiales de ejecución elegidos; justificación de la duración del contrato, del presupuesto²¹ base de licitación²² y del valor estimado; justificación en su caso de la decisión de no dividir en lotes, etc.²³

- **Otros documentos específicos en contratos de obras²⁴, concesiones de obras²⁵ y concesiones de servicios²⁶**

- Certificado de existencia de crédito o documento equivalente²⁷

- Resolución del órgano de contratación disponiendo la aprobación del expediente y la apertura de la licitación, y aprobación del gasto por ese mismo órgano o el que en cada caso sea competente, previas las autorizaciones que en su caso procedan²⁸

A.4.2) Licitación, adjudicación y formalización

- Anuncio²⁹ de licitación (salvo procedimiento negociado sin publicidad)

- Presentación de proposiciones³⁰ o solicitudes de participación en plazo³¹, con la información que proceda dar a los interesados a instancia de los mismos, en dos o tres sobres o archivos electrónicos:

1º. Documentación general del art. 140 acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos: declaración responsable general (según modelo DEUC) y otras declaraciones responsables³² adicionales³³ en su caso, así como documento acreditativo de la garantía provisional en su caso³⁴

2º. Proposición u oferta en la parte de la misma evaluable conforme a juicios de valor

3º. Proposición u oferta en la parte de la misma evaluable conforme a fórmulas

20 En la medida en que tales justificaciones no se incluyan en los propios pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas de acuerdo con los arts. 122.2 y 124

21 Y particularmente del precio, por referencia a su adecuación a mercado (arts. 102.3 y 309.1)

22 *Vid.* DA 33ª sobre presupuesto máximo en caso de suministros y servicios en función de necesidades

23 *Vid.* art. 116.4 en relación con art. 63.3

24 Proyecto de obras (arts. 231 y 233), informado en su caso por la Oficina de Supervisión de Proyectos (art. 235), y replanteo (art. 236)

25 Estudio de viabilidad (art. 247) y Anteproyecto de construcción y explotación de las obras (art. 248) o Proyecto de obras y replanteo (art. 249) según los casos

26 Estudio de viabilidad y, si el contrato implica la ejecución de obras, Anteproyecto de construcción y explotación de las obras o Proyecto de obras y replanteo según los casos (art. 285.2)

27 Según cuál sea el régimen presupuestario (limitativo o no) del ente de que se trate en cada caso

28 Como la del Consejo de Gobierno en la CAIB (art. 10.2 y 3 Ley 13/2017 PPGG y art. 15.2 Ley 7/2010)

29 En el perfil del contratante (alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público; *vid.* art. 347.2) y, si SARA, en el DOUE

30 *Vid.* art. 80 Reglamento respecto de la forma de presentar la documentación, que ha de entenderse superado por la presentación preferentemente electrónica regulada en las DA 15ª y 16ª

31 Plazo razonable (mínimo: arts. 156.2 y 3 y 164.1, sin perjuicio reducción si anuncio información previa, urgencia o tramitación electrónica)

32 Sin perjuicio de la posibilidad de exigir por la Mesa su acreditación efectiva (art. 140.3)

33 Sobre distinta solvencia según los lotes, sobre integración de la solvencia con medios de otras empresas, sobre constitución de UTE, sobre sometimiento a tribunales españoles en caso de extranjero

34 Y solo en procedimientos abiertos (*vid.*, en restringidos, art. 161.4)

- Valoración por la Mesa de la documentación general (sobre o archivo electrónico nº 1) y determinación de los candidatos admitidos o excluidos de licitación, previo trámite de subsanación de defectos formales en su caso (art. 141.2 y arts. 81 y 82 Reglamento)
- Valoración³⁵ por la Mesa o el Comité de Expertos³⁶ de la parte de la oferta evaluable conforme a juicios de valor (sobre o archivo electrónico nº 2), cuyo resultado se hace público en la siguiente sesión de la Mesa (art. 146.2 antepenúltimo párrafo)
- Valoración por la Mesa en acto público³⁷ de la parte de la oferta evaluable conforme a fórmulas (sobre o archivo electrónico nº 3), determinación de ofertas admisibles, inadmisibles o incursas en “temeridad” (anormalmente bajas), y clasificación de las ofertas admisibles por orden de puntuación³⁸
- Tramitación, en su caso, del procedimiento previsto en el art. 148³⁹ respecto de las ofertas anormalmente bajas (y calificación definitiva como admisible o inadmisible)
- Propuesta de adjudicación (no vinculante)⁴⁰ y adjudicación del contrato, salvo adjudicación desierta por falta de oferta alguna admisible (art. 150.3 segundo párrafo) o renuncia (por razones de interés público prevalente) o desistimiento (por razones de legalidad) de la Administración (art. 152)
- Formalización del contrato (art. 153), salvo procedimiento abierto súper-simplificado (art. 159.6 g)
- Anuncio de formalización en perfil de contratante y en su caso DOUE (art. 154)
- Informe *ad hoc* en contratos SARA (art. 336)

A.5) Normas relativas a la presentación de las ofertas o proposiciones:

- Regla general: proposición única, sin perjuicio de la posibilidad de presentar variantes si lo prevén los pliegos (art. 142), que se consideran otras proposiciones⁴¹
- Posibilidad de mejora (de la “misma proposición”): máximo 2,5 % puntuación si valoración de las ofertas según juicio de valor supera el 50 %⁴² (art. 145.7)

B) Criterios de adjudicación

35 Con los informes técnicos que se considere necesario pedir (arts. 146.2 b), 150.1 segundo párrafo y 157.5)

36 *Vid.* art. 146.2 a)

37 Acto público en el que, en primer lugar, se ha de comunicar el resultado de la valoración de la parte de la oferta evaluable conforme a juicios de valor (art. 146.2 antepenúltimo párrafo)

38 *Vid.* arts. 83 y sigs. Reglamento

39 Que prevalece sobre lo que pueda decir a este respecto el art. 85 del Reglamento

40 *Vid.* art. 157.6 *in fine*

41 Y, en caso de lotes, sin perjuicio de la posibilidad de presentar tantas proposiciones como lotes, salvo limitaciones especiales a estos efectos en los pliegos (art. 99)

42 Que no, por tanto, en caso contrario (para el que no se establece límite alguno)

- **Regla general: multiplicidad de criterios** en la búsqueda de una **mejor relación calidad-precio**, sin perjuicio posibilidad criterio único⁴³, en su caso⁴⁴
- **Delimitación de la relación calidad-precio: combinación de criterios económicos y criterios cualitativos** (art. 145.2): **calidad** (incluidos aspectos medioambientales y sociales)⁴⁵, **organización y experiencia del personal adscrito al contrato, condiciones de entrega, servicio postventa y asistencia técnica** (art. 145.2)
- **Valoración de los criterios**⁴⁶: mediante **fórmulas** o mediante **juicios de valor**, según los casos
- **Criterios de desempate** (art. 147)⁴⁷

C) Normas aplicables a la preparación y adjudicación de contratos de PANAP y demás entes del sector público

C.1) Contratos de PANAP

- **Contratos SARA** (art. 317): normas de preparación y adjudicación aplicables a las AAPP
- **Contratos No SARA** (art. 318)⁴⁸: cualesquiera procedimientos de adjudicación de los previstos para las AAPP, a su elección (salvo menores y negociados sin publicidad que solo pueden utilizarse en los mismos casos que los previstos para las AAPP)

C.2) Contratos de otros entes del sector público

- **Preparación: silencio legal**
- **Adjudicación** (art. 321): instrucciones internas de contratación (o reglas legales supletorias), a efectos de respetar los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia en contratos de cuantía superior a los menores de las AAPP

D) Régimen de impugnación y revisión de actos de preparación y adjudicación

D.1) Contratos de las AAPP

- **Contratos administrativos: JCA y recurso administrativo previo, especial en su caso u ordinario** (arts. 27.1 a) y 44), amén de la eventual revisión de oficio (art. 41)
- **Contratos privados: JCA y recurso administrativo previo, especial en su caso u ordinario** (arts. 27.1 b) y 44), amén de la eventual revisión de oficio (art. 41)

43 Que deberá basarse en todo caso en un parámetro relacionados con los **costes** (art. 146.1), esto es, en el **precio** (*vid.* artículo 143.3 a) o en la **rentabilidad** (como el coste del **ciclo de vida**; *vid.* art. 148)

44 La Ley establece determinados supuestos en los que siempre ha de haber una multiplicidad de criterios (art. 145.3)

45 Valoración mínima del 51 % en contratos del Anexo IV y en contratos de carácter intelectual

46 Preferencia de las fórmulas (art. 146.2), sin perjuicio de la calidad (*vid.* nota anterior y art. 145.4)

47 Que prevalece sobre lo que dice el art. 87.2 del Reglamento (sorteo)

48 Silencio legal en cuanto a preparación (a diferencia del antiguo TRLCSP que preveía la formación cuando menos de unos pliegos en contratos superiores a 50.000 euros)

D.2) Contratos de PANAP y otros entes del sector público

- Contratos (privados) de PANAP: JCA y recurso administrativo previo, especial en su caso o alzada impropia (arts. 27.1 c) y 44), amén de la eventual revisión de oficio (art. 41)⁴⁹

- Contratos (privados) de otros entes del sector público: JCA y recurso administrativo previo, especial en su caso o alzada impropia (arts. 27.1 d), 44 y 321.5), amén de la eventual revisión de oficio (art. 41)⁵⁰

3. EJECUCION, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN: RÉGIMEN JURÍDICO

A) Contratos de las AAPP

A.1) Contratos administrativos: normas de la LCSP y demás aplicables (art. 25.2)⁵¹

A.2) Contratos privados:

A.2.1) Contratos SARA: normas de derecho privado, salvo normas LCSP en materia de condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución (vid. art. 26.2 segundo párrafo *in fine* y arts. 203 a 207)⁵²

A.2.2) Contratos No SARA: normas de derecho privado (art. 26.2 segundo párrafo *in fine* interpretado a *sensu contrario*, pese a literalidad de art. 204.1 respecto art. 203)⁵³

B) Contratos de los PANAP

B.1) Contratos SARA: normas de derecho privado, salvo normas LCSP en materia de obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, condiciones especiales de ejecución, *modificación* (art. 204 y art. 205 si conformidad contratista⁵⁴) cesión, subcontratación, racionalización técnica de la contratación, condiciones de pago y determinadas normas en materia de resolución (vid. arts. 26.3 segundo párrafo y 319)^{55 56}

49 Obsérvese la “ficción legal” del art. 41.2 consistente en calificar tales actos como “administrativos” pese a que realmente no lo sean si no son dictados por una AP a los efectos de la Ley 39/2015

50 *Ídem* nota anterior

51 Y régimen de impugnación propio de los actos administrativos: JCA (art. 27.1 a) y recurso administrativo previo, especial en su caso u ordinario (art. 44)

52 Y régimen de impugnación general ante la Jurisdicción Civil (art. 27.2 a), salvo modificaciones contractuales: JCA (art. 27.1 b) segundo párrafo) y recurso administrativo previo, especial en su caso u ordinario (art. 44)

53 Y régimen de impugnación únicamente ante la Jurisdicción Civil (art. 27.1 b) segundo párrafo interpretado a *sensu contrario* y art. 27.2 a), aunque esto no es realmente del todo así (piénsese en la modificaciones o rescates No SARA sujetos a recurso especial, de cuya resolución conocerá la JCA)

54 *Vid. Instrucción nº 3/2018 Abogacía Estado*

55 Obsérvese que las salvedades son incluso mayores que las de los contratos privados de las AAPP (si bien estos últimos, por definición, son muy inferiores en relevancia y en número)

B.2) Contratos No SARA: *ídem* contratos SARA (según literalidad artículo 319.1)

C) Contratos de otros entes del sector público: normas de derecho privado (art. 26.4 segundo párrafo)⁵⁷

56 Y régimen de impugnación general ante la Jurisdicción Civil (art. 27.2 a), salvo modificaciones contractuales: JCA (art. 27.1 c) y recurso administrativo previo especial (en su caso) u ordinario si el ente es de derecho público (que no, por tanto, si es de derecho privado). *Vid.* arts. 44.6 y 41.2

57 Y régimen de impugnación únicamente ante la Jurisdicción Civil (art. 27.2 b)