LAS PRINCIPALES NOVEDADES DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

José Antonio Moreno

Madrid, 24 de febrero de 2016

Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público

Aprobado en el Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015, se encuentra actualmente en fase de informe del Consejo de Estado

TRASPONE AL DERECHO ESPAÑOL

- Directiva 2014/24/UE, relativa a la contratación pública

- Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión

Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales

Aprobado en el Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 , se encuentra actualmente en fase de informe del Consejo de Estado

TRASPONE AL DERECHO ESPAÑOL

- Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación en los sectores especiales

DECISIVA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

- La mayoría de las novedades introducidas por las Directivas 2014/23, 24 y 25 están basadas en la jurisprudencia del TJUE

- Resulta clave la doctrina del TJUE tanto para interpretar y aplicar las nuevas directivas como para trasponerlas al Derecho interno

Plazo de trasposición

Directivas 2014/23, 24 y 25/UE

HASTA

18 de abril de 2016

PROBLEMA IMPORTANTE EN ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL POR FALTA DE TRASPOSICIÓN

EFECTOS DE LAS DIRECTIVAS DE 2014

- Interpretación conforme con el Derecho UE: antes (para preservar efecto útil) y después de su trasposición al Derecho español
- Reglas de las directivas:
  - imperativas: efecto directo si no transposición en plazo
  - dejan una libertad de elección a los Estados miembros, hasta que no se incorporen no se aplican
- Disposiciones ya operativas: reglas ya establecidas en legislación vigente o reconocidas en jurisprudencia

NUEVA LCSP

Exposición de motivos:

…Más allá de la incorporación del nuevo Derecho europeo, la ley pretende "diseñar y ejecutar un nuevo sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos…"

La nueva norma busca mayor seguridad jurídica y "que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas … en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYMES, y todo ello, garantizando la eficiencia en el gasto público y respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad."

NUEVA LCSP

- 340 artículos y 35 disposiciones adicionales, frente a los 334 artículos y 34 disposiciones adicionales del TRLCSP.
- Estructura y sistemática se apoya en la del TRLCSP pero novedad IMPORTANTE:

  Libro específico a los contratos de poderes adjudicadores no Administraciones públicas y otros entes del sector público

NUEVA LCSP

- TÍTULO PRELIMINAR: disposiciones generales
- LIBRO I: Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos
- LIBRO II: Preparación, selección del contratista, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos
- LIBRO III: Contratos de otros entes del sector público
- LIBRO IV: Organización administrativa para la gestión de la contratación

PRINCIPALES NOVEDADES LCSP 2015

- Artículo 1 (Objeto y finalidad): principios generales de la contratación pública.

  Referencia expresa al principio de integridad, un objetivo fundamental en la actualidad de nuestro Derecho y prácticas administrativas nacionales , muy ligado a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y libre concurrencia. STJUE 12-3-2015, asunto C-538/13 (conflicto intereses)

PRINCIPALES NOVEDADES LCSP 2015

- Ámbito subjetivo:

Se aclara concepto poder adjudicador:

-apartado 1 sector público

-apartado 2 AAPP

-apartado 3 poderes adjudicadores

-apartado 4 (nuevo) incluye partidos políticos y sindicatos y organizaciones empresariales si hay financiación pública mayoritaria

PRINCIPALES NOVEDADES LCSP 2015

- Tipos contractuales:

-Ajuste a Derecho UE

-Contrato de concesión de servicios que se caracteriza por la existencia de riesgo (ya no hay contrato de gestión de servicios públicos)

-Se incorpora el criterio del riesgo operacional como elemento para delimitar concesión/contrato

JURISPRUDENCIA TJUE

- STJUE 10-3-2011, asunto C-274/09:

"El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado…":

-Competencia otros operadores

-riesgo insolvencia deudores

-ingresos no cubren gastos explotación…"

Anteproyecto nueva LCSP

Artículo 14. Contrato de concesión de obras (art.7 TRLCSP)

- …contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio

Anteproyecto nueva LCSP

- El derecho de explotación de las obras 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 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.

Anteproyecto nueva LCSP

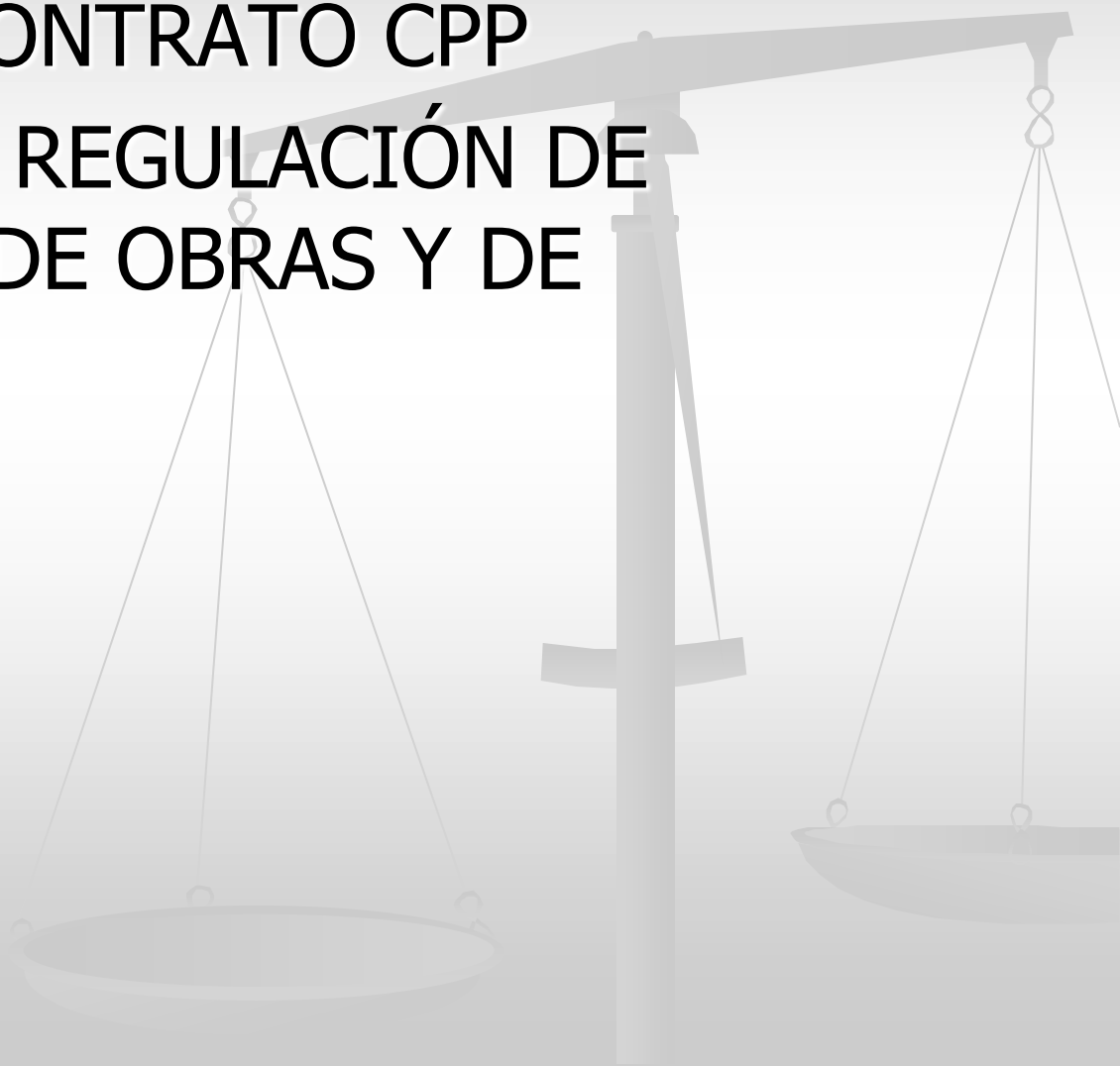
Artículo 15. Contrato de concesión de servicios

1. El contrato de concesión de servicios es aquél en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA

- DESAPARECE CONTRATO CPP
- SE INCLUYE EN REGULACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS Y DE SERVICIOS



CONTRATOS MIXTOS

- Los contratos que tengan por objeto dos o más tipos de contratación se adjudicarán conforme a las disposiciones aplicables al tipo de contratación que caracterice el objeto principal del contrato en cuestión.
- Frente a artículo 12 TRLCSP, que atendía al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico

CONTRATOS MIXTOS

- Jurisprudencia TJUE: en el caso de un contrato mixto cuyas distintas estipulaciones están ligadas inseparablemente y forman, por lo tanto, un todo indivisible, la operación en cuestión debe valorarse con arreglo a las normas por las que se rige la estipulación que constituye el objeto principal o elemento preponderante del contrato (p.e. sentencia 29-10-2009, Comisión/Alemania, C-536/07)

- Mención CPV en el artículo 2 favorece una mejor tipificación contractual
- Homogeneización conceptos utilizados en TRLCSP para referirse al valor de los contratos: “valor estimado”

PRINCIPALES NOVEDADES ANTEPROYECTO LCSP

- Se establece la declaración responsable como regla general en todo procedimiento abierto
- Se regula modelo de documento
- Hay que tener en cuenta el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación

PRINCIPALES NOVEDADES ANTEPROYECTO LCSP

- Control:

-Recurso especial obligatorio con importes armonizados pero se deslegalizan las cuantías, por lo que las CCAA podrán rebajar los límites

-No tribunales locales

-Cabe recurso contra modificaciones y encargos ilegales. Ya no es recurso precontractual

PRINCIPALES NOVEDADES ANTEPROYECTO LCSP

- Control:

-Se acaba con la dualidad jurisdiccional y se recupera teoría actos separables.

-Todas las cuestiones de preparación y adjudicación, al margen de importe y naturaleza poder adjudicador, se residencian en orden contencioso-administrativo

PRINCIPALES NOVEDADES ANTEPROYECTO LCSP

- Procedimientos:

-Se regula procedimiento abierto con tramitación simplificada (para contratos no armonizados en suministros y servicios y 2 millones en obras, salvo poder adjudicador no AP que lo puede utilizar para todo importe)

-En procedimiento negociado obligación de negociar delimitando ponderación

-MUY IMPORTANTE Desaparece el supuesto de negociado sin publicidad por la cuantía

PRINCIPALES NOVEDADES ANTEPROYECTO LCSP

- Procedimientos:

-Se mantiene contrato menor y sus cuantías (PREVISIÓN CRITICABLE)

-Nuevo procedimiento de asociación para la innovación con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras

PRINCIPALES NOVEDADES ANTEPROYECTO LCSP

- Medidas a favor PYMES:

-Nueva regulación de la división en lotes de los contratos, invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que si no se divide hay que justificarlo

-Acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito

UNIFICACIÓN FORMULARIOS

- Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1986 de la Comisión de 11 de noviembre de 2015 por el que se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública. PARA TODAS LAS DIRECTIVAS CONTRATOS PÚBLICOS:

2014/23, concesiones; 2014/24, clásica

2014/25, sectores; 89/665 y 92/13, recursos

2009/81, defensa y seguridad

PRINCIPALES NOVEDADES ANTEPROYECTO LCSP

- Poderes adjudicadores y entes sector público:

-Se les dedica el Libro III

-Se suprimen Instrucciones Internas de Contratación: importante uniformización de las reglas de contratación

-En contratos no armonizados elevación de cuantías en el procedimiento abierto simplificado

MUCHAS GRACIAS