

**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**

**Publicación:** Día 9 de noviembre de 2017, BOE núm. 272

**Fecha de esta ficha:** 12 de febrero de 2018

Un texto como la Ley 9/2017 (en adelante LCSP) que determina el régimen de aplicación a los contratos del sector público, cuyo objetivo principal ha sido trasponer al derecho español las directivas europeas 2014/23/UE y 2014/24/UE, requiere un análisis exhaustivo que excede de la finalidad que pretenden las circulares del servicio jurídico de la Diputación provincial de Huesca, que solo intentan dar una información que sirva de aproximación a los nuevos cambios normativos, recogiendo las cuestiones de mayor relevancia para las entidades locales de la provincia.

Por ello las distintas circulares informativas que se elaboren no tienen otra pretensión que acercar los cambios legislativos que se derivan del nuevo texto legal, intentando dar unas líneas generales que sirvan para la práctica del ámbito local.

Con esta finalidad se presenta esta segunda circular, cuyo contenido se ceñirá al objeto y ámbito de aplicación de la Ley en sus artículos 1 a 23 de la Ley, correspondiendo a la siguiente circular el régimen de invalidez de los contratos y el sistema de recursos en la contratación administrativa.

**Art. 1 de la Ley. Objeto de la Ley, principios generales, apoyo a las PYMES e incorporación de criterios sociales y ambientales**

La Ley 9/2017, como su propia denominación indica, tiene por objeto trasponer al ordenamiento español las Directivas comunitarias en materia de contratación. Su art. 1 determina el objeto y finalidad de la misma, recogiendo en su texto los principios generales de la contratación pública y que debemos tenerlos en cuenta en la interpretación y aplicación de la Ley, con un contenido idéntico al que recogía el anterior art. 1 del TRLCSP: principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Resaltamos por novedoso el contenido del artículo 1.3, ya que recoge otros objetivos perseguidos por la Ley. Así, este art. 1.3 obliga a que en toda contratación se incorporen “de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato”. Esta transversalidad supone la obligación de considerarlos tanto en fase de adjudicación, y siempre que estén vinculados al objeto del contrato (art. 145.5 c) y 145.6) como en fase de ejecución.

En fase de adjudicación, para entender qué son estos criterios debemos acudir al art. 145.2. 1ª de la misma Ley, que establece el régimen de los criterios de adjudicación de los contratos:

“Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.”

También estos criterios deben desplegarse durante la ejecución del contrato, conforme a lo que señala el art. 202 LCSP que señala que “en todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente”, apartado que determina que “estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.” El art. 202.2 detalla el posible contenido de estas condiciones, para lo cual nos remitimos a este precepto.

E igualmente este art. 1.3 obliga a facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social, reguladas en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. Esta previsión tiene expresa manifestación en varios preceptos de la Ley como la división en lotes, que ahora pasa a ser casi obligatoria, o la simplificación en la documentación a presentar o las medidas para garantizar el pago de facturas a las subcontratistas -generalmente, PYMES-.

### **Artículo 2: Ámbito de aplicación**

Este artículo tiene un contenido similar al anterior art. 2TRLCSP si bien destacamos que incluye la mención de que quedan sujetos a esta Ley los “contratos onerosos”, considerando que “un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta”.

Algún autor, considera que con la mera compensación de gastos ya hay beneficio económica, tesis que se apoya en la S del TJUE 21 de diciembre de 2016 asunto C-51/15 . Otros autores, a la vista de la necesidad de que el contrato tenga este carácter oneroso, considera que no se someterían a esta ley aquellos contratos en los que la retribución cubre el coste de la prestación, sin lucro de ningún tipo y sin beneficio para el contratista, como sucede en la prestación de servicios sociales por entidades privadas que reciben financiación pública, expresamente excluidos por el art. 11.6 LCSP:

“6. Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”

Esta previsión es distinta de lo recogido en la DA 48ª, sobre reserva de ciertos contratos sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones, que sí quedan sujetos a esta Ley, si bien con una restricción en la participación de las correspondientes licitaciones.

### **Artículo 3: Ámbito subjetivo.**

La LCSP es, en términos generales, continuista con la regulación anterior, disociando, a efectos de aplicación de la Ley, los conceptos de “sector público” -art. 3.1-, “poder adjudicador” -art. 3.3- y “administración pública”-art. 3.2-.

Las novedades en este ámbito tienen poca importancia para el ámbito local, por lo que nos limitaremos a señalar, a efectos meramente informativos, la sujeción a la Ley en los términos del art. 3,4 de los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales y asociaciones profesionales.

**Artículos 4 a 11. negocios jurídicos excluidos: convenios, contratos patrimoniales, contratos financieros.**

Anteriormente el artículo 4 TRLCSP enumeraba los negocios excluidos de aplicación de la ley de contratos, dedicando ahora la LCSP varios preceptos para regular esta cuestión.

Como antes, a estos negocios jurídicos excluidos, que se rigen por sus normas especiales, se les aplicarán los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse -art. 4-.

Centrándonos en los negocios excluidos de más interés al ámbito local, debemos señalar:

- convenios de colaboración interadministrativa -art. 6.1-. Quedan excluidos de aplicación de esta Ley los convenios de colaboración interadministrativa, que ahora se regulan en la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (art. 47 y ss), siempre que su contenido no esté comprendido en un contrato administrativo típico y cumplan los requisitos recogidos en el art. 6,1 LCSP, que se resumen en que los intervinientes no tengan vocación de mercado, que el instrumento suponga una cooperación para garantizar los servicios públicos que les incumben y que esta cooperación se guíe por el interés público.

- convenios de colaboración con entidades privadas -art. 6.2-. Este tipo de convenios quedan igualmente excluidos siempre que su contenido no esté comprendido en un contrato administrativo típico regulado en la LCSP o en normas especiales. Entrarían dentro de este grupo los convenios urbanísticos, por ejemplo, o los convenios que instrumentalicen subvenciones.

- encomiendas de gestión -art. 6.3- y encargos -art. 32-. La LCSP contiene ahora una precisión terminológica que la regulación anterior no contenía, al distinguir entre “encomiendas de gestión” y “encargos”. Las encomiendas de gestión son las que regula en el art. 11 de la LRJSP, Ley 40/2015, entre administraciones públicas: “La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta.”

Los encargos, que quedan también fuera de la aplicación de la Ley, se refiere a la cooperación vertical entre una administración y sus entes instrumentales con personalidad jurídica, regulados ahora en el art. 32 LCSP.

- contratos patrimoniales y relaciones jurídicas en el dominio público -art. 9-. No hay variación reseñable sobre estos contratos respecto a la regulación anterior: siguen excluidos de aplicación de esta Ley -salvo las previsiones especiales de las disposiciones adicionales- por tanto los contratos que celebren las entidades locales de arrendamiento, compraventa de bienes que no sean suministros, cesiones de uso, permutas ... Tampoco se aplicará a autorizaciones, licencias, concesiones administrativas sobre dominio público, debiendo estar en estos casos a lo que determine la legislación patrimonial.

Cierto es que esta exclusión, en ocasiones, queda relativizada por la propia legislación patrimonial, como sucede en las concesiones de dominio público a la que son de aplicación las prohibiciones para contratar por expresa remisión del art. 94 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En Aragón, para los propios contratos de patrimonio o cesión de uso en Aragón, el REBASO se remite a la normativa de contratación el art. 100.1, si bien esta remisión debe ponerse en duda ya que a la fecha del reglamento la legislación de contratación administrativa sí se aplicaba a los contratos patrimoniales.

- contratos en el ámbito financiero -art. 10-. Igualmente se excluyen, como sucedía en la ley anterior, quedan excluidos los contratos de servicios financieros, como contratos de préstamo o tesorería, por ejemplo.

- relaciones de empleo público -art. 11.1- Obviamente, se regulan por su normativa especial los contratos laborales, al igual que las relaciones de servicio del personal funcionario.

- prestación de servicios públicos -art. 11.2- Esta exclusión afecta a los servicios que prestan entidades locales a cambio de un precio público, tasa o tarifa.

- servicios sociales con simple financiación -art. 11.5-. A ellos ya aludimos en nuestro comentario al art. 1, por lo que damos por reproducido lo indicado en ese apartado.

### **Delimitación de tipos contractuales**

Los artículos 12 y ss regula la calificación de los contratos administrativos, que o son de obras, concesión de obras, concesión de servicios, contrato de suministro, contrato de

servicios -todos ellos citados en el art.12- además de los contratos administrativos especiales -art.25.1 b)-.De este listado destacamos ya la desaparición del contrato de colaboración público-privada y de la denominación del contrato de gestión de servicios públicos, que pasa a ser de concesión de servicios, como luego aludiremos.

Diferente de estos contratos administrativos son los contratos privados, concepto que la Ley utiliza para referirse no a los contratos patrimoniales, que están excluidos de la Ley, si no para referirse a los contratos enumerados en los artículos 25.1 a) y 26, que son los celebrados por entes del sector público que no sean administración pública, Dentro de los contratos privados que celebre una administración se encuentran algunos servicios financieros y los que tengan por objeto creación e interpretación artística y literaria y alguno de espectáculo.

El régimen jurídico de estos contratos se define en el art. 26 y la jurisdicción competente para conocer de las controversias que surjan en este tipo de contratos se determina en el art. 27: en términos generales o es la contencioso administrativa, respecto de actos de preparación y adjudicación; o es la civil , respecto de efectos y extinción.

La conceptualización de los contratos administrativos es similar a la recogida en el anterior TRLCSP, con la salvedad de que desaparece el contrato de gestión de servicios públicos, que pasa a denominarse contrato de concesión de servicios, definido en el artículo 15:

“1. El contrato de concesión de servicios es aquel 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.”

Para la diferenciación de cuando estamos ante un contrato de servicios o de concesión de servicios, hay que estar a la existencia o no de riesgo operacional para el contratista, definido en el art. 14.4 párrafo segundo:

“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.”

La existencia de este riesgo operacional es importante para decantarnos por la calificación de un contrato como de servicios o como de concesión de servicios; por ejemplo, en el contrato de servicios de piscina, que muchos ayuntamientos llevan a cabo, puede suceder

que ese mismo objeto se califique de una manera u otra: así, si la retribución del contratista depende de los abonos y entradas, y este no garantiza el coste de la prestación, hay riesgo operacional; si se le paga una cantidad fija por prestar el servicio, no lo habría. Como vemos, es una cuestión a dilucidar cuando se vaya a llevar a cabo una contratación.

Por último, y ya que nos referimos al contrato de concesión de servicios, informamos que desaparece la tradicional regulación de modalidades de gestión de servicio, que distinguía entre concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta.

Para el supuesto de que una entidad local lleve a cabo un contrato mixto -art. 18- , la preparación y adjudicación vendrá determinada por las reglas de este precepto, a las que nos remitimos, y que vienen a dar prevalencia a la prestación principal; por otro lado, deberá ser el pliego quien deba concretar el régimen jurídico de los efectos, cumplimiento y extinción, conforme obliga el art. 122.2.

#### **Los contratos de regulación armonizada (art. 19 y ss.)**

Este tipo de contratos se define exclusivamente por su valor estimado, siendo aquellos que superan los umbrales fijados por la Unión Europea, ampliándose a aquellos contratos subvencionados que superen igualmente estos importes (art. 23).

Los importes vigentes a la fecha de elaboración de esta circular no son los que figuran en la Ley, sino que están establecidos en la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018 (contrato de obras, 5.548.000 €, servicios y suministros 221.000 €).

No obstante, se excluyen algunos contratos que superan esos importes por el art. 19.2 de la Ley, entre los que están los de redes públicas de comunicaciones, servicios jurídicos (defensa, representación, notarías...), de comunicación audiovisual o radiofónica, o los contratos de concesión referidos a la explotación de redes de agua potable y su distribución, así como determinados proyectos de ingeniería hidráulica o eliminación o tratamiento de aguas residuales.

Esta circular ha sido elaborada por el Servicio de Asesoría Jurídica