

*ÚLTIMAS NOVEDADES EN MATERIA
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA*



§

GARRIGUES

Murcia, 19 de mayo de 2011

● PRESENTACIÓN DE LA JORNADA:

1. NOVEDADES EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:

1. Novedades en la lucha contra la morosidad introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio
2. Novedades en el procedimiento de licitación y en los medios de revisión de las decisiones del órgano de contratación (breve referencia a la Ley 34/2010, de 5 de agosto)
3. Modificación de la resolución de contratos por concurso del contratista
4. Garantía definitiva de los contratos de concesión de obra pública

2. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE:

1. Nuevo régimen jurídico de modificación de los contratos del sector público
2. Los contratos de colaboración público-privada

Parte 1ª: Novedades en el ámbito de la contratación pública.

D. Francisco Sánchez Hernández

Asociado del departamento de Derecho Administrativo de Garrigues




GARRIGUES

1. Novedades en la lucha contra la morosidad introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio: REFLEXIONES PREVIAS (1/3)



Algunos datos relevantes:

- Según diversas estimaciones a finales del año 2010 las Administraciones Públicas debían a las empresas unos 40.000 millones de euros y el retraso en el pago supera más de los 5 meses, lo que, sumado a la crisis económica, ha llevado a muchas PYMES a una "situación límite".
- La situación ha llegado a tal punto, que ahora, aunque un Ayuntamiento entregue un pagaré al empresario, el banco puede no aceptarlo. Dificultad para descontar certificaciones.
- La alternativa del confirming.
- Los servicios urbanos quizás son los más perjudicados (limpieza, saneamiento, obras públicas, etc).
- La morosidad de los poderes públicos con respecto a los bienes y servicios conllevan costes injustificados a las empresas.
- De hecho se estima que los problemas financieros derivados de la morosidad son la causa del 40 por ciento de las crisis empresariales.

1. Novedades en la lucha contra la morosidad introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio: REFLEXIONES PREVIAS (2/3)



- La Administración debería ser más diligente que cualquier empresa a la hora de realizar sus pagos.
- Entonces, ¿Cuáles son las razones de que la Administración pague tarde? ¿No hay más remedio que soportarla?
- Ante esta situación **¿era necesaria una Ley de lucha contra la morosidad en el Sector Público?**
- No deja de ser sorprendente:
 - ¿Dónde queda el principio de legalidad presupuestaria que reconocen nuestras Leyes?
 - ¿Para qué existe un cuerpo específico de funcionarios (los interventores) cuya función es precisamente la fiscalización previa de todos actos de contenido económico que asuman las Administraciones?
 - ¿Para que existe un procedimiento de contratación pública, largo, complejo, plagado de informes sobre la existencia y suficiencia de crédito, adecuación de las ofertas etc-....?
 - ¿Necesidad de reformar la normativa presupuestaria?

1. Novedades en la lucha contra la morosidad introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio: REFLEXIONES PREVIAS (3/3)



- Resulta muy relevante en la línea del cambio las siguientes cuestiones:
 1. La existencia de una especie de “juicio monitorio administrativo” en que el juez contencioso puede adoptar una actitud beligerante para facilitar el cobro de la Administración morosa, estructurado sobre la base de la justicia cautelar y la imposición de las costas procesales de forma imperativa a la Administración si pierde el litigio.
 2. La legitimación de las asociaciones empresariales para ejercitar acciones colectivas de cesación y de retracción en la utilización de las condiciones generales, conforme a la Ley 7/1998, de 13 de abril, en nombre de sus asociados.

En el ámbito del Sector Público hubiéramos deseado una declaración más explícita y más amplia de las capacidades de actuación de las organizaciones empresariales para actuar en lugar de que lo tengan que hacer las empresas directamente, evitando así que se pudieran tomar represalias, pues el artículo 19 LJCA señala que estarán legitimadas para interponer recurso contencioso administrativo *“las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”*.

1. Novedades en la lucha contra la morosidad introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio: **CONTENIDO**



- **¿A qué contratos se aplica?**: Disposición Transitoria Primera: “*Esta Ley será de aplicación a todos los **contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor**”, que fue el **7 de julio de 2010** (al día siguiente de su publicación en el BOE nº 163 de 6 de julio de 2010).*

- Novedades legislativas que introduce la Ley 15/2010 en la LCSP:
 - A) Reducción del plazo para el abono del precio de los contratos.
 - B) Procedimiento para hacer efectivo el pago.
 - C) Previsiones específicas: Contratos de obra pública en ejecución.
 - D) Otras medidas: mecanismos de transparencia, registro de facturas y nueva línea de crédito ICO-morosidad Entes Locales.

1. Novedades en la lucha contra la morosidad introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio: REDUCCIÓN DEL PLAZO PARA EL ABONO DEL PRECIO (1/2)



A. Reducción del plazo para el abono del precio de los contratos.

- **¿Cuál es el plazo de pago?** Modificación art. 200.4 LCSP, reduciéndose el plazo de 60 días a **30 días**.

- Se introduce la Disposición Transitoria Octava LCSP, en la que se establece la **transitoriedad y progresión en la introducción de la reducción del plazo** para el abono de la Administración del precio de los contratos:
 - 07-07-2010 a 31-12-2010 = 55 días.
 - 01-01-2011 a 31-12-2011 = 50 días.
 - 01-01-2012 a 31-12-2012 = 40 días.
 - 01-01-2013 en adelante = 30 días.

1. Novedades en la lucha contra la morosidad introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio: REDUCCIÓN DEL PLAZO PARA EL ABONO DEL PRECIO (2/2)



● ¿Qué reclamo?:

- **principal**
- **+ los intereses moratorios:** Tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate **más 7 puntos porcentuales** (Ej: BOE 31/12/2010, Resolución DGTesoro y Política Financiera para el primer semestre natural del año 2011: 1% + 7%)
- **+ costes de cobro** previstos en la Ley 3/2004 (artículo 8): *“Cuando el deudor incurra en mora, el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro **debidamente acreditados** que haya sufrido a causa de la mora de éste. En la determinación de estos costes de cobro se aplicarán los principios de transparencia y **proporcionalidad respecto a la deuda principal**. La indemnización no podrá superar, en ningún caso, el 15 % de la cuantía de la deuda, excepto en los casos en que la deuda no supere los 30.000 euros en los que el límite de la indemnización estará constituido por el importe de la deuda de que se trate”.*
- **+ costas procesales (novedad)** (Se suprime en el art. 8 de la Ley 3/2004 la mención: *“No procederá esta indemnización cuando el coste de cobro de que se trate haya sido cubierto por la condena en costas del deudor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241 a 246 y 394 a 398 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”*).

B. Procedimiento para hacer efectivo el pago.

- Nuevo art. 200. *bis* LCSP.
- Anteriormente se suplía la carencia de procedimiento específico por diversas vías:
 - Reclamación en vía administrativa + 3 meses (art. 29.1. LJ) RCA por inactividad de la Administración, al considerarse que está obligada al pago de la factura en virtud de contrato (2 meses)
 - Reclamación en vía administrativa + 3 meses (art. 42 LRJPAC) RCA frente a la desestimación presunta (6 meses)

1. Novedades en la lucha contra la morosidad introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio: PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVO EL PAGO (2/2)



● Procedimiento:

- Transcurso del plazo legal para el pago.
- Reclamación en vía administrativa.
- Tras 1 mes sin contestación:
 - Se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago.
 - Se podrá formular RCA contra la inactividad de la Administración: reconocimiento judicial de un derecho de cobro determinado.
 - **Medida cautelar de solicitud del “pago inmediato de la deuda”**: El órgano judicial **debe** adoptarla salvo que: (i) la Administración acredite que no concurren los requisitos para el cobro; (ii) o que la Administración acredite que no es esa la cantidad exigible, en cuyo caso se limitará a esta última.
 - La sentencia **condenará** en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro

1. *Novedades en la lucha contra la morosidad introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio: PREVISIONES ESPECÍFICAS*



C. Previsiones específicas: Contratos de obras en ejecución.

- La Disposición Transitoria Tercera de la Ley 15/2010 establece un régimen excepcional que permite pactar plazos superiores a los previstos en dicha norma hasta el 7 de julio de 2012 cuando concurren los siguientes requisitos:
 - Que dichos pactos se efectúen entre **empresas constructoras de obra civil y sus proveedoras y/o subcontratistas.**
 - Que el pacto se efectúe respecto de **contratos de obra vivos o en ejecución** suscritos con alguna Administración Pública.
 - Que se ajusten a los siguientes plazos máximos de pago:
 - 120 días desde el 7 de julio de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011.
 - 90 días desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012.
 - 60 días desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013.
 - No se permiten los pactos entre las partes por encima de dichos plazos y fechas

1. *Novedades en la lucha contra la morosidad introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio: OTRAS MEDIDAS*



D. Otras medidas: mecanismos de transparencia y registro de facturas.

- Se introducen mecanismos de transparencia (art. 4 de la Ley 15/2010) en las Administraciones Públicas con el fin de evitar que ésta incurra en mora en el pago a los contratistas.
- La información así obtenida **podrá ser utilizada** por las Administraciones receptoras para la elaboración de un **informe periódico y de carácter público** sobre el cumplimiento de los plazos para el pago por parte de las Administraciones Públicas.
- Se crea un Registro de Facturas en las Administraciones Locales a los efectos *de poder justificar las prestaciones realizadas por los contratistas.*
- Tales medidas son, desde nuestro punto de vista, muy poco ambiciosas y, en su mayoría, potestativas para las diferentes Administraciones Públicas.
- Disposición Adicional Cuarta. Nueva línea de crédito ICO-morosidad Entes Locales para facilitar el pago de deudas firmes e impagadas a empresas y autónomos con anterioridad al 30 de abril de 2010.No obstante, Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011 modifica el texto, haciéndolo mucho más ambiguo.

2. Novedades en el procedimiento de licitación y en los medios de revisión introducidas por la Ley 34/2010: CAUSAS DE LA MODIFICACIÓN



- Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas de recursos 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.
- Insatisfacción persistente de la doctrina y las instituciones europeas en la regulación del régimen de recursos: STJUE de 3 de abril de 2008.

2. Novedades en el procedimiento de licitación y en los medios de revisión introducidas por la Ley 34/2010: REFUNDICIÓN DE LA ADJUDICACIÓN PROVISIONAL Y DEFINITIVA (1/2)



- **Situación anterior a la reforma: plazo de espera entre la publicación de la adjudicación provisional y la adjudicación definitiva, con suspensión automática de la adjudicación provisional recurrida. Perfección del contrato con su adjudicación definitiva:**
 - El órgano de contratación adjudicaba provisionalmente el contrato al licitador que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa.
 - La elevación a definitiva de la adjudicación provisional no podía producirse antes del transcurso de 15 días desde la publicación de aquella en un diario oficial o en el perfil del contratante. Durante este plazo el adjudicatario debía aportar la documentación acreditativa de su aptitud para contratar y constituir la garantía definitiva.
 - El plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación era de 10 días hábiles a partir del siguiente a la notificación o publicación. La interposición producía la suspensión de la tramitación hasta la resolución expresa, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y a su formalización.
 - La adjudicación definitiva debía producirse en el plazo de 10 días hábiles a contar desde que hubiera expirado el plazo de 15 días anterior, siempre que el adjudicatario hubiera presentado la documentación señalada.
 - El contrato debía formalizarse en el plazo de 10 días hábiles a contar desde la notificación de la adjudicación definitiva. En todo caso, el contrato se perfeccionaba mediante su adjudicación definitiva.

2. Novedades en el procedimiento de licitación y en los medios de revisión introducidas por la Ley 34/2010: REFUNDICIÓN DE LA ADJUDICACIÓN PROVISIONAL Y DEFINITIVA (2/2)



- **En virtud de la reforma: plazo de espera entre la remisión de la notificación de la adjudicación única y la formalización, con suspensión automática de la adjudicación recurrida. Perfección del contrato con su formalización:**
 - El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado oferta económicamente más ventajosa para aportar, en el plazo de 10 días hábiles, la documentación acreditativa de estar al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente.
 - El órgano de contratación deberá adjudicar el contrato dentro de los 5 días hábiles siguientes a la recepción de la documentación. La adjudicación deberá notificarse a los licitadores y publicarse en el perfil de contratante.
 - La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permite al licitador excluido o candidato descartado interponer recurso especial en materia de contratación suficientemente fundado.
 - La notificación se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario. En particular, podrá efectuarse por correo electrónico a la dirección que los licitadores o candidatos hubiesen designado al realizar sus proposiciones.
 - En la notificación y publicación de la adjudicación del contrato deberá indicar necesariamente el plazo en que debe procederse a su formalización conforme al artículo 140.3 LCSP.
 - En virtud del artículo 140.3 LCSP:
 - Si el contrato es susceptible de recurso especial, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran 15 días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Requiriendo la Administración que se formalice en un plazo no superior a 5 días desde que trascurra el plazo anterior.

El plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles a partir del siguiente a la notificación o publicación. La interposición produce la suspensión de la tramitación del expediente de contratación hasta la resolución expresa, sin que pueda, por tanto, procederse a su formalización.
 - En el resto de casos, la formalización deberá producirse no más tarde de 15 días hábiles siguientes a aquél en que se reciba la notificación de la adjudicación.
 - El contrato se perfecciona con su formalización.

2. Novedades en el procedimiento de licitación y en los medios de revisión introducidas por la Ley 34/2010: RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN (1/3)



- Se añade un LIBRO VI (“Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos”) conteniendo los artículos 310 a 320.
- RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN:
 - Contratos en los que resulta susceptible de interponerse:
 - Contratos sujetos a regulación armonizada.
 - Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II LCSP y cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros.
 - Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a 5 años.
 - ACTOS RECURRIBLES:
 - Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
 - Los actos de trámite que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable (Ej.: la exclusión de los licitadores).
 - Los acuerdos de adjudicación.
 - CARÁCTER POTESTATIVO

2. Novedades en el procedimiento de licitación y en los medios de revisión introducidas por la Ley 34/2010: RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN (2/3)



- **ÓRGANO COMPETENTE:** Órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias:
 - AGE: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES.
 - CCAA:
 - Órgano propio.
 - Convenio con AGE para atribuir competencia a TACREC
 - Facultad de recoger recurso previo.
 - EELL: La competencia será establecida por las normas de las CCAA con competencia en régimen local y contratación (EARM).
- **SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES PREVIA A LA INTERPOSICION DEL RECURSO ESPECIAL:**
 - A resolver en 5 días
 - La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones.
- **INICIACION DEL PROCEDIMIENTO Y PLAZO DE INTERPOSICIÓN:**
 - Escrito de comunicación de voluntad de recurrir al órgano de contratación en el plazo de quince días.
 - En el mismo plazo, interposición del recurso que deberá presentarse necesariamente en el registro del órgano de contratación o del competente para resolver en el plazo de quince días. OJO: Deberá acompañarse justificante de haber realizado la comunicación.

2. Novedades en el procedimiento de licitación y en los medios de revisión introducidas por la Ley 34/2010: RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN (3/3)



- EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN: Suspensión de la tramitación de la contratación.
- TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO:
 - Interpuesto el recurso se remitirá el expediente al órgano competente para resolverlo.
 - Dentro del plazo de 5 días hábiles a la interposición, se dará traslado a los restantes interesados para formular alegaciones en un plazo de 5 días. En este plazo, simultáneamente sobre las medidas provisionales y sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática.
 - Una vez recibidas las alegaciones de los interesados y, en su caso, practicada la prueba considerada pertinente, se resolverá el recurso debiendo pronunciarse la resolución:
 - Sobre la procedencia o no de la anulación de las decisiones ilegales
 - Si fuera preciso la adjudicación del contrato a otro licitador se concederá a este último un plazo de 10 días hábiles para aportar la documentación requerida por el artículo 135.4 LCSP.
 - Podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal (cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta)
 - Posibilidad de condena en costas en casos de temeridad o mala fe (1.000-15.000 euros).
 - Contra la resolución cabe recurso contencioso-administrativo.
 - ¿Plazo para resolver?
- **ARBITRAJE:** Posibilidad de acudir al arbitraje en las cuestiones que se susciten sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos.

2. Novedades en el procedimiento de licitación y en los medios de revisión introducidas por la Ley 34/2010: CUESTIÓN DE NULIDAD



- **“CUESTION DE NULIDAD”**: Nueva acción administrativa en el ámbito contractual previa al contencioso-administrativo y paralela al recurso especial y cauces ordinarios de revisión. Aplicable a los mismos contratos en los que pueda formularse el recurso especial.
- **Supuestos especiales de nulidad contractual:**
 - Ausencia de publicación en el DOUE cuando resulte preceptivo.
 - Cuando no se hubiera respetado el plazo de 15 días que debe transcurrir entre la adjudicación y la formalización.
 - Cuando habiéndose interpuesto recurso especial, no se hubiera dado la suspensión automática.
 - Cuando se incumplan las condiciones de adjudicación en los Acuerdos Marcos y en los Sistemas Dinámicos de Contratación.
- **Interposición de la cuestión de nulidad:**
 - Ante el Tribunal administrativo independiente previsto en el artículo 311 LCSP.
 - En el plazo de 30 días en los supuestos de publicación en boletines nacionales o desde la notificación a los licitadores afectados. En el resto de casos 6 meses desde la formalización del contrato.
- **Tramitación:** Conforme a las reglas del recurso especial salvo que, fundamentalmente: no es de aplicación la comunicación previa ni se da la suspensión automática.
- **Efectos jurídicos:** La declaración de nulidad llevará consigo la del contrato, que entrará en fase de liquidación. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. Sin embargo, podrá no declararse la nulidad contractual si existen razones imperiosas de interés general que lo exijan, sustituyéndose en este caso la declaración de nulidad por la imposición de sanciones (o bien multas o bien reducción del plazo del contrato).

3. *Modificación de la resolución de contratos por concurso del contratista (1/2)*



En el marco de las medidas destinadas a favorecer la actividad empresarial, el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo procedió a modificar la LCSP para facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que este haya adquirido eficacia en un convenio. Las concretas modificaciones introducidas por RDL 6/2010 son las siguientes:

- *Artículo 49. Prohibiciones de contratar.* No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

*“b) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, **salvo que en éste haya adquirido eficacia un convenio**, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación”.*

NOTA: Los artículos 206 y 207.2 LCSP permanecen con la redacción original:

- *“Son causas de resolución del contrato: b) la declaración de concurso” (art. 206).*
- *“La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato” (art. 207.2).*

3. *Modificación de la resolución de contratos por concurso del contratista (2/2)*



- *Art. 208. Efectos de la resolución.*

*“5. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. **Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable**”.*

- *Art. 209. Cesión de los contratos.*

“2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

*b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por ciento del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. **No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación**”.*

La DA6ª Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, introduce un apartado 4 al artículo 83 LCSP relativo a la exigencia de garantía definitiva en la contratación del sector público:

“4. En la concesión de obras públicas el importe de la garantía definitiva se calculará aplicando el 5% sobre el valor estimado del contrato, cuantificado con arreglo al artículo 76.3.

El órgano de contratación, atendidas las características y la duración del contrato, podrá prever en los pliegos, justificándolo adecuadamente, la posibilidad de reducir el importe de la garantía definitiva, una vez ejecutada la obra y durante el periodo previsto para su explotación. Sin perjuicio de otros criterios que puedan establecerse en los pliegos, esta reducción será progresiva e inversamente proporcional al tiempo que reste de vigencia del contrato, sin que pueda suponer una minoración del importe de la garantía por debajo del 2 por ciento del valor estimado del contrato”.

Parte 2ª: Principales Novedades en materia de contratación pública en la Ley 2/2011 de Economía Sostenible.

D. Antonio Lon García

Socio del departamento de Derecho Administrativo de Garrigues




GARRIGUES

MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS



- Se introduce un nuevo Título V en el Libro I de la LCSP.
- Art. 92 bis: Supuestos en que cabe introducir modificaciones en los contratos del sector público (no sólo en los administrativos).
 - Cuando así se haya previsto en los Pliegos o en el anuncio de licitación, o
 - En los casos y con los límites establecidos en el nuevo art.92 quarter.
- En otro caso, será necesario resolver el contrato y volver a licitar.
 - Derecho del contratista a percibir un 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa le sea imputable.
 - La resolución del contrato primitivo y la tramitación del nuevo contrato, pueden tramitarse simultáneamente. Se aplicará la tramitación de urgencia en ambos expedientes.
 - Obligaciones del anterior contratista hasta la adjudicación del nuevo contrato (art.208.6 LCSP): adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave transtorno al servicio público o la ruína de lo construido o fabricado.
- En todo caso, no se consideran modificaciones a estos efectos:
 - Los supuestos previstos en la Ley de sucesión en la persona del contratista (fusión, escisión, aportación de rama de actividad).
 - Cesión del contrato.
 - Revisión de precios.
 - Prórroga del plazo de ejecución.

MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS



- En cualquier caso, no puede modificarse el contrato con los siguientes fines:
 - Adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas.
 - Ampliar el objeto a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato.
 - Incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.

En estos casos, deberá procederse a una contratación independiente de las nuevas prestaciones, aplicándose el régimen previsto para los contratos complementarios si se dan las circunstancias previstas en los arts. 155.b) y 158.b) LCSP.

- **Art. 92 ter: Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación.**
 - La posibilidad de modificación debe haberse advertido expresamente.
 - Deben haberse detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá modificarse el contrato.
 - También el alcance y límites de las eventuales modificaciones, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar.
 - Debe indicarse el procedimiento que haya de seguirse para la modificación.
 - Los supuestos en que podrá modificarse el contrato deben definirse con total concreción por referencia a circunstancias que puedan verificarse de forma objetiva.
 - Las condiciones de la eventual modificación deben precisarse con detalle suficiente que permita a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a condiciones de aptitud de los licitadores y valoración de las ofertas.

- **Art. 92 quater: Modificaciones NO previstas en la documentación que rige la licitación.**

Sólo podrán introducirse modificaciones cuando se justifique suficientemente alguna de las siguientes circunstancias:

- Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.
- Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.
- Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.
- Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.
- Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS



- La modificación del contrato no podrá alterar las **condiciones esenciales** de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.
- Se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:
 - Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.
 - Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
 - Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.
 - Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.
 - En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

- Art. 92 quinquies: Procedimiento.
 - En el caso previsto en el artículo 92 ter las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos.
 - En las modificaciones del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 92 quáter, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.
 - En los contratos administrativos deberá darse audiencia al contratista y será preceptivo el Informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la respectiva Comunidad Autónoma cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

- Arts. 155.b) y 158.b) LCSP.

Podrán adjudicarse directamente al mismo contratista cuando se den todos los siguientes requisitos:

- Que sean necesarias para ejecutar la obra o prestar el servicio tal y como estaba descrito/a en el proyecto o en el contrato sin modificarlo.
- Sean debidas a **“una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente”** (en vez de en caso de “circunstancias imprevistas”).
- Se apliquen los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente.
- Que las obras o servicios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento.
- Que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato.

● Objeto.

Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento

- Procedimiento: el diálogo competitivo.
- La transferencia de riesgos:
 - Posibilidad de no consolidación a efectos de déficit y endeudamiento.
 - Al menos el riesgo de construcción y el riesgo de disponibilidad o de demanda.



● Fórmulas de financiación (art.37.3 LES)

- En el clausulado del contrato podrán establecerse previsiones sobre las garantías que conforme a lo previsto en las disposiciones reguladoras de la financiación privada de las concesiones de obras públicas puede obtener el contratista para la captación de la financiación necesaria para la ejecución de contrato.
- El contrato preverá un régimen de notificación por el contratista de las operaciones financieras que concierte para la financiación del contrato.
- En el caso de que proceda la resolución del contrato, el órgano de contratación, antes de acordar ésta, dará audiencia a los acreedores por si éstos ofrecen subrogarse en el cumplimiento del contrato, directamente o a través de una entidad participada, en condiciones que se consideren compatibles con su buen fin, siempre que reúnan los requisitos exigidos al adjudicatario.
- Cuando la ejecución del contrato lleve aparejados costes de inversión iniciales y se prevea que las obras o equipamientos que se generen vayan a incorporarse al patrimonio de la entidad contratante al concluir o resolverse el contrato, podrá establecerse que, cuando proceda la resolución del contrato, la entidad contratante pueda poner a disposición de los acreedores una cantidad no superior al 80 por ciento del coste real de las inversiones realmente ejecutadas detrayendo esta cantidad de la liquidación del contrato.

Antonio Lon García

antonio.lon@garrigues.com

Francisco Sánchez Hernández

francisco.sanchez.hernandez@garrigues.com

J & A Garrigues SLP, Abogados y Asesores Tributarios

C/Portillo de San Antonio, 8, Entresuelo 2

30005, Murcia

Tel. 968 27 47 27

Fax. 968 27 45 78