



Contratación pública

Indicaciones marco 2014-2020

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE INSPECCIÓN Y CONTROL

Rosa María Alonso Díaz

Febrero de 2017

Marco jurídico (UE)

Directivas

- **Directivas de contratación (3º generación):** 2004/18/UE “Directiva de contratos” y 2014/17CE “Directiva de sectores especiales”
- **Nuevas Directivas (4º generación):** 2014/24/UE “Nueva Directiva de contratos”, 2014/23/UE “Directiva de concesiones”, 2014/25/UE “Nueva Directiva de sectores especiales”. (26/02/2014).
- **Obligación de transposición antes del 18 de abril de 2016** (salvo en el caso de la contratación pública electrónica en cuyo caso el plazo es hasta septiembre de 2018).

Normativa Comisión

- Decisión de la Comisión C(2013) 9527 de 19.12.2013 relativa al establecimiento y aprobación de las directrices para la determinación de las **correcciones financieras** que haya de aplicar la Comisión a los gastos financiados por la Unión en el marco de la gestión compartida, en caso de incumplimiento de las normas en materia de contratación pública.>>> Directivas de 3ª generación.
- **Guía Práctica de Contratación Pública** sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos.

Marco jurídico (España)

Legislación en vigor

- Real Decreto Legislativo 3/2011 (TRLCSF)+ Real Decreto 1098/2001 (**Reglamento General**), **Real Decreto 817/2009**.
- Ley 13/2003 reguladora del contrato de concesión de obras públicas.
- Ley 31/2007 sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. (*Sectores especiales*).
- Ley 24/2011 de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad.
- Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos de Navarra

Normativa en desarrollo

- “**Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público**”>>>Tiene como principal objetivo la trasposición de las Directivas 2014/24/UE (Nueva Directiva de Contratos y 2014/23/UE Directiva de Concesiones”). Presentado al Congreso el 25/11/2016. En plazo de presentación de enmiendas. Tipo de tramitación urgente.
- “**Proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales**”>>> Principal objetivo la trasposición de la Directiva 2014/25/UE “*Nueva Directiva de sectores especiales*”. Presentado al Congreso el 25/11/2016. En plazo de presentación de enmiendas. Tipo de tramitación urgente.



Marco jurídico nacional...



- “Documento de estudio” de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública
 - Estudio sobre los efectos jurídicos de las nuevas Directivas
 - Adaptación del objeto del recurso especial al contenido de las nuevas Directivas de contratación pública:
 - modificados contractuales, subcontratación, resolución de contratos, encomiendas de gestión (en tanto se cuestione el cumplimiento de las Directivas)
 - concesión de servicios según el valor estimado del contrato.
- “Recomendación de la JCCA” 15 de marzo 2015
 - Recomendaciones por tipo de contrato
 - Recomendaciones aplicables a todos los tipos de contrato (**Publicidad DOUE**, Anuncios, Plazos, Procedimiento negociado, Disponibilidad electrónica de pliegos, Sistemas dinámicos de contratación)
- Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (Cataluña). **Suspendido**

Principales novedades del “*Proyectos de LCSP*”

- Principal objetivo es la trasposición al derecho español de las Directivas de 4º generación, pero además introduce mejoras técnicas para superar deficiencias y disfuncionalidades del sistema contractual nacional.
- Procedimiento abierto con tramitación simplificada, con garantías de publicidad (contratos de obra inferiores a 2 MM € y contratos de servicios y suministros bajo umbrales comunitarios y criterios evaluables mediante juicios de valor hasta 20% o 30% en algunos supuestos).
- Imposición a las entidades contratantes de la obligación de tomar medidas para garantizar que en la ejecución de sus contratos las empresas cumplen las obligaciones de tipo medioambiental, social y laboral. La Ley extrema esta protección cuando faculta a las entidades contratantes para no adjudicar el contrato a la mejor oferta cuando estas hubieran comprobado que la misma no cumple las referidas obligaciones de tipo medioambiental, social y laboral.

Principales novedades de los “Anteproyectos de LCSP”

- **Norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses:**

“el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.”

*¿Cómo afecta la entrada en vigor de las
Nuevas Directivas a los contratos
cofinanciados?*

*¿Qué nuevas irregularidades podrían
afectar a los contratos cofinanciados?*

Efectos jurídicos de la falta de transposición en plazo de las Directivas

- **Artículo 288 TFUE: Directiva es una disposición de Derecho derivado que obliga al EEMM al resultado y no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial.**
 - La Comisión puede pedir al TJUE que condene al Estado incumplidor.
 - En determinadas condiciones, los particulares pueden obtener una indemnización derivada de la incorrecta transposición o transposición con retraso.
 - Cumpliéndose ciertos requisitos la Directiva tiene **efecto directo**, de modo que los particulares pueden alegarla ante los jueces nacionales.

Efecto directo : Requisitos

➤ **Ámbito de aplicación:**

- **Subjetivo:** Se aplica a los poderes adjudicadores (por tanto no puede aplicarse a entidades del sector público distintas de los poderes adjudicadores).
- **Objetivo:** Contratos íntegramente incluidos en las Directivas (por tanto no se aplica a contratos subvencionados y a los de servicios sociales y otros servicios específicos a los que sólo les aplican algunas normas y principios generales).

➤ **Incumplimiento del deber de transposición:**

- Las Directivas de 4ª generación son muy similares en muchos aspectos a las Directivas de 3ª generación y en muchos casos las novedades positivizan la jurisprudencia del TJUE en este ámbito.
- El TRLCSP satisface en gran medida una buena parte del mandato de incorporación de las Nuevas Directivas.
- En algunos casos el TRLCSP incluye opciones legislativas “más exigentes” que las pedidas por la propia Directiva (i.e. régimen de modificación contractual)

En los supuestos en los que el contenido de la nueva Directiva esté ya incorporado por el TRLCSP no procede la aplicación del efecto directo, sino la del propio TRLCSP.

Efecto directo : Requisitos (Cont.)

➤ **Mandato claro, preciso e incondicionado**

- No tienen efecto directo los artículos que dependen de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario (i.e. “ofertas integradoras en los contratos licitados por lotes” DN 46.3, contratos reservados para determinados servicios DN 77.1)
- En general si tienen efecto directo los preceptos relativos al ámbito de aplicación subjetivo y material de las Directivas y las relativas a los procedimientos aplicables a la adjudicación.

➤ **Prohibición del efecto directo vertical descendente**

- Los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares.
- Los poderes adjudicadores no pueden acogerse al efecto directo de los preceptos no transpuestos a su favor (i.e. exceptuar de la licitación con publicidad y concurrencia cierto tipo de contratos excluidos)

Incidencia práctica del efecto directo en la legislación nacional “relectura del TRLCSP”

AMBITOS NO ÍNTEGRAMENTE SUJETOS A LAS NUEVAS DIRECTIVAS ESTÁN EXCLUIDOS DEL EFECTO DIRECTO

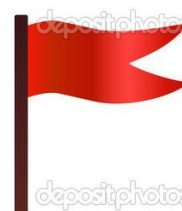
ASPECTOS YA RECOGIDOS EN EL TRLCSP QUE INCORPORAN LAS NUEVAS DIRECTIVAS Y SON DE EFECTO DIRECTO

OPCIONES LEGISLATIVAS DE LOS EEMM

EFECTO DIRECTO EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE ASPECTOS NO REGULADOS EN EL TRLCSP O QUE NO SE OPONEN A LAS NORMA NACIONAL

PRECEPTOS DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS QUE DESPLAZAN PRECEPTOS DEL TRLCSP

ÁMBITOS EN LOS QUE EL TRLCSP ES MÁS RESTRICTIVO QUE LAS DIRECTIVAS



Tipología de errores detectados IAC 2014

Tipología	Número	Importe (miles)	% Gasto
Documentación Justificativa incorrecta	11	173	0,38%
Documentación Justificativa insuficiente	21	1.353	2,99%
Gasto no elegible por naturaleza	33	15.668	34,66%
Pagos fuera de plazo	2	2.036	4,50%
Concurrencia con otras ayudas	9	379	0,84%
Incumplimiento de políticas (M.Ambiente; publicidad...)	42	153	0,34%
Incumplimiento de contratación pública	196	20.600	45,57%
Incumplimiento de bases reguladoras, convocatorias	54	472	1,04%
Incumplimiento parcial de finalidad de la ayuda	5	16	0,04%
Gasto no elegible por periodo	1	12	0,03%
No consideración de ingresos generados	5	477	1,06%
Pista de auditoría insuficiente	18	3.543	7,84%
Ausencia de pago	4	22	0,05%
Otras	13	297	0,66%
Total	414	45.201	

• Tipología de errores detectados IAC 2015

Tipología	Número	Importe €	% Gasto
Ausencia de contabilidad separada	7	0	0,00%
Contabilidad incorrecta	2	1.167	0,00%
Documentación justificativa incorrecta	14	502.718	0,77%
Documentación justificativa insuficiente o inexistente	43	1.303.652	2,01%
Gasto no elegible por naturaleza	67	28.990.401	44,60%
Pagos fuera de plazo	1	251	0,00%
Concurrencia con otras ayudas	4	2.926.859	4,50%
Imposibilidad de constatar percepción de ayudas, concurrencia	5	25.180	0,04%
Incumplimiento de políticas comunitarias: publicidad, medio ambiente, etc.	28	1.087.924	1,67%
Incumplimiento de contratación pública	230	18.732.299	28,82%
Incumplimiento de bases reguladoras, convocatorias	42	755.146	1,16%
Incumplimiento total de finalidad de ayuda	4	68.924	0,11%
Incumplimiento parcial de finalidad de la ayuda	12	2.363.118	3,64%
Gasto no elegible por periodo	7	40.806	0,06%
No consideración de ingresos generados	5	2.615.114	4,02%
Fraude	2	12.379	0,02%
Pista de auditoría insuficiente	8	333.021	0,51%
Ausencia de pago	9	52.616	0,08%
Costes no elegibles geográficamente	2	106.830	0,16%
Otras	18	5.086.190	7,82%
Total	510	65.004.595	



Incidencias más frecuentes en el ámbito de la contratación pública.

- Utilización de criterios de solvencia para valorar la oferta más ventajosa
- Inclusión de cláusulas en los pliegos restrictivas de la competencia
- Utilización de criterios insuficientemente definidos o ponderados en los pliegos o en los anuncios.
- Mejoras indeterminadas por criterios técnicos. Falta de justificación.
- Exclusiones injustificadas (i.e. exclusión de la oferta mejor valorada)
- Falta de capacidad de los adjudicatarios (i.e. contratos menores)
- Utilización del procedimiento negociado sin reunir los requisitos.
- Fraccionamiento del objeto del contrato.
- Utilización de fórmulas de valoración de la oferta económica que produce como efecto que las ofertas más baratas obtienen peor puntuación que las ofertas más caras
- Ausencia de constitución de un comité de expertos cuando sea necesario
- Modificaciones contractuales
- Revisiones de precios
- Incumplimiento de los requisitos de publicidad

Aspectos nuevos a tener en cuenta



- **Objeto y ámbito de aplicación de los contratos:** “*Directiva de concesiones*” → Se “desplaza” la categoría (no tanto el régimen jurídico) del contrato de gestión de servicios públicos (TRLCSF art 8)
- **Umbral y métodos del valor estimado de las concesiones de servicios.** Desplazamiento de Contratos reservados (20 DN) (posibilidad de reservar el derecho a licitar a determinados entes por la función social)
- **DEUC (59 DN):** Efecto directo. Art. 146.4 TRLCSF queda desplazado en lo relativo al carácter potestativo de la aceptación de la declaración responsable. Este artículo debe ser leído con el 56.2 DN que concede a los poderes adjudicadores la posibilidad de examinar las ofertas de los procedimientos abiertos antes de verificar los requisitos de capacidad y solvencia (*TRLCSF opta por un sistema diferente, de comprobación previa de la documentación jurídica*).
- **Requisitos de publicidad** comunitaria (contratos de servicio Anexo II)
- **Encomiendas de gestión y medios propios**

Marco jurídico común regulador del régimen de las encomiendas a medios propios

Artículo 12
DN



Artículo 24.6
TRLCS



Artículo 11
LRJSP



Informe 1.198 del Tribunal de Cuentas: Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones públicas.

Contratos públicos entre entidades del sector público

Encomiendas de gestión y medios propios

- Las Directivas de 4ª generación recogen la doctrina del TJUE “in house providing” Stadt Halle, Asemfo/TRAGSA... Art 12 DN+24.6+11 LRJSP
- **Requisitos del medio propio:**
 - Control análogo al que ejerce sobre los propios servicios
 - Que realice la parte esencial de la actividad del medio propio se desarrolle para la entidad respecto de la que tiene tal condición (12.1.b) concreta 80%)
 - No participación de capital privado en la entidad que tiene la condición de medio propio (100% del capital en caso de sociedades)-→ No se puede aplicar la excepción que prevé el art 12.1.c) DN por no estar recogido en el TRLCSP.
 - Tarifas
 - Debe figurar en los estatutos o en sus normas de constitución la condición de medio propio
 - No podrá participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio.

Contratos públicos entre entidades del sector público Encomiendas de gestión y medios propios (cont.)

- Las encomiendas horizontales (art. 12.2 DN), los medios propios conjuntos de varias entidades que los controlan (12.3 DN) y las encomiendas de gestión inversas (del ente controlado al ente controlador art. 12.2 DN), tienen efecto directo y ya son aplicables con la actual legislación.
- Tiene efecto directo el art 12.5 de la Directiva (modo de computar el porcentaje de actividades del 80%)

Encomienda de gestión de la legislación administrativa (art. 11 LRJSP)



- Distinción con la del TRLCSP y Directivas “*actividad material no susceptible de contrato administrativo*”
- Requisitos:
 - Que esté entre las competencias atribuidas a la entidad encomendada
 - Corresponde al órgano o entidad encomendante dictar los actos o resoluciones de carácter jurídico
 - Entre órganos administrativos o entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración. Acuerdo expreso.
 - Entre órganos y entidades de derecho público de distintas Administraciones. Convenio de colaboración.



Incidencias más frecuentes en el ámbito de las encomiendas que se mencionan en el informe 1.198 del Tribunal de cuentas

- Confusión en la formalización: Utilización distinta a las instrucciones unilaterales obligatorias (i.e. contrato, convenio, pacto...)
- Falta de homogeneidad en la forma de tramitación por no existir previsión legal en el TRLCSP ni tampoco en el artículo 86 LRJSP.
- Justificación del recurso a la encomienda: falta de medios, celeridad en la formalización, flexibilidad en la ejecución o incapacidad del mercado para prestar los servicios requeridos → No basta encausar genéricamente estos motivos. Se deben acreditar mínimamente.
- Las encomiendas de manera muy generalizada tienen como objeto la satisfacción de necesidades de carácter permanente. El informe llama la atención sobre el carácter excepcional que tiene la aplicación de la doctrina “in house providing” por parte del TJUE.
- No debe utilizarse de forma que *de facto* se modifique la titularidad de la competencia. Especial restricción para el ejercicio de funciones que impliquen el ejercicio de determinadas potestades públicas reservadas a los funcionarios.
- Generalización del uso de encomiendas por parte de organismos públicos del sector institucional: Carece de sentido.
- Control de la subcontratación de los trabajos encomendados a los medios propios: JCCA 13/12 “*no cabe encomienda...si la entidad medio propio no es suficientemente apta para ejecutar la prestación*”: Si un medio propio no puede ejecutar por sí mismo al menos el 50% del encargo no puede ser considerado idóneo.



Incidencias más frecuentes en el ámbito de las encomiendas que se mencionan en el informe 1.198 del Tribunal de cuentas

- Necesidad de efectuar el seguimiento y control de la ejecución de las encomiendas a medios propios:
 - Desviaciones en horas facturadas por categorías profesionales y las realmente trabajadas
 - El nivel de formación y experiencia del personal requerido.
- Especial referencia a actividades encomendadas ejecutadas mediante subcontratación: Identificación y definición, por parte de los encomendantes de las actividades a realizar y su valoración individualizada, así como la facturación con arreglo al coste real de la subcontratación, en su caso, de una tarifa relacionada con la gestión de las prestaciones subcontratadas.
- Falta de homogeneidad en los criterios para la aplicación, o no, del IVA a las encomiendas: Ley 28/2014, en general encomiendas no sujetas a IVA, pero existen excepciones.

Convenios (LRJSP)

- La Ley 40/2015 que entrará en vigor el 2 de octubre de 2016, regula, entre otros los siguientes aspectos de los Convenios:
 - Definición art. 47.1-→ No son Convenios los Protocolos Generales de Actuación.
 - Clases de Convenios 47.2
 - Requisitos de validez y eficacia (art. 48): Se regulan los aspectos de contenido y los de procedimiento (órgano competente y perfección, Inscripción en el Registro estatal, Publicación en diarios oficiales)
 - Contenido art. 49 → Plazo de vigencia NO SUPERIOR A 4 AÑOS Y PRÓRROGA POR UN PERIODO DE HASTA CUATRO AÑOS ADICIONALES.
 - Trámites preceptivos art 50 LRJSP (Memoria justificativa+ los exigibles en el ámbito de la AGE)
 - Extinción y efectos (51 y 52 LRJSP)
 - Control externo (art. 53 LRJSP)

*Muchas gracias por
vuestra atención!*