



TÉCNICO ADMINISTRACIÓN GRAL. CARAVACA DE LA CRUZ 2019

<https://teleoposiciones.es>

TEMA 32. LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. OBJETO Y ÁMBITO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. TIPOS DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS DE DERECHO PRIVADO; LOS ACTOS SEPARABLES. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO:

RACIONALIDAD, LIBERTAD DE PACTOS Y CONTENIDO MÍNIMO, PERFECCIÓN Y FORMA, EL RÉGIMEN DE INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS Y EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.

Los contratos del sector público: las Directivas Europeas en materia de contratación pública. Objeto y ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público.

Desde el 9 de marzo de 2018 se encuentra en vigor el grueso de la 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, norma esencial en la materia que sustituye al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de Contratos del Sector Público.

En la actualidad, el texto básico que regula la contratación del Sector Público es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre , de Contratos del Sector Público, cuyos objetivos inspiradores, según manifiesta su propio Preámbulo son lograr una mayor transparencia en la contratación pública y una mejor relación calidad-precio, estableciéndose a este último respecto la obligación de los órganos de contratación "de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato".

Mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre , de Contratos del Sector Público se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE , de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (la transposición de la Directiva 2014/25/UE , de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios cuenta con una trasposición específica)

Como reconoce el propio texto, el sistema legal de contratación pública que se establece en la Ley persigue "aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en

materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia".

El sistema sigue el esquema creado por la legislación de 2007, que establece como uno de los ejes de la aplicación de la Ley el concepto de poder adjudicador, que se impone como consecuencia de la incorporación al derecho español de la anterior Directiva comunitaria de 2004. "Así, tradicionalmente, la normativa de contratos públicos se hizo pivotar sobre el concepto de contrato de la Administración Pública.

Sin embargo, la incorporación de las anteriores Directivas comunitarias, dio lugar a un cambio de planteamiento, que ahora se mantiene en la nueva Ley, salvo lo referente a las instrucciones internas de contratación, y que permitía distinguir los regímenes jurídicos de los contratos públicos según la entidad contratante fuera o no un poder adjudicador. No obstante, este cambio de planteamiento no impide que la regulación de los contratos de las Administraciones Públicas, tanto en sus disposiciones generales, como respecto de cada tipo de contrato, siga siendo la parte troncal de esta Ley y la referencia de cualquier contrato que se haga por una entidad del sector público".

Finalmente, cabe decir que el otro eje fundamental en el que se apoya el sistema de la regulación de los contratos públicos, como señala la propia Ley (y como ya se hacía en la regulación anterior) es el relativo a la distinción entre los contratos sujetos a regulación armonizada y aquellos que no lo están, basada en la superación de ciertas cuantías económicas, o umbrales comunitarios, lo que permite, a su vez, "diferenciar el régimen jurídico que se aplica a cada uno de ellos, proveniente de la anterior regulación de 2007 y que se mantiene en la actualidad".

Todo lo anterior cuenta con su expresión positiva en el Art. 1 de la Ley 9/2017 de 8 de Nov (Contratos del Sector Público) que dispone lo siguiente en relación a su objeto:

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y 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.

Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.

En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Tipos de contratos del Sector Público. Contratos sujetos a regulación armonizada.

A grandes rasgos, la tipología de los contratos recogidos en la legislación de contratos del sector público, es la siguiente:

Contratos según su finalidad y objeto:

- Contrato de obras

- Contrato de concesión de obras
- Contrato de concesión de servicios
- Contrato de suministro
- Contrato de servicios
- Contrato mixto
- Contratos según su régimen aplicable
- Contratos administrativos
- Contratos privados

Contratos sujetos (o no) a una regulación armonizada

La tipología de los Contratos recogidos en la legislación de contratos del Sector Público puede obedecer a diversos criterios clasificatorios:

Según la finalidad y objeto del contrato.

Según su régimen aplicable.

Según su sujeción o no a una regulación armonizada.

Contratos recogidos en la legislación de contratos del Sector Público según su finalidad y objeto:

OBRAS: Según el Art. 13 , son contratos de obras aquellos que tienen por objeto uno de los siguientes:

a) La ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I.

b) La realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.

Por "obra" se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

También se considerará "obra" la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural.

CONCESIÓN DE OBRAS: A tenor de lo establecido en el Art. 14 La concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el Art. 13 , 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 aquel 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.

El contrato podrá comprender, además, el siguiente contenido:

a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.

b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquellas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.

El contrato de concesión de obras podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que esta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, estos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.

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 entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

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.

CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS: Se trata, según lo dispuesto en el Art. 15 , de 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.

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 14.

CONTRATO DE SUMINISTRO: Según el Art. 16 es el que tiene por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 del Art. 16 respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.

En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:

a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato , por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente.

b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

d) Los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada.

CONTRATO DE SERVICIOS: Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario (Art. 17). No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos

CONTRATO MIXTO: Se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. Únicamente podrán celebrarse contratos mixtos en las condiciones establecidas en el apartado 2 del Art. 34 .El régimen jurídico de la preparación y adjudicación de los contratos mixtos se determinará de conformidad con lo establecido en el Art. 18 y el de sus efectos, cumplimiento y extinción se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del Art. 122 .

Contratos recogidos en la legislación de contratos del Sector Público según su régimen aplicable:

Los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo o de derecho privado.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Según el Art. 25 de la Ley, tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos:

Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.

Aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por la Ley 9/2017 de 8 de Nov (Contratos del Sector Público) y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho

privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales señalados con anterioridad les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

CONTRATOS PRIVADOS. En base a lo dispuesto en el Art. 26 , tendrán la consideración de contratos privados:

Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del Art. 25 .

Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

En cuanto a su régimen, habrá que estar a lo preceptuado por los apartados 2, 3 y 4 del Art. 26 .

Contratos sujetos a una regulación armonizada:

En base a lo dispuesto en los Art. 19 y siguientes, son contratos sujetos a una regulación armonizada:

Los contratos de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios, cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.548.000 euros.

Los contratos de suministro, cuyo valor estimado sea igual o superior a:

144.000 euros, cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. No obstante, cuando los contratos se adjudiquen por órganos de contratación que pertenezcan al sector de la defensa, este umbral solo se aplicará respecto de los contratos de suministro que tengan por objeto los productos enumerados en el anexo II.

221.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro distintos, por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto, de los contemplados anteriormente.

Los contratos de servicios, cuyo valor estimado sea igual o superior a:

144.000 euros, cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

221.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entidades del sector público distintas a la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

750.000 euros, cuando se trate de contratos que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV.

Por su parte, son contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de servicios que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes

adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:

Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.548.000 euros.

Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos, cuyo valor estimado sea igual o superior a 221.000 euros.

Por último, debe decirse que no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos relacionados en el apartado 2 del Art. 19 .

Régimen jurídico de los contratos administrativos.

La LCSP/2017 tiene por objeto regular la contratación del sector público (art. 1), por lo que su objeto se extiende a los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica (art. 2) que celebrados por las entidades que (sujetos a efectos de contratación) integran ese sector público (art. 3), estableciendo que los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo o de derecho privado (art. 24).

De ello se deriva la necesidad de delimitar:

Los contratos que tienen el carácter de administrativos

Los contratos que tienen el carácter de privados

El orden jurisdiccional que resulta competente para conocer y resolver las controversias que sobre esos contratos se pudieran plantear

Apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997, recurso 9920/1991 [j 1]:

El criterio tradicionalmente seguido por la doctrina jurisprudencial en base al art. 3 de la Ley Jurisdiccional, califica los contratos efectuados por la Administración pública como administrativos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, cuando tengan por finalidad obras y servicios públicos de toda especie, bien lo sea de modo directo o de modo indirecto o mediato, de tal modo que la calificación es de contrato administrativo cuando el mismo persigue un interés público cuya satisfacción le corresponde. Tras la reforma de la Ley de Contratos del Estado de 1973, se ha venido ampliando aún más tal concepto -Sentencias de 11 mayo 1982, 7 noviembre 1983, 11 noviembre 1985, 8 marzo 1986, etc.-, de contrato administrativo al conectarlo con la característica esencial de su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o una especial tutela de interés público.

Los actos separables. En cuanto a sus efectos, modificaciones y extinción por las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del art. 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución de contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación y la causa de resolución por imposibilidad de ejecutar la prestación y no sea posible modificar el contrato.

En cuanto a las entidades del Sector Público, que no sean poder adjudicador, de acuerdo con lo dispuesto en los arts 321 y 322, sus efectos, modificación y extinción por normas privadas.

Esta distinción tiene efectos prácticos importantes, ya que las normas que regularán su contenido serán de Derecho Público o de Derecho Privado, y su fiscalización corresponderá a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o al orden jurisdiccional civil, sin perjuicio de que, tratándose de contratos privados, se consideran **actos jurídicos separables** los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-

administrativa de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción, es decir, la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

Los principios generales de la contratación del sector público:

Racionalidad, libertad de pactos y contenido mínimo, perfección y forma, el régimen de invalidez de los contratos y el recurso especial en materia de contratación.

ES DE APLICACIÓN A ESTAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO LA LIBERTAD DE PACTOS Y CONTENIDO MÍNIMO DEL CONTRATO ESTABLECIDO EN LOS ARTS. 34 Y 35 DE LA LCSP17.

Por tanto los contratos de las sociedades mercantiles públicas tendrán el límite que no podrán suscribir pactos, cláusulas o condiciones que sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

También les serán de aplicación los límites a las distintas prestaciones que formen parte de un contrato mixto, en el sentido que deben estar vinculadas entre sí y mantener relaciones de complementariedad que exigen su consideración y tratamiento como una unidad funcional. Igualmente el contrato, salvo que ya se encuentre recogido en los pliegos, deberá incluir necesariamente el contenido mínimo establecido en el art. 35 (entre otros, identificación de las partes, acreditación de la capacidad de los firmantes, definición del objeto del contrato, legislación aplicable, enumeración de los documentos integrantes del contrato, el precio cierto o modo de determinarlo, duración y prórroga en su caso, condiciones de recepción y pago, resolución, financiación y extensión del deber de confidencialidad.)

A LA PERFECCIÓN Y FORMA DEL CONTRATO, HAY QUE SEÑALAR QUE LOS CONTRATOS DE ESTAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO SE ENTENDERÁN CELEBRADOS EN EL LUGAR DONDE SE ENCUENTRA LA SEDE DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN. Y POR OTRA, LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL SECTOR PÚBLICO NO PODRÁN CONTRATAR VERBALMENTE, SALVO QUE EL CONTRATO TENGA CARÁCTER DE EMERGENCIA. (ART. 120.1).

Los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización. Los contratos subvencionados que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la LCSP17 deban considerarse sujetos a regulación armonizada, se perfeccionarán de conformidad con la legislación por la que se rijan. Conforme al art. 37.3, en el supuesto de contratos que celebren otros entes, organismos y entidades del sector público, cuando sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44 LCSP17 deberán formalizarse en los plazos establecidos en el art. 153, LCSP17. No se dice que tipo de formalización requieren los contratos de los poderes adjudicadores. En el caso de las Administraciones Públicas, se requiere documento administrativo.

ES DE APLICACIÓN EL RÉGIMEN DE INVALIDEZ A LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS PODERES ADJUDICADORES INCLUSO A LOS SUBVENCIONADOS CUANDO INCURRAN EN CAUSA DE INVALIDEZ CIVIL O ADMINISTRATIVA.

Viene regulado en los arts. 38 y siguientes de la LCSP17. Y comprende tanto los supuestos de invalidez privado como administrativos.

El recurso especial en materia de contratación permite la impugnación, en el marco de determinados contratos administrativos, de una serie de actos o decisiones tanto de las Administraciones Públicas como de las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

La regulación contenida en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, presenta una serie de novedades en relación con este tipo de recurso, entre las que destaca la eliminación de la cuestión de nulidad y la reconducción de sus presupuestos al propio recurso especial.