



ASA - Andalucía

Nueva LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Presentación al Consejo
Rector

Tomares, 22 de noviembre
de 2017

kpmg.es



Lenta y tardía transposición de las Directivas 2014



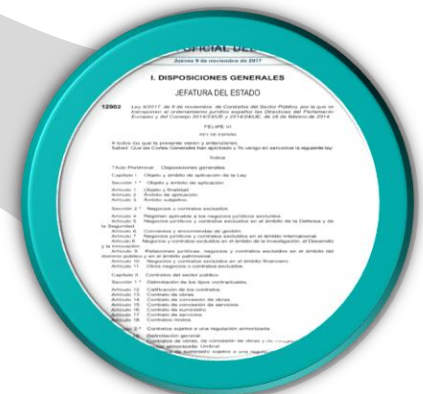
**Directivas CE
(26.02.2014)**



**Proyecto de Ley
(17.04.2015)**



**Efecto directo
(28.03.2016)**



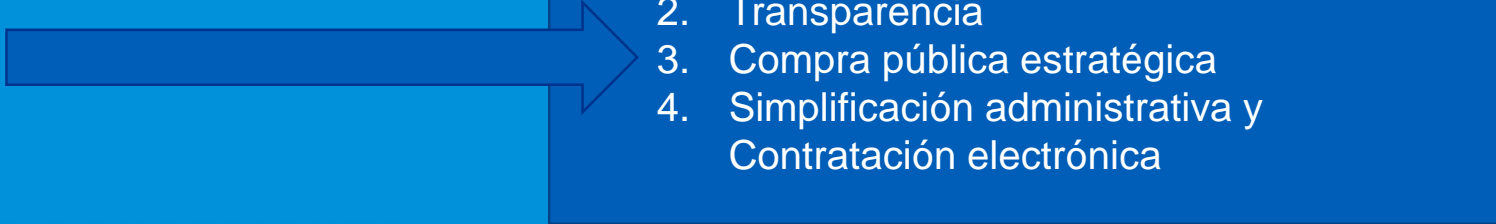
**LCSP
(8.11.2017)**

Índice

I. NOTAS GENERALES

II. ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO

III. 4 PRINCIPIOS


- 
1. Integridad
 2. Transparencia
 3. Compra pública estratégica
 4. Simplificación administrativa y Contratación electrónica

IV. RÉGIMEN DE LAS CONCESIONES



I. NOTAS GENERALES

I. NOTAS GENERALES LEY 9/2017, 8 DE NOVIEMBRE

- ENTRADA EN VIGOR (4 meses: 9 de marzo de 2018), salvo gobernanza y órganos consultivos y control.
- RÉGIMEN TRANSITORIO (DT 1ª general; DT 5ª Instrucciones Internas de Contratación).
- NORMAS QUE DEROGA (deroga el TRLCSP, no la LSE –continúa en vigor en lo que no se oponga a la LCSP, disp. Ad. 8ª)
- NORMA EXTENSA, COMPLEJA Y REGLAMENTISTA (347 artículos, 53 DA, 5 DT, 16 DF, 6 Anexos)
 - Mantenimiento de un sistema dual de contratación
 - Régimen económico financiero de las concesiones
 - Defectuosa regulación del acceso al recurso especial y mantenimiento de tribunales locales de contratación
 - Régimen de subcontratación
 - Falta de armonización de la legislación patrimonial
 - Reinternalización de servicios
- CRÍTICAS 

Disp. Ad. 8ª TRLCSP 2011

1. La celebración por las Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirá, en todo caso, por la presente Ley. No obstante, y a los efectos de aplicar la presente Ley a estos contratos, solo tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada los que, por razón de su naturaleza, objeto, características y cuantía, estén sometidos a la mencionada Ley 31/2007, de 30 de octubre.
2. La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.

Disp. Ad. 8ª LCSP 2017

1. La adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas **que tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas en el ámbito de aplicación objetiva de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores** del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirá por la presente Ley, resultando de aplicación la mencionada legislación vigente únicamente para determinar qué contratos tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada.
2. **La adjudicación por las entidades del sector público** que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos **que tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas en el ámbito de aplicación objetiva de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirá por dicha legislación, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley**, en cuyo caso se les aplicarán las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada.
A los contratos destinados a la realización de varias actividades en los que al menos una de ellas esté comprendida en el ámbito de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se les aplicará el régimen jurídico de la actividad a la que se destinen principalmente.
En el supuesto de que no fuera objetivamente posible determinar a qué actividad se destina principalmente el contrato, se aplicará la presente Ley.
Los contratos excluidos de la aplicación de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.
3. La adjudicación de los contratos que celebren las entidades a que se refiere el apartado anterior, que no tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas en el ámbito de aplicación objetiva de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirán por lo establecido en la presente Ley, en los términos establecidos en la misma.



II. ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO, DURACIÓN Y RECURSO ESPECIAL

II. ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO, DURACIÓN

	Sector Público	Administraciones Públicas	Poderes Adjudicadores
<p>- <u>ÁMBITO SUBJETIVO</u></p> <div style="border: 1px solid purple; border-radius: 15px; padding: 10px; background-color: #e0ffff; margin: 10px 0;"> <p>PANAP art. 317 SARA (preparación y adjudicación como AA.PP) art. 318 no SARA (menores adjudicación directa, no menores se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos)</p> </div>	<ol style="list-style-type: none"> 1) AGE, Admón. CCAA, Ceuta y Melilla, Entidades Admón. local 2) Entidades Gestoras y Servicios Comunes SS 3) Organismos Autónomos, Universidades Públicas y autoridades administrativas independientes 4) Consorcios dotados de personalidad jurídica propia de la Ley 40/2015 y legislación local, así como aquellos de la legislación aduanera 5) Fundaciones públicas (ojo requisitos) 6) Mutuas colaboradoras con la SS 7) EPEs de la Ley 40/2015 y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de un sujeto del SP 8) Sociedades mercantiles con participación, directa o indirecta, > 50 % de las entidades 1 a 5, 7 y 8; o < 50 % si forma parte del Grupo de la Sociedad que cumple el req. de +50%. 9) Fondos sin personalidad jurídica 10) Entidades con personalidad jurídica propia creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general, sin carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos del SP financien mayoritariamente su actividad/controlen su gestión/nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de admón.-dirección-vigilancia 11) Asociaciones constituidas por las entidades 1 a 10 12) Diputaciones Forales y Juntas Generales del País Vasco 	<p>Nº 1, 2, 3 y 12 + Consorcios y otras entidades de derecho público con personalidad jurídica propia creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general, sin carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos del SP financien mayoritariamente su actividad/controlen su gestión/nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de admón.-dirección-vigilancia, vinculadas o dependientes de una o varias A.P. y no financiadas mayoritariamente con ingresos de mercado</p>	<p>- Administraciones Públicas - Fundaciones públicas - Mutuas colaboradora con la SS -Entidades con personalidad jurídica propia creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general, sin carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos del SP financien mayoritariamente su actividad/controlen su gestión/nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de admón.-dirección-vigilancia - Asociaciones constituidas por las anteriores</p> <div style="border: 1px solid orange; border-radius: 50%; padding: 10px; background-color: #ffcc00; margin: 10px 0; text-align: center;"> <p>+Partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales, asociaciones profesionales y fundaciones y asociaciones vinculadas a ellos si cumplen los req. para contratos SARA → PPIOS LCSP e IIC + Corporaciones de Derecho público si cumplen req.</p> </div>
<p>- <u>ÁMBITO OBJETIVO</u></p>	<div style="border: 1px solid blue; padding: 5px; background-color: #ffffcc;"> <p>Obras, concesión de obras, concesión de servicios, servicios, suministros mixtos</p> </div>	<div style="border: 1px solid blue; padding: 5px; background-color: #ffffcc;"> <p>Abierto, restringido, con negociación, dialogo competitivo, asociación para innovación, concurso proyectos</p> </div>	
<p>- Régimen de <u>DURACIÓN</u> y ejecución (art. 29)</p>	<div style="border: 1px solid orange; padding: 5px; background-color: #ffffcc;"> <p>Servicios y suministros 5 años incluyendo prorrogas (excepcionalmente en servicios recuperación de inversiones si <i>coste relevante en la prestación del servicio</i>; servicios de mantenimiento, servicios de atención a las personas; hasta nueva licitación 9 meses)</p> </div>		

II. ENCARGOS DE EJECUCIÓN Y RECURSO ESPECIAL

- Encargos de ejecución (art. 31, 32, 33)

- **art. 31:** potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal.
- **art. 32:** encargos de los poderes adjudicadores a medios propios (control análogo, 80% actividad, si privado todo capital público). Límite contratación del 50%.
- **art. 33:** encargos de entidades sector público no poderes adjudicadores a medios propios.

- Recurso especial en materia de contratación (art. 46)

- Carácter gratuito.
- Potestativo.
- Aytos. Gran Municipio y DP
- Se rebajan los umbrales: 100.000 servicios y suministros y 3 mill. obras y concesiones. (+ contratos atvos especiales y sistemas dinámicos de contratación).
- Se amplían los actos: PCAP, admisión ofertas, modificación, encargos a medios propios, rescate concesión.
- Legitimación.
- Lugar de presentación y plazo.
- Se suprime cuestión de nulidad.




4 PRINCIPIOS

- ❑ INTEGRIDAD
- ❑ TRANSPARENCIA
- ❑ COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA
- ❑ SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

III. PILARES. 1º Integridad.

- **Artículo 1.** *“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”.*
- **Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses (art. 64).**
- Uniones de empresarios para falsear la **competencia** – colusión (**art. 69**); mesas de contratación (**art. 150.1**).
- Participación en **fase preparatoria (art. 70)**.
- **Prohibición de contratar (art. 71)**.
- **Medidas self-cleaning (art. 72.5)**.
- **Modificados (arts. 203 a 207)**. Publicidad y recurso especial. Régimen PANAPs.) [**art. 204** 20%. **art. 205** no modif sustancial].
- **Oficina Independiente de Regulación y Supervisión y Comisión Mixta con el Tribunal de Cuentas.**

III. PILARES. 2º Transparencia.

- **Justificación necesidad del contrato y previsión de contratos futuros (art. 28)**
 - **Supresión procedimiento negociado por la cuantía.**
 - **Obligación de negociar (arts. 166 a 168) “licitación con negociación”.**
 - **Nuevo régimen del contrato menor (art. 118: 15 y 40.000 euros, justificación, publ).**
 - **Regulación del Registro de Contratos del Sector Público (+ 5.000 euros).**
 - **Regulación Plataforma Contratos del Sector Público (art. 347)**
 - **Publicidad activa en perfil del contratante (art. 63 LCSP)** 
 - **Régimen de acceso al expediente (art. 52)**
- Acceso libre y gratuito
 - Accesible como min. 5 años
 - Memoria justificativa, pliegos, objeto, valor estimado, etc.
 - Anuncios, número de licitadores, actas de las mesas, etc.
 - Razones de exclusión y adjudicación, desarrollo negociación. Consultas preliminares de mercado
 - Información trimestral de los contratos menores (ordenándose por identidad de adjudicatario), salvo – 5.000 euros si anticipo caja fija
 - Miembros mesa y comisión valoración (no genérica)
 - Formalización de encargos a medios propios de + 50.000 (de + 5.000 info trimestral)
 - Expediente de modificado
 - Excepciones seguridad nacional, secretos comerciales, etc.

III. PILARES. 3º Compra pública estratégica.

- **art. 1.3:** “*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”.*
- **art. 28.2:** “*Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley”.*
- **art. 122:** “*En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1; la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo.”*

III. PILARES. 3º Compra pública estratégica.

- CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES Y SOCIALES

art. 126 prescripciones técnicas
 art. 127 etiquetas
 art. 129 información a licitadores
 art. 130 información sobre subrogación trabajadores
 art. 147 desempate
 art. 201 obligaciones en materia medioambiental, social o laboral
 art. 202 condiciones especiales de ejecución

- INNOVACIÓN

Asociación para la innovación
 Consultas preliminares de mercado

- PYMES

División en lotes, oferta integradora
 solvencia (art. 77)
 subcontratistas (art. 215) –acción directa disp. Ad. 51ª y mismas condiciones de pago (art. 216)-

- CRITERIOS DE ADJUDICACION: Calidad-Precio (arts. 131.2 y 145.1, 146).

- Deben estar vinculados a un objeto del contrato y formulados de manera objetiva
- Doble distinción de criterios: (i) criterios relacionados con coste-eficacia; (ii) criterios cualitativos calidad-precio
- Se limita el uso criterio de mejoras
- Definición y cálculo del coste de ciclo de vida (art. 148)

III. PILARES. 4º Simplificación administrativa.

- ❖ DOCUMENTO ÚNICO EUROPEO (DUE) y + declaración responsable.
- ❖ PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO y “supersimplificado” → **art. 159:** 2 mil o 100.000 euros, máximo 25% criterios subjetivos salvo intelectual (45%), obligatoria inscripción en Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.
- ❖ Reducción de plazos de presentación de proposiciones (abierto y restringido)
- ❖ SISTEMAS DINÁMICOS DE CONTRATACIÓN
- ❖ MESA DE CONTRATACIÓN (órgano de asistencia técnica especializada—no político; en ámbito local: disp. Ad. 2ª.7 un tercio; disp. Ad 3ª + control. Acuerdo TACP 45/2013, de 7 de agosto)
- ❖ CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA (La contratación será íntegramente electrónica: notificaciones, presentación ofertas. DA 15ª, 16ª y 17ª) y FACTURA ELECTRÓNICA



El contrato de concesión

CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Modificación Ley 40/2015, de 1 de octubre

modifica el TRLCSP y la Ley Concursal, con la finalidad de asegurar la viabilidad ante de este tipo de proyectos y dar solución a situaciones que la práctica venía demostrando con perjuicio para la Administración: (i) falta de adecuada previsión de la rentabilidad y –si no hay reequilibrios constantes- situación de concurso o extinción de la personalidad jurídica de la sociedad vehículo concesionaria; (ii) obligación de indemnizar al acreedor financiero con el Valor Patrimonial de la Inversión y, en su caso, lucro cesante; (iii) necesidad de sacar una nueva licitación, lenta, para la explotación de las instalaciones.

Así:

- Se crea la Oficina Nacional de Evaluación (en Andalucía hace unas semanas se creó la Oficina Andaluza de Evaluación Financiera para que informe sobre la rentabilidad y transferencia de riesgo en los proyectos de CPP y los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato,).
- Se aclara que es causa imputable al contratista la extinción de la personalidad o el concurso.
- Se habilita la posibilidad de nueva licitación compaginable en paralelo con la resolución de la concesión, fijándose la indemnización al concesionario en tales caso el precio resultante de la subasta de los activos.

CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Nueva LCSP (arts. 247 y ss)

- Desaparece el contrato colaboración entre sector público y privado.
- El nuevo régimen se caracteriza por pivotar sobre el concepto de régimen operacional
- El plazo ordinario de duración de las concesiones es de 5 años pero queda vinculado por el periodo de retorno de las inversiones, como máximo 40 años. El plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración.
- Se incluye la regulación de la TIR (Tasa Interna de Rentabilidad o retorno).
- Se confirma la actual regulación de la responsabilidad patrimonial administrativa en los casos de resolución de las concesiones (RPA), lo que supone una garantía o aseguramiento de cara a los inversores o financiadores del proyecto, pero que no puede quedar prefijada de manera que altere el riesgo operacional.
- Siguen existiendo dispares regímenes en transferencia de riesgo y computo déficit en las cuentas públicas (criterios SEC 2010, más complejos).
- La retribución de la concesión –de obra y de servicios- tiene naturaleza jurídica de tarifa (y no puede ser ya de opción por la entidad contratante su configuración como tasa¿?), *prestación patrimonial de carácter público no tributario*, pues la calificación como ingreso tributario diluye -o anula- la transferencia del riesgo operacional, con efectos desde la perspectiva de consolidación de déficit.
- En relación con el equilibrio, no cambia la regulación del *factum principis*, lo que ha sido objeto de crítica por la doctrina; al no contemplar también el riesgo imprevisible. También debería regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional (la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta).
- En el equilibrio, se establece un tope máximo del 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato y se aumentan las obligaciones de suministro de información.
- Se aumentan las posibilidades de rescate anticipada de la concesión (no resolución) por razones de interés público (más eficaz gestión directa), lo que desnaturaliza la figura y la propia Directiva de Concesiones.

CONCESIÓN DE SERVICIOS

Nueva LCSP (arts. 284 y ss)

- Idem +...
- Desaparece el concierto y el contrato de gestión de servicios públicos.
- Se mantiene la Sociedad de Economía Mixta – disp. Adicional 22-
- El plazo ordinario de duración de las concesiones es de 5 años pero queda vinculado por el periodo de retorno de las inversiones, como máximo 25 años o 10 años si sanitario. El plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración.



kpmg.es

© 2017 KPMG Auditores S.L., sociedad española de responsabilidad limitada y firma miembro de la red KPMG de firmas independientes afiliadas a KPMG International Cooperative (“KPMG International”), sociedad suiza. Todos los derechos reservados.

KPMG y el logotipo de KPMG son marcas registradas de KPMG International Cooperative (“KPMG International”), sociedad suiza.

La información aquí contenida es de carácter general y no va dirigida a facilitar los datos o circunstancias concretas de personas o entidades. Si bien procuramos que la información que ofrecemos sea exacta y actual, no podemos garantizar que siga siéndolo en el futuro o en el momento en que se tenga acceso a la misma. Por tal motivo, cualquier iniciativa que pueda tomarse utilizando tal información como referencia, debe ir precedida de una exhaustiva verificación de su realidad y exactitud, así como del pertinente asesoramiento profesional.