

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Àmbit objectiu: novetats en els tipus contractuals en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic

27-04-2018

Contractes del sector públic

L'article 1 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP) concreta l'àmbit objectiu i els principis d'aplicació, i diu que la llei "té per objecte regular la contractació del sector públic, a fi de garantir que aquesta s'ajusta als principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, i no discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors; i de garantir, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa i el principi d'integritat, una eficient utilització dels fons destinats a **la realització d'obres, l'adquisició de béns i la contractació de serveis** mitjançant l'exigència de la definició prèvia de les necessitats a satisfer, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa". Continua dient que: "És objecte d'aquesta llei la regulació del règim jurídic aplicable als efectes, compliment i extinció dels contractes administratius, en atenció als fins institucionals de caràcter públic que a través d'aquests es tracten de realitzar."

A més de delimitar les prestacions objecte dels contractes regulats a la LCSP, a l'article 2 se n'afegeix el caràcter oneros: "Són contractes del sector públic i, en conseqüència, estan sotmesos a la present llei en la forma i en els termes que estableix, els contractes onerosos, qualsevol que en sigui la naturalesa jurídica, que celebrin les entitats que es defineixen a l'article 3" (vegeu l'apunt anterior "L'àmbit d'aplicació subjectiu de la LCSP").

Com a novetat, la LCSP delimita el que s'ha d'entendre per *contracte oneros*, i diu que un contracte és oneros quan el contractista obtingui algun tipus de benefici econòmic, ja sigui de forma directa o indirecta. No obstant això, en l'intent de la LCSP per definir què s'ha d'entendre per *contracte oneros*, potser hauria estat més adequat parlar no tant de benefici econòmic com de contraprestació econòmica, ja que no sempre s'obté estrictament un benefici econòmic, com per exemple en els supòsits en els quals l'adjudicatari del contracte és una entitat sense ànim de lucre o una fundació.

A més, d'acord amb l'apartat 4 de l'article 2, els contractes sotmesos a aquesta llei tenen una identificació objectiva mitjançant l'aplicació del Vocabulari comú de contractes públics, denominat CPV (Reglament CE núm. 213/2008, de la Comissió, de 28 de novembre de 2007).

Delimitació i qualificació dels tipus contractuals

La LCSP és aplicable respecte dels contractes onerosos que celebrin els ens, els organismes i les entitats que formen part del sector públic (art. 3 de la LCSP) entre els que estableix l'article 12 de la llei, és a dir, contractes d'obres, concessió d'obres, concessió de serveis, subministraments i serveis, i que no estiguin exclosos de l'àmbit d'aplicació de la norma.

De manera sintètica, podem destacar com a principals novetats:

- La desaparició del **contracte de col·laboració publicoprivada**, poc utilitzat a la pràctica.
- També se suprimeix el **contracte de gestió de serveis públics**. Respecte d'aquest contracte, molt utilitzat en l'àmbit de les entitats locals, cal assenyalar que la seva desaparició obligarà a reconvertir aquests contractes en contractes de serveis o contractes de concessió de serveis, en funció de si hi ha o no transferència del risc operacional.
- Una altra de les principals novetats de la LCSP, quant a l'àmbit d'aplicació objectiu, és el marc de la regulació de les **concessions**, ja que la llei inclou la regulació d'aquestes, tant d'obres (que ja recollia la regulació anterior) com de serveis (articles 14 i 15, respectivament), mitjançant la transposició de la Directiva 2014/23/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació dels contractes de concessió.
- També com a novetat cal destacar la nova i més completa regulació dels **contractes mixtos** (art. 18 de la LCSP). Un contracte mixt és el que conté prestacions de diferents contractes típics. La llei distingeix entre el règim aplicable a la preparació i l'adjudicació que es fa o la que correspon a la prestació principal o el valor estimat més elevat, segons els casos, i el règim jurídic aplicable als efectes, al compliment i a l'extinció que s'ha de determinar en el plec de clàusules administratives particulars (art. 122.2 de la LCSP).

En els articles 13-17 de la LCSP es defineixen i es delimiten els tipus de contractes del sector públic:

- **Contractes d'obres:** tenen per objecte l'execució d'una obra, aïlladament o conjuntament amb la redacció del projecte; o la realització d'alguns dels treballs que s'enumeren a l'annex I de la LCSP (construccions, preparació d'obres, demolició d'immobles i moviments de terres, i perforacions i sondejos); o la realització, per qualsevol mitjà, d'una obra que respongui a les necessitats especificades pel poder adjudicador (art. 13 de la LCSP). La llei defineix el que s'ha d'entendre per obra i diu que: "Per obra s'entén el resultat d'un conjunt de treball de construcció o d'enginyeria civil, destinats a complir per si mateixos una funció econòmica o tècnica, que tingui per objecte un bé immoble. [...] També es considera obra la realització de treballs que modifiquin la forma o substància del terreny o del seu vol, o de millora del medi físic o natural."
- **Contractes de concessió d'obres:** tenen per objecte la realització pel concessionari de qualsevol de les prestacions del contracte d'obres, així com la conservació i el manteniment dels elements construïts. La contraprestació consisteix en, o bé únicament el dret a explotar l'obra, o bé en aquest dret més el dret a percebre un preu.

El dret d'explotació de les obres implica la transferència al concessionari del risc operacional en l'explotació d'aquestes, que inclou el risc de demanda i/o el de subministrament. S'entén que el concessionari assumeix el risc operacional quan no té garantit que, en condicions normals de

funcionament, recuperi les inversions realitzades ni cobreixi els costos derivats de l'exploració de les obres.

- **Contractes de concessió de serveis:** són els que un o diversos poders adjudicadors encomanen a títol oneros a una o diverses persones (naturals o jurídiques) la gestió d'un servei de la seva competència. La contraprestació pot ser o el dret a explotar els serveis objecte del contracte o bé aquest dret més el dret a percebre un preu. Igual que en el cas del contracte de concessió d'obra, implica la transferència al concessionari del risc operacional.
- **Contractes de subministraments:** són els que tenen per objecte l'adquisició, l'arrendament financer o l'arrendament, amb opció de compra o sense, de productes o béns mobles. La LCSP exclou expressament els contractes relatius a propietats incorporals o valors negociables.

Com a novetat, dins de la tipificació del contracte de subministraments, la LCSP inclou ara els contractes que tenen per objecte l'adquisició d'energia primària o energia transformada (art. 16.3.d de la LCSP).

- **Contractes de serveis:** són els que tenen per objecte prestacions consistents en el desenvolupament d'una activitat o que estan adreçades a l'obtenció d'un resultat diferent d'una obra o un subministrament. Com a novetat, la LCSP inclou també com a contractes de serveis els contractes en els quals l'adjudicatari s'obliga a executar el servei de manera successiva i per preu unitari (art. 17 de la LCSP).

Respecte dels contractes de serveis, la LCSP introdueix un doble llindar comunitari (art. 22 de la LCSP): 221.000 €, en general, i 750.000 € quan es tracti de contractes que tinguin per objecte serveis socials i altres serveis específics enumerats a l'annex IV. En relació amb aquests darrers contractes, el Govern de la Generalitat, en data 29 d'agost de 2017, va aprovar el Projecte de llei de contractes de serveis a les persones, el qual es troba pendent de tramitació parlamentària.

Contractes subjectes o no subjectes a regulació harmonitzada

La LCSP manté la distinció entre contractes subjectes i no subjectes a regulació harmonitzada (art. 19-23 de la LCSP) i diu que són contractes subjectes a regulació harmonitzada els contractes d'obres, els de concessió d'obres, els de concessió de serveis, els de subministraments i els de serveis amb un valor estimat igual o superior al que disposen els articles 20, 21 i 22 de la llei, sempre que l'entitat contractant tingui la condició de poder adjudicador. Així mateix, també continuen estant subjecte a regulació harmonitzada els contractes subvencionats per aquestes entitats als quals es refereix l'article 23 de la llei. Destaquen com a novetats principals:

- L'ampliació de l'àmbit dels no subjectes a regulació harmonitzada, ja que s'exclouen determinats serveis jurídics; de defensa civil, protecció civil i prevenció de riscos laborals prestats per entitats sense ànim de lucre; determinats contractes de concessió, etc.
- La regulació dels contractes que comporten serveis a les persones, amb un llindar comunitari diferenciat de la resta de contractes de serveis i que s'estableix en 750.000 €.

Negocis i contractes exclosos

Quan parlem de l'àmbit objectiu de la llei, també hem de fer esment dels negocis i contractes exclosos. Respecte dels exclosos, la LCSP enumera als articles 4-11 les relacions jurídiques, negocis i contractes que exclou del seu àmbit d'aplicació, i estableix que s'han de regir per les seves normes especials i que, per resoldre dubtes i llacunes, s'han d'aplicar els principis de la LCSP.

La LCSP regula de manera més clara els contractes i negocis exclosos i inclou algun supòsit nou, com, per exemple, el contractes que tenen per objecte la realització de campanyes polítiques. Així mateix, la nova regulació dels negocis exclosos és més sistemàtica i els enumera per categories al llarg de diversos articles: els de l'àmbit de la defensa i la seguretat (art. 5); els convenis i les comandes de gestió (art. 6); els d'àmbit internacional (art. 7); els de recerca, desenvolupament i innovació (art. 8); les relacions jurídiques, negocis i contractes de l'àmbit del domini públic i de l'àmbit patrimonial (art. 9); els d'àmbit financer (art. 11), i d'altres, recollits a l'article 12 de la LCSP. És interessant destacar la nova regulació dels convenis exclosos, molt més clara i restrictiva.

La LCSP també exclou del seu àmbit d'aplicació el que anomena *sistemes de cooperació pública vertical i horitzontal* (art. 31 de la LCSP), que inclou els encàrrecs a mitjans propis, atès que considera que no són contractes, sinó que formen part de les potestats d'autoorganització de les administracions públiques.

Contractes administratius i contractes privats

L'article 24 de la LCSP diu que els contractes del sector públic poden estar sotmesos a un règim jurídic de dret administratiu o de dret privat. La llei manté la distinció entre contractes administratius i contractes privats (art. 24-27 de la LCSP), per raó de la naturalesa de l'entitat que contracta o per raó de l'objecte contractual.

Com a principals novetats, cal destacar que la LCSP:

- Finalment, unifica respecte de la preparació i l'adjudicació dels contractes la jurisdicció competent (art. 27 de la LCSP), que és la contenciosa administrativa, amb independència de si es tracta d'un contracte privat o administratiu.
- Amplia i millora la regulació dels contractes privats, i en clarifica el règim jurídic (art. 26 de la LCSP).



Rosa Maldonado Camats

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda