

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



## Novetats en la regulació de la subcontractació en la nova Llei de contractes del sector públic

27-09-2018

En la subcontractació recauen moltes de les novetats establertes per la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), amb l'objectiu tant de fomentar l'accés de la petita i mitjana empresa a la contractació pública com de donar més protecció al subcontractista i deixar enrere la concepció que es tenia fins ara que la relació entre contractista principal i subcontractista era una relació estrictament privada, en què la intervenció de l'ens públic contractant no hi tenia cabuda. La LCSP regula la subcontractació en els articles 215, 216 i 217 i en la disposició addicional 51.

Una de les primeres novetats que presenta és que elimina la possibilitat que establia el Text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSLP) de limitar percentualment la subcontractació, i ara es permet que el contractista concerta amb tercers la realització parcial de la prestació únicament tenint en compte dues limitacions:

1. Els òrgans de contractació poden establir als plecs que les partides essencials o tasques crítiques per l'objecte del contracte han de ser executades directament pel contractista principal i no poden ser objecte de subcontractació. Aquesta limitació a la subcontractació ha de ser objecte de justificació en l'expedient de contractació i en cap cas pot comportar que es produeixi una restricció efectiva de la competència (art. 215.1 i 215.2.e de la LCSP).
2. En els contractes de caràcter secret o reservat o en aquells en què l'execució vagi acompanyada de mesures de seguretat especials, d'acord amb les disposicions legals o reglamentàries o quan ho exigeixi la protecció dels interessos essencials de la seguretat de l'Estat: es manté igual que en el TRLCSLP el requeriment d'autorització expressa de l'òrgan de contractació per poder subcontractar (art. 215.2.d de la LCSP).

Per tant, a partir de l'entrada en vigor de la LCSP ja no es disposa que es puguin establir límits percentuals ni que es pugui prohibir la subcontractació (llevat dels supòsits de tasques crítiques i contractes secrets o reservats dels apartats *d* i *e* del punt 2 de l'article 215 de la LCSP).

Altrament queda ben establert per la llei que totes les condicions especials d'execució que formen part del contracte han de ser exigides igualment a tots els subcontractistes que participen en l'execució d'aquest (art. 202.4).

### **Comunicació de dades per part dels licitadors i/o contractistes a l'òrgan de contractació**

-**Si els plecs ho disposen**, els licitadors han d'indicar a l'oferta quina part del contracte tenen previst subcontractar, i n'han d'assenyalar l'import, i el nom o el perfil empresarial, definit per referència a les condicions de solvència professional o tècnica, dels subcontractistes als quals se'n vulgui encomanar la realització (art. 215.2.a).

(Si bé la LCSP no ho estableix, per garantir una execució adequada de les prestacions subcontractades es considera convenient que en fase de solvència es demani als licitadors el compliment dels requisits de solvència tècnica i professional per part dels subcontractistes, mitjançant una declaració responsable o el document europeu únic de contractació).

-**En tot cas**, després de l'adjudicació del contracte o, com a molt tard, quan comenci a executar-se, l'adjudicatari ha de comunicar per escrit la part de la prestació que se subcontracta, la identitat del subcontractista, les dades de contacte i el representant legal del subcontractista. A més, l'adjudicatari ha de justificar que el subcontractista disposa d'elements tècnics i humans per dur a terme la prestació i acreditar que no està incurs en cap prohibició de contractar (art. 215.2.b).

-**Modificacions**: el contractista ha de notificar per escrit qualsevol modificació de la subcontractació que es produeixi durant l'execució del contracte. Entenem que l'òrgan de contractació ha de considerar les modificacions que es produeixin per determinar-ne la compatibilitat amb l'execució de la prestació.

### **Conseqüències dels incompliments en les comunicacions i altres infraccions del règim de subcontractació**

En el cas que els subcontractes no s'ajustin al que el licitador va indicar a l'oferta presentada, abans de subcontractar el contractista ho ha de comunicar a l'òrgan de contractació i aportar les acreditacions i justificacions necessàries, i no pot celebrar el contracte fins que no hagin transcorregut 20 dies des de la comunicació, llevat que abans que acabi aquest termini l'Administració li autoritzi la subcontractació o s'hi oposi (art. 215.2.c).

La LCSP estableix una excepció a aquest termini de 20 dies en el supòsit que, sota la seva responsabilitat, el contractista consideri que és necessària la celebració del subcontracte per atendre una situació d'emergència i ho justifica de manera suficient.

Quan es produeixin infraccions en les condicions per subcontractar o en la falta d'acreditació de l'aptitud del subcontractista o en la manca de circumstàncies d'emergència/urgència justificades, els plecs de clàusules poden establir:

- La imposició de penalitats fins a un 50% de l'import del subcontracte.
- La resolució del contracte si es compleixen els requisits del segon paràgraf de l'article 211.1.f de la LCSP, que es refereix a l'incompliment de l'obligació principal del contracte com a causa de resolució d'aquest.

# Noves obligacions per a l'Administració pública i mesures de protecció per al subcontractista

## 1. Comprovació de pagaments

Un nou deure per a l'Administració pública i per als ens públics contractants, i també una nova garantia de cobrament per als subcontractistes que beneficiarà sobretot la petita i mitjana empresa, és la comprovació dels pagaments que la LCSP imposa com a obligatòria en els contractes que més sovint recorren a la subcontractació.

A partir d'ara, l'ens públic contractant ha de:

-**Obligatòriament** comprovar i imposar penalitats per l'incompliment del pagament en els contractes d'obres i en els contractes de serveis amb un valor estimat superior a 5 milions d'euros i en els quals l'import de la subcontractació sigui igual o superior al 30% del preu del contracte (art. 217.2).

-**Facultativament** pot comprovar el compliment dels pagaments en la resta de supòsits, sempre que així s'inclogui en l'anunci de licitació i en els plecs de clàusules o en el mateix contracte. A més, aquestes obligacions tenen la consideració de condicions especials d'execució amb les conseqüències que disposa l'ordenament jurídic per al seu incompliment (art. 217.1).

## 2. Mesures de protecció per als subcontractistes

-Les **condicions de cobrar i els drets** que estableix l'article 216 són irrenunciables per part dels subcontractistes (article 216.6).

-Es regulen els pagaments del contractista als subcontractistes, ja que estableix que els **terminis** fixats no poden ser més desfavorables que els que estableix la Llei 3/2004, de 29 de desembre, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials.

Així mateix, s'estableix que la data des de la qual s'han de computar els terminis de pagament és la data en què té lloc l'acceptació o la verificació dels béns o serveis pel contractista principal, sempre que el subcontractista hagi entregat la factura dins els terminis legals. En canvi, el TRLCSP establí que es computarien els terminis des de la data d'aprovació per part del contractista principal de la factura emesa pel subcontractista (art. 216.2 de la LCSP).

Aquest règim més detallat amb relació als terminis de pagament que han de complir Administració i contractista principal, s'encamina a evitar la lacra de la morositat que sempre pesa sobre les administracions públiques i dona compliment a la Directiva 2011/7/UE, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials.

-Cal destacar la possibilitat que l'òrgan de contractació pugui disposar als plecs de clàusules administratives que es puguin realitzar **pagaments directes als subcontractistes**, com disposa la disposició addicional 51 de la LCSP.

Aquesta disposició, que ja estableix la Directiva 2014/24/UE, vol satisfer una aspiració de la petita i mitjana empresa per poder millorar les seves condicions de cobrament amb els grans contractistes de l'Administració.

De moment, la disposició addicional 51 deixa aquest aspecte subjecte a una posterior regulació reglamentària, que haurà de determinar de quina manera es durà a terme aquest pagament, però això no impedeix que les administracions públiques ja ho puguin establir als plecs i hi determinin de quina manera es faran aquests pagaments.

Els pagaments que es facin a favor del subcontractista s'entenen realitzats a compte del contractista principal, i mantenen en relació amb l'entitat contractant la mateixa naturalesa d'abonaments a compte que la de les certificacions d'obra.

Ja per acabar, ha de quedar clar que, tot i les novetats introduïdes per la LCSP, es manté la naturalesa privada dels subcontractes i contractes de subministraments a què es refereixen els articles 215 a 217, i els subcontractistes no tenen acció directa davant l'Administració contractant per les obligacions concretes amb aquests pel contractista com a conseqüència de l'execució del contracte principal i dels subcontractes, sens perjudici del que disposa la disposició addicional 51.

La responsabilitat de l'execució del contracte davant l'Administració continua sent exclusiva del contractista principal, i el subcontractista queda obligat únicament davant d'aquest.



## **Èlia Vilaseca Arquès**

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública