

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Nova modificació de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic. El Reial decret llei 3/2020, de 4 de febrer

17-02-2020

Introducció

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, va transposar a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, i parcialment les dues següents:

- La Directiva 2014/23/UE, pel que fa als contractes de concessió d'obres i concessió de serveis en l'àmbit general.
- La Directiva 2014/25/UE, pel que fa a la contractació per les administracions públiques en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals.

El BOE n. 31, de 5 de febrer de 2020, va publicar el Reial decret llei 3/2020, de 4 de febrer, de mesures urgents pel qual s'incorporen a l'ordenament jurídic espanyol diverses directives de la Unió Europea en l'àmbit de la contractació pública en determinats sectors, d'assegurances privades, de plans i fons de pensions, de l'àmbit tributari i de litigis fiscals, que, en matèria de contractació pública, complementa la transposició de les directives següents:

- La Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrer de 2014, pel que fa a la contractació per part de les entitats del sector públic que no són administració pública i per les empreses privades amb drets especials o exclusius en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals.
- La Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer de 2014, respecte de les licitacions de contractes de concessió d'obres i de concessió de serveis relatius a determinades activitats especials (energia, transport i serveis postals), per part de les entitats del sector públic que no són administració pública i per les empreses privades amb drets especials o exclusius.

Així mateix, la disposició final primera del Reial decret llei 3/2020, vigent des del dia 6 de febrer, introdueix algunes modificacions en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, que s'analitzen en aquest apunt.

Contractació menor

En primer lloc, i segurament com a modificació més substancial, la disposició final primera del Reial decret llei 3/2020 dona una nova redacció a l'article 118 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP).

D'acord amb l'exposició de motius del Reial decret llei, aquesta modificació recull la modificació que ja establia el decaigut Projecte de llei de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2019 (BOC de 16 de gener de 2019), ja que es considera urgent i necessari per raons de seguretat jurídica solucionar els greus problemes tècnics que l'actual article 118.3 de la LCSP planteja, en exigir que, per celebrar un contracte menor, el contractista no hagi subscrit més contractes menors que individualment o conjuntament superin les xifres que estableix l'apartat 1 de l'article 118 de la LCSP. L'article 118.3 de la LCSP obeïa a la voluntat del legislador de racionalitzar la contractació menor, que s'havia de substituir per altres figures, com ara el procediment obert simplificat i el simplificat abreujat, els sistemes dinàmics d'adquisició i els acords marc.

En relació amb l'expedient de contractació menor, l'article 118.3 de la LCSP exigia un **informe de l'òrgan de contractació** en el qual es justificués, a més de la **necessitat** de la contractació:

- Que no s'estava alterant l'objecte del contracte menor per evitar l'aplicació de les regles generals de contractació.
- Que l'empresa contractista no havia subscrit més contractes menors el valor estimat dels quals, individualment o conjuntament, superessin la xifra de 40.000 euros en el cas d'obres i de 15.000 euros en el cas de serveis i subministraments, i corresponia a l'òrgan de contractació la verificació d'aquest extrem.

En relació amb els límits a la contractació menor establerts per la LCSP, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa (JCCA), en l'[Informe 1/2018, de 20 d'abril](#), va assenyalar que les **dues obligacions diferents i complementàries** que estableix l'apartat 3 de l'article 118 de la LCSP, una primera relativa a l'objecte del contracte (justificació del no fraccionament) i una altra relativa a les empreses que n'han de ser contractistes (limitació quant al volum màxim de contractes adjudicats a un mateix empresari), obeeixen a **finalitats diferents i complementàries**:

- Així, la primera limitació obeeix tant a la finalitat d'**evitar el fraccionament de l'objecte dels contractes** per eludir l'aplicació de les regles generals de contractació que, amb caràcter general, s'estableix per a tots els contractes en l'article 99.2 de la LCSP i que, en el cas de la contractació menor, es complementa amb una exigència addicional de justificació (vegeu l'[Informe 41/2017](#) i l'[Informe 42/2017](#) de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat); com a la finalitat d'**evitar que es cobreixin necessitats recurrents o periòdiques** mitjançant contractes menors, bé per una planificació incorrecta, bé per un mal ús d'aquests contractes (vegeu l'[Informe 3/2018, de 13 de febrer](#), de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó).
- Pel que fa a la limitació relativa al **volum màxim de contractes menors que es poden adjudicar a una mateixa empresa**, la JCCA va entendre que té per finalitat limitar la possibilitat que els contractes menors, tot i estar degudament qualificats com a tals pel fet de provenir d'una necessitat real i no fraccionada o planificada incorrectament, s'adjudiquin repetidament a les mateixes empreses, per tal d'**incrementar la competència i promoure la diversificació d'empreses** que resulten adjudicatàries d'aquests contractes.

Les novetats introduïdes pel Reial decret llei 3/2020 respecte de la tramitació dels contractes menors

En relació amb l'expedient de contractació menor, el Reial decret llei 3/2020 introdueix dues modificacions:

a) **Supressió de la limitació quant al volum màxim de contractes adjudicats a un mateix empresari**

D'acord amb la nova redacció de l'article 118 de la LCSP, l'informe de l'òrgan de contractació sobre la justificació motivada de la necessitat del contracte i la no alteració de l'objecte, continua sent un requisit de l'expedient de contractació menor, però omet la limitació sobre la qüestió que el contractista no hagi subscrit més contractes menors que individualment o conjuntament superin la xifra dels llindars d'aquests contractes i, consegüentment, l'obligació de l'òrgan de contractació de comprovar-ho.

És cert que des de l'entrada en vigor de la LCSP, l'apartat 3 de l'article 118 havia estat objecte de moltes crítiques per les dificultats que l'aplicació d'aquestes limitacions havien comportat a la pràctica per a molts òrgans de contractació, i, com hem vist, també de pronunciaments nombrosos i contradictoris per part dels diferents òrgans consultius en matèria de contractació pública. No obstant la nova redacció de l'article 118 de la LCSP, en matèria de contractació menor els òrgans de contractació han de continuar vetllant per evitar:

- **El fraccionament de l'objecte del contracte per eludir les regles generals de contractació**, que es configura com una prohibició general que impregna tota l'activitat contractual del sector públic (art. 99.2 i 116.2 de la LCSP).
- **Cobrir necessitats recurrents o periòdiques a través de contractes menors**, per una planificació incorrecta o un mal ús d'aquests contractes.

Correspon a l'òrgan de contractació afavorir la competència i la màxima participació de les empreses, sense renunciar a la contractació menor com a contracte que ajuda a **necessitats puntuals i no recurrents**, però tenint en compte que cal una **definició prèvia de les necessitats** (art. 1 i 28 de la LCSP) i una **bona planificació** per part dels òrgans de contractació, per evitar l'ús de la contractació menor respecte de necessitats recurrents que es poden cobrir mitjançant altres procediments que garanteixin els principis d'igualtat i de publicitat, així com una concurrència més elevada.

b) S'estableix una tramitació simplificada respecte de determinats contractes menors per raó de la quantia i el sistema de pagament

L'article 118 de la LCSP no establia cap especificitat en la tramitació dels expedients de contractació menor per raó d'un determinat valor estimat i del sistema de pagament. La LCSP només establia certes especificitats respecte dels contractes d'un valor estimat inferior a 5.000 euros i amb un sistema de pagament d'avançaments de caixa fixa o un altre de similar, pel que fa al **deure de publicitat** (art. 63.4 de la LCSP) i a les **obligacions de comunicació**, a Catalunya, a la Sindicatura de Comptes (art. 335.1 de la LCSP) i al Registre públic de contractes (art. 346.3 de la LCSP), exceptuant-los.

No obstant això, cal recordar que la Llei 6/2018, de 3 de juliol, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2018, va introduir la **disposició addicional 54 en la LCSP**, precisament per establir un **règim simplificat** de tramitació dels contractes menors exclusivament pel que feia als **agents públics del Sistema Espanyol de Ciència, Tecnologia i Innovació**, que com veurem ara el Reial decret llei 3/2020 fa extensiu a tots els poders adjudicadors.

El Reial decret llei 3/2020 introdueix un nou apartat 5 a l'article 118 de la LCSP, i estableix un **règim diferenciat i simplificat** pel que fa a la tramitació de l'expedient dels contractes menors de valor estimat igual o inferior als 5.000 euros, sempre que el seu pagament es verifiqui a través del sistema d'avançament de caixa fixa o d'un altre de similar per efectuar

pagaments menors. En aquests casos, no cal incorporar a l'expedient l'informe de l'òrgan de contractació justificatiu de la necessitat i de no haver-se alterat l'objecte per evitar l'aplicació de les regles generals de contractació.

La Secretaria Tècnica de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Direcció General de Contractació Pública va emetre un [informe, en data 31 de gener de 2020](#), sobre l'exigència d'incorporar l'informe jurídic de la Secretaria en l'aprovació dels contractes menors de les entitats locals en determinats contractes, en el qual, entre altres qüestions, s'aprofundeix sobre què cal entendre per "sistema d'avançament de caixa fixa" o un "sistema similar de pagament".

Vigència de l'apartat 3 de l'article 159 de la Llei 5/2017, de 28 de març

No obstant la modificació de l'article 118 de la LCSP, en l'àmbit de la **Generalitat de Catalunya i del seu sector públic**, cal recordar la vigència de l'article 159 de la Llei 5/2017, de 28 de març, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic, que va introduir diverses mesures per **promoure la lliure concurrència i la prevenció del frau** en la contractació pública. L'objectiu d'aquesta regulació era, d'una banda, **incrementar la transparència** en la contractació pública en la vessant de prevenció del frau, mitjançant l'**obligació de justificar i motivar les actuacions en matèria contractual, i fer-ne publicitat**, i especialment les que puguin afectar la concurrència i la igualtat entre licitadors o que fonamentin la selecció del contractista.

Pel que fa a la contractació menor, l'apartat 3 de l'article 159 de la Llei 5/2017 estableix **requeriments específics** en relació amb la tramitació i la justificació, al marge del que estableix la LCSP:

“3. La formalització de més de dos contractes menors consecutius amb idèntic objecte i adjudicatari en un període de temps inferior a un any o la formalització de contractes menors amb idèntic objecte i destinatari durant tres anys consecutius requereix l'emissió d'un informe justificatiu per part de l'òrgan de contractació, en el cas de serveis i subministraments superiors a 5.000 euros, IVA exclòs, i en el cas de contractes d'obra d'un import superior a 12.000 euros, IVA exclòs. Aquest informe s'ha de publicar a la Plataforma de Serveis de la Contractació Pública i al Portal de la Transparència de la Generalitat.”

Per tant, l'article 159.3 exigeix a l'òrgan de contractació l'**emissió d'un informe justificatiu**, que s'haurà de **publicar en el perfil del contractant**, quan:

- En un mateix exercici pressupostari s'adjudiquin més de dos contractes menors amb idèntic objecte i destinatari.
- S'adjudiqui durant tres anys consecutius un mateix objecte contractual a una mateixa empresa.

Per tant, les mesures de transparència i publicitat contractual establertes en l'article 159.1.3 de la Llei 5/2017 **són vigents** i compatibles amb les obligacions de l'actual article 118.2 de la LCSP, atès que la finalitat d'ambdues normes és comuna i complementària, ja que el que es pretén és **evitar, d'una banda, el fraccionament de l'objecte dels contractes** i, d'altra, que es **cobreixin necessitats recurrents o periòdiques a través de contractes menors**, bé per una planificació incorrecta, bé per un mal ús d'aquests contractes. A aquests efectes, l'article 118.2 de la LCSP estableix l'obligació de justificar en l'expedient el no fraccionament de l'objecte del contracte, mentre que l'article 159.1.3 de la Llei catalana el que fa és imposar mesures complementàries de

justificació i publicitat, per evitar tant el fraccionament com inèrcies de contractar sempre la mateixa empresa, ja que exigeix una motivació pública i raonada que ho justifiqui, i obre la porta a la concurrència d'altres empreses, especialment professionals i pimes.

Altres modificacions de la LCSP

Primera. El Reial decret llei 3/2020, de 4 de febrer, dona una **nova redacció a l'article 331** de la LCSP, relatiu a l'aportació d'informació per les comunitats autònomes i de les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla, en dos aspectes:

a) Corregeix un error, ja que l'article 331.b remetia a l'apartat 7 de l'article 332 de la LCSP, que defineix algunes de les funcions de l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació, quan la remissió s'havia de fer en l'apartat 8, que és el que estableix el contingut de l'informe que ha de remetre dita Oficina a la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, perquè l'integri en l'informe nacional que s'ha de remetre a la Comissió Europea cada tres anys.

b) Dona una nova redacció al darrer paràgraf de l'article 331 de la LCSP en relació amb la documentació que les comunitats autònomes han de remetre al Comitè de Cooperació en Matèria de Contractació Pública (art. 329 de la LCSP), amb la finalitat que la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat pugui complir les seves obligacions d'informació a la Comissió Europea en els termes següents:

- Substitueix la referència a la informació referida a les “entitats locals” situades en el seu àmbit territorial, per “òrgans de contractació de les administracions locals, així com de les seves entitats vinculades o dependents”.
- Substitueix “situades en els respectius àmbits territorials” per “que durant el període temporal a informar hagin tingut allotjada la publicació dels seus perfils contractants en el servei d'informació que a aquest efecte hagi establert la comunitat autònoma en el seu àmbit territorial”.

Segona. El Reial decret llei 3/2020 modifica el segon paràgraf de l'apartat 3 de la **disposició final primera de la LCSP**, relativa als títols competencials, per adaptar-lo a aquesta nova redacció de l'article 118, i substitueix la remissió a l'article 118.2 per una remissió a l'article 118.4 de la LCSP, que és el que amb la nova redacció fa referència a l'expedient del contracte menor d'obres, que manté el caràcter no bàsic.



Rosa Maldonado Camats

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