

LA REFORMA DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011 POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO POR LEY 14/2013 DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y SU INTERNACIONALIZACIÓN

Especial referencia a la incidencia en el régimen de contratación de las entidades del sector público que no tienen el carácter de Administración Pública

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización nace con el objetivo de apoyar al emprendedor y la actividad empresarial, favorecer su desarrollo, crecimiento e internacionalización y fomentar la cultura emprendedora y un entorno favorable a la actividad económica, tanto en los momentos iniciales al comenzar la actividad, como en su posterior desarrollo, crecimiento e internacionalización.

Uno de los ámbitos a los que afecta la batería de medidas que incluye la ley es la contratación pública, ámbito para el que contempla una serie de medidas tendentes a eliminar obstáculos al acceso de los emprendedores a la misma, de forma que ésta pueda actuar como una auténtica palanca a la expansión y consolidación de las empresas.

La adopción de alguna de las nuevas medidas precisa la reforma del Real Decreto legislativo 3/2011 por el que se aprueba el texto refundido de contratos del sector público (TRLCSP) que se analiza en el presente documento.

1. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

En primer lugar, debemos destacar la importante disposición categórica que afecta de lleno al régimen de contratación de todos los entes del sector público sin que en este caso implique reforma de la ley. Nos referimos al artículo 42 que establece:

Artículo 42. Prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública.

1. En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

2. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

Se trata de una importante novedad que profundiza en el principio de igualdad y no discriminación de los licitadores y que viene a poner fin a una práctica muy extendida que se solía aplicar fundamentalmente en los criterios de solvencia técnica, entre los que se exigía en muchas ocasiones un determinado número de contratos o unos años de experiencia en obras, suministros y servicios con el sector público. Y ello a pesar de que los artículos 77 y 78 del TRLCSP establecen como uno de los medios para acreditar la solvencia técnica de las empresas que éstas presenten *una relación de los principales suministros/servicios efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos*, sin que exista ninguna distinción ni un peso preponderante de la experiencia acreditada en el sector público sobre el privado.

En muchas ocasiones estos requisitos se han venido utilizando de forma abusiva, buscando favorecer a la empresa que hasta ahora venía prestando el servicio, llegando en muchas ocasiones a bloquear la posibilidad de participación de nuevas empresas que inmersas en este círculo nunca podían adquirir la experiencia suficiente en el ámbito del sector público.

La nueva ley, desde mi punto de vista, viene a hacer justicia, y viene a igualar dos hechos de por sí iguales cual es la experiencia en contratos prestados al sector público al sector privado. A partir de ahora es indiferente quien haya sido el cliente.

La consecuencia del incumplimiento de este principio es la nulidad de las disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

En caso de que esta disposición esté contenida en un pliego, supondría su nulidad y consecuentemente la de la totalidad del pliego y del proceso de licitación.

Además, se incluyen una serie de medidas que implican la reforma del TRLCSP en los siguientes aspectos:

2. POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN DE LAS UTE

Modificación del artículo 59.1. Nueva redacción:

1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

Los empresarios que estén interesados en formar las Uniones a las que se refiere el párrafo anterior podrán darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, que especificará esta circunstancia.»

Aportando como novedad de poca trascendencia práctica para los órganos de contratación de todos los entes del sector la posibilidad de inscribir las UTE que se constituyan temporalmente en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.

3. NUEVOS UMBRALES PARA LA EXIGENCIA DE CLASIFICACIÓN

Modificación del artículo 65. Apartados 1 y 5 y de la Disposición transitoria cuarta. Nueva redacción:

Artículo 65.

1. Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros o de contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.

En el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el subgrupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 % del precio del contrato.»

5. Las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán exigir una determinada clasificación a los licitadores para definir las condiciones de solvencia requeridas para celebrar el correspondiente contrato, en los supuestos del apartado 1 del artículo 65.

Disposición transitoria cuarta. *Determinación de los casos en que es exigible la clasificación de las empresas.*

El apartado 1 del artículo 65, en cuanto determina los contratos para cuya celebración es exigible la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán esos contratos, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

No obstante lo anterior, no será exigible la clasificación en los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros ni en los contratos de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 200.000 euros.

Esta reforma sí supone una importante novedad para todo el sector público: para las Administraciones Públicas se eleva de forma muy considerable la cuantía de los contratos para los que es exigible que el empresario se encuentre debidamente clasificado pasando de los 350.000 € a los 500.000 € en los contratos de obra y de los 120.000 a los 200.000 €.

Por su parte, el apartado 5, referido exclusivamente a las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública, incluye un sencillo pero muy trascendente matiz: "... en los supuestos del apartado 1 del artículo 65". Hasta ahora este tipo de entidades no tenían reglas legales específicas de en qué circunstancias podían exigir la clasificación a los licitadores, ni por razón de la cuantía ni del tipo de contrato. De la nueva regulación se deduce que a partir de ahora solo podrán recurrir al requisito de la clasificación en licitaciones que superen las nuevas cuantías establecidas en el apartado 1 del artículo 65.

Por tanto, para las administraciones públicas es obligatoria la exigencia de clasificación en los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 € y en contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 €, no pudiendo ser exigida en el resto de contratos, y para el resto de entidades del sector público sigue sendo potestativo, no pudiendo ser exigido en licitaciones cuyo valor estimado se sitúe por debajo de la expresadas cuantías.

En ningún caso será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.

4. CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA MEDIANTE RETENCIÓN EN EL PRECIO

Modificación del artículo 96 apartados 2 y 3. Nueva redacción:

2. Cuando así se prevea en los pliegos, la garantía en los contratos de obras, suministros y servicios, así como en los de gestión de servicios públicos cuando las tarifas las abone la administración contratante, podrá constituirse mediante retención en el precio. En el pliego se fijará la forma y condiciones de la retención.

3. La acreditación de la constitución de la garantía podrá hacerse mediante medios electrónicos, salvo que en el pliego se establezca lo contrario

Supone la extensión de la posibilidad de constituir la garantía mediante retención en el precio a los contratos de obra, quedando ahora tan sólo excluidos de esta modalidad de constitución de la garantía el contrato de concesión de obra pública.

Por otro lado, en la versión antigua se admitía la acreditación de la constitución de la garantía mediante medios electrónicos sólo si los pliegos contemplaban expresamente esta posibilidad. Ahora se invierte la técnica regulatoria empleada y, por defecto, a falta de mención expresa en los pliegos, se admite la acreditación de la constitución de la garantía por medios electrónicos.

5. ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR MEDIANTE UNA DECLARACIÓN RESPONSABLE

Se añaden dos nuevos apartados 4 y 5 al artículo 146, de la siguiente forma:

4. El órgano de contratación, si lo estima conveniente, podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que la aportación inicial de la documentación establecida en el apartado 1 se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. En tal caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación, deberá acreditar ante el órgano de contratación, previamente a la adjudicación del contrato, la posesión y validez de los documentos exigidos. En todo caso bastará con esta declaración responsable en los contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 de euros y de suministros y servicios con valor estimado inferior a 90.000 euros.

En todo caso el órgano de contratación, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato.

5. El momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones.

La reforma de este artículo encuentra su base en uno de los fines básicos de la Ley de Apoyo a Emprendedores cual es la simplificación de la carga administrativa.

Los dos nuevos apartados tienen en principio una enorme trascendencia práctica para todas las entidades del sector público que verdaderamente servirá para facilitar el trabajo administrativo de los licitadores y de los órganos de contratación favoreciendo por tanto, la concurrencia.

Se permite de forma expresa que la ya de por sí escasa (frente a la ingente cantidad de documentos exigidos en tiempos pretéritos) documentación que han de presentar los licitadores se pueda sustituir por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. Esta novedad exige entre otros de la presentación de las escrituras de constitución de la entidad o los certificados de clasificación.

No obstante, tendremos que estar atentos a la evolución que en la práctica tiene esta importante novedad, entre otras cuestiones la escritura de constitución no se aportaba sólo para comprobar que se trate de una entidad válidamente constituida y con capacidad de obrar, sino también para verificar la exigencia del artículo 57.1 que las prestaciones del contrato estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, sean propios de la entidad ofertante. Por tanto, la declaración responsable debería hacer alusión también a esta circunstancia.

Otra documentación, en principio sustituible por la declaración es la que acredita la clasificación de la empresa, en su caso, o que justifica los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional por lo que en principio se puede eximir la presentación de todos los documentos recogidos en los artículos 74 y siguientes.

La reforma plantea esta reducción de la carga administrativa o documental como una potestad cuya aplicación queda en manos del órgano de contratación *si lo estima conveniente*, pero esta potestad se convierte en obligación (sic. *en todo caso*) en los contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 € y de suministros y servicios con valor estimado inferior a 90.000 €.

Con esta reforma se da un paso más en la premisa inspiradora que constituye una de los objetivos en la nueva regulación de la contratación pública de reducción de la carga burocrática al común de los licitadores y que esta recaiga exclusivamente sobre el licitador que resulte adjudicatario. El TRLCSP contiene mecanismos mediante los cuales si el adjudicatario propuesto no es capaz de remitir la documentación acreditativa en el plazo marcado, se adjudica automáticamente al licitador siguiente, de manera que esta circunstancia no suponga una dilación de los plazos de tramitación.

El momento en que el adjudicatario propuesto viene obligado a documentar lo que ha declarado, se sitúa en el requerimiento de documentación regulado en el artículo 151.2.

El segundo apartado añadido al artículo 146 viene a resolver una duda recurrente que se venía planteando de cual es el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración, se debatía que fuese el momento en que se publica el anuncio de licitación, o bien el momento de presentar la documentación, el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, el de la adjudicación, el de la firma del contrato, el del inicio de las prestaciones. Queda zanjado que el momento decisivo a todos los efectos es el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones.

6. REDUCCIÓN DE PLAZO DE DEVOLUCIÓN DE GARANTÍAS EN DETERMINADOS CONTRATOS

Modificación del artículo 102 apartado 5. Nueva redacción:

5. Transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías una vez depuradas las responsabilidades a que se refiere el artículo 100.

Cuando el importe del contrato sea inferior a 1.000.000 de euros, si se trata de contratos de obras, o a 100.000 euros, en el caso de otros contratos, o cuando las empresas licitadoras reúnan los requisitos de pequeña o mediana empresa, definida según lo establecido en el Reglamento (CE) N.º 800/2008, de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado y no estén controladas directa o indirectamente por otra empresa que no cumpla tales requisitos, el plazo se reducirá a seis meses

Este artículo regula el derecho de los contratistas a la devolución o cancelación de las garantías si ha transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista. El citado plazo de un año se reduce a seis meses en los contratos de obra de cuantía inferior a 1.000.000 € y 100.000 €, en el caso de otros contratos.

La reforma hace extensible esta excepcional reducción del plazo a todas las empresas reconocidas como PYMES sea cual sea la tipología y la cuantía del contrato.

7. REDUCCIÓN DEL PLAZO QUE DA DERECHO AL CONTRATISTA A RESOLVER EL CONTRATO EN CASO DE DEMORA DE LA ADMINISTRACIÓN

Modificación del artículo 216 apartados 6 y 8. Nueva redacción:

6. Si la demora de la Administración fuese superior a seis meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.»

8. Las Comunidades Autónomas podrán reducir los plazos de treinta días, cuatro meses y seis meses establecidos en los apartados 4, 5 y 6 de este artículo.»

Se trata de una simple reducción del plazo de que dispone el contratista para resolver el contrato en caso de demora en el pago por parte de la administración, pasando de los ocho a los seis meses. La citada reducción afecta también a la redacción del apartado 8.

8. MECANISMOS DE COMPROBACIÓN DE PAGOS A SUBCONTRATISTAS

Se añade un nuevo artículo 228 bis, con la siguiente redacción:

Artículo 228 bis. Comprobación de los pagos a los subcontratistas.

Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos, calificados como tales en el artículo 5, han de hacer a todos los subcontratistas que participen en los mismos.»

En tal caso, los contratistas adjudicatarios remitirán al ente público contratante, cuando este lo solicite, relación detallada de aquellos subcontratistas que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, junto con aquellas condiciones de subcontratación de cada uno de ellos que guarden una relación directa con el plazo de pago. Asimismo, deberán aportar a solicitud del ente público contratante justificante de cumplimiento de los pagos a aquellos una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 228 y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en lo que le sea de aplicación. Estas obligaciones, que se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos, se consideran condiciones esenciales de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos.»



abogados y asesores tributarios

www.abbantia.com

Una novedad muy esperada y que viene a fortalecer y asegurar el papel de los subcontratistas (en especial las PYMES) en la obra pública que es cuantitativa y cualitativamente muy importante.

Con este nuevo artículo se intenta evitar que la empresa contratista especule con el dinero que ha de pagar a los subcontratistas por el desarrollo de sus trabajos, convirtiendo a la administración en garante de esta obligación dotándola de un papel activo en el control del pago a subcontratistas. Si bien este papel queda algo debilitado al concebir este mecanismo de control con un carácter potestativo para la Administración: “... *podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos...*” y “*En tal caso...*”. Si el pliego o el contrato no establecen nada al respecto, en principio, esa labor de comprobación no puede ser ejercida por la Administración, o no deviene exigible por parte de los subcontratistas.

Para que este nuevo artículo cumpla con el loable fin que persigue, consideramos que es necesario que la entidad contratante cumpla perfectamente con las condiciones de pago establecidas ya que muchas veces el incumplimiento de la administración (y no un afán especulador de los subcontratistas) es el que origina el impago en cadena de las obligaciones contractuales de todos los intervinientes en el contrato.

Esta nueva disposición se encuentra en el Libro IV de la ley, en principio aplicable sólo a los contratos administrativos. No obstante, como en tantas ocasiones no podemos llevar la compleja sistemática de la ley a interpretaciones extremas, no debemos deducir que simplemente por su ubicación en el libro IV quede excluida su aplicabilidad a los contratos privados de la administración y a los contratos celebrados por entidades que no tengan el carácter de administración pública. En este caso además parece reforzarse esta tesis y la voluntad del legislador de que se extienda su aplicación a todos el sector público, obsérvese el comienzo del enunciado artículo que parece dejar patente la ampliación de su ámbito subjetivo: “*Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes...*”.

Manuel Mesa Vila
Colaborador “Of counsel”
Abbantia Abogados y Asesores Tributarios