

ALERTA LEGAL comentarios de urgencia

FEBRERO 2020

Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales



1. Objeto del RDL 3/2019 y entrada en vigor.

El 5 de febrero de 2020 (BOE núm. 31), ha sido publicado El Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Dicho cuerpo normativo tiene por objeto, entre otros, el de trasponer con urgencia la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Entrada en vigor: las disposiciones por las que se traspone la referida normativa europea entrarán en vigor el **25 de febrero de 2020**, salvo la relativa a los órganos de gobernanza, que lo hará el **6 de febrero de 2020**, y la aplicación de un procedimiento sumarísimo ante la CNMC para determinar conductas colusorias, que lo hará al mismo tiempo que **la futura reglamentación que se anuncia**.

2. Justificación del instrumento normativo elegido para la trasposición.

El 28 de marzo de 2014, el Diario Oficial de la Unión Europea publicó tres nuevas Directivas en materia de contratación pública:

- La Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión;
- la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y
- la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

El plazo máximo para la incorporación de estas Directivas al ordenamiento interno expiró el 18 de abril de 2016, tras lo que la Comisión Europea, en 7 de diciembre de 2017, interpuso dos recursos contra el reino de España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la imposición de multas coercitivas por incumplimiento de los deberes de trasposición, a la vez que le apercibió para ello a través de un Dictamen de 9 de diciembre de 2016.

A pesar de la excesiva dilación temporal, que supuso la aplicabilidad directa de esta normativa europea, la trasposición parcial de la Directiva 2014/23/UE, y plena de la

Directiva 2014/24/UE, se llevó a cabo a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, resultado de una prolongada tramitación parlamentaria.

Sin embargo, la trasposición plena de la Directiva 2014/25/UE, y parcial de la Directiva 2014/23/UE, en lo que atañe a la contratación de entidades de los llamados "sectores excluidos", no se logró llevar a cabo en la misma legislatura, como consecuencia de su finalización anticipada con la disolución de las cámaras en marzo de 2019.

Ante esta situación de prolongado incumplimiento de las obligaciones del Reino de España para con la Unión Europea, el actual Gobierno de la nación ha considerado que concurren las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución para trasponer las referidas directivas, relativas a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, a través de un Real Decreto-ley, omitiéndose, por tanto, la tramitación parlamentaria propia de la Ley ordinaria, que en circunstancias normales sería el instrumento normativo necesario para ello.

Sin perjuicio de las dudas que suscita la utilización del Real Decreto-ley como instrumento normativo idóneo para articular esta trasposición, lo que puede preverse que constituirá un motivo de crítica y debate en lo sucesivo, la nueva norma resulta de esencial conocimiento para aquéllas entidades del Sector Público que, sin tener la consideración de Administración pública, operen en el ámbito de los sectores de actividad a los que se aplica, así como de empresas y empresarios licitadores del ramo.

3. Objetivos de la nueva regulación.

Además de materializar la trasposición de las nuevas Directivas de Contratación, son objetivos implícitos del RDL 3/2019:

- Actualizar la regulación de los procedimientos de contratación.
- Mejorar la eficiencia en la Contratación Pública valiéndose de la contratación electrónica.
- Mejorar la integridad y la transparencia en la contratación pública.
- Simplificar y abaratar la gestión de los procedimientos de contratación pública. Lograr procedimientos administrativos más ágiles, que también sean más accesibles para las PYMEs.
- Fomentar la utilización de la contratación en los sectores excluidos como herramienta de política social, laboral, medioambiental, de innovación y desarrollo y de defensa de la competencia.
- Lograr la coordinación y coherencia entre el real decreto-ley y la Ley 9/2017.

Se ha de tener en cuenta que la regulación comunitaria de la contratación en estos sectores parte (cfr. Informe de la Comisión Europea de 27 de junio de 2011) de la necesidad de mantener normas especiales en los mismos a partir de ciertos umbrales, dada la inexistencia de una liberalización absoluta, siendo de aplicación en cualquier caso la jurisprudencia del TJUE relativa a la correcta aplicación de las normas y principios del TFUE.

3. Aspectos sustantivos significativos de la nueva regulación.

El real decreto-ley publicado supone la derogación total de la Ley 31/2007, de 3 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Se caracteriza por ser un cuerpo normativo denso (218 artículos en los que también se traspone, adapta y modifica otra normativa relativa a seguros, tributaria y procesal, 17 disposiciones adicionales, 8 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única, 16 disposiciones finales y 2 anexos). Esa envergadura, unida a su trascendencia y reciente publicación, exigirá la realización de un análisis más pausado y detallado, si bien en este momento pueden adelantarse los siguientes aspectos que resultan de especial importancia:

A) **Ámbito subjetivo de aplicación. Exclusión de su aplicación a las Administraciones públicas.**

La normativa sobre contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, traspuesta en el Libro primero del real decreto-ley, se aplica a los poderes adjudicadores, las empresas públicas y las entidades privadas que tengan atribuidos derechos especiales o exclusivos, en el ámbito de una o más de determinadas actividades en los sectores del agua, gas y calefacción, electricidad, servicios de transporte, puertos y aeropuertos, servicios postales, prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos.

B) **Ámbito objetivo. Exclusiones.**

El real decreto-ley excluye de su aplicación a los contratos y concursos de proyectos de las entidades que conforman su ámbito subjetivo en el ámbito de las actividades antes referidas, cuando dicha actividad esté sometida a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado.

Para determinar si una actividad está o no sometida directamente a la competencia, el real decreto-ley se remite a un procedimiento específico contemplado en la Directiva 2014/25/UE.

Se excluye expresamente la aplicación del real decreto-ley a contratos de servicios jurídicos.

C) Ámbito objetivo. Umbrales.

Las previsiones del Libro primero del real decreto-ley serán de aplicación a los contratos entidades del sector público antes referidas, no excluidos, cuyo valor estimado sea igual o superior a los siguientes umbrales.

- a) 1.000.000 de euros en los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo I.
- b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos.
- c) 5.350.000 de euros en los contratos de obras.

D) Incorporación de previsiones ya contempladas en la legislación general de contratos del Sector Público, y desarrollo de otras de la derogada ley especial.

En aras de la pretendida coordinación y coherencia entre el real decreto-ley y la Ley 9/2017, se han introducido previsiones análogas a otras propias de la regulación general de contratos del Sector Público hasta ahora desconocidas para la contratación en los sectores excluidos.

Por otro lado, se han desarrollado otras previsiones que ya estaban contempladas en la derogada Ley 31/2007.

Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse algunas novedades como:

- Obligatoriedad de la contratación por medios electrónicos.
- Regulación de los encargos a medios propios personificados y convenios entre entidades contratantes del Sector Público.
- Regulación de los conflictos de intereses en procedimientos de contratación.
- Previsión de medidas constitutivas de la llamada "contratación pública estratégica", como la obligación de incorporar obligaciones esenciales de ejecución de carácter social, medioambiental o la obligación de incorporar consideraciones de apoyo a las PYMEs.
- Regulación de las consultas al mercado.
- Imposición con carácter general de la división del objeto de los contratos en lotes, salvo justificación en contrario.
- Imposición de la prevalencia de valoración de criterios cualitativos para la adjudicación de contratos de servicios de carácter intelectual.
- Introducción de la declaración responsable como prueba preliminar de cumplimiento de los requisitos para contratar.

- Regulación más garantista de los procedimientos abierto, restringido, negociado sin publicidad e introducción del diálogo competitivo y el procedimiento de asociación para la innovación.
- Eliminación de antiguos límites a la subcontratación.
- Introducción de régimen de modificación de contratos.

E) Sistema de clasificación propio y subastas electrónicas.

Especial mención merece el mantenimiento de la posibilidad de que las entidades contratantes establezcan sus propios sistemas de clasificación.

Así, estas podrán, si lo desean, establecer y gestionar un sistema propio de clasificación de operadores económicos o remitirse a cualquier otro que estimen responde a sus exigencias.

De entre los clasificados con arreglo a ese sistema se seleccionará a los licitadores en procedimientos restringidos o a los participantes en un procedimiento de licitación con negociación, en diálogo competitivo o en una asociación para la innovación.

Los gastos generados por la clasificación se mantienen como facturables a los clasificados, en proporción a los costes generados.

Igual mención especial merece el mantenimiento de la subasta electrónica como medio para la adjudicación de contratos en procedimientos abiertos, restringidos y con negociación, y en el seno de acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición, excluidas prestaciones de carácter intelectual.

F) Régimen de impugnación. Reclamación en materia de contratación.

Se reconoce un régimen de reclamaciones en materia de contratación similar al general de la Ley 9/2017, añadiendo la posibilidad de solución extrajudicial de conflictos.

G) Modificación de la regulación del contrato menor contenida en la Ley 9/2017.

La disposición final primera del real decreto-ley modifica el régimen del contrato menor contenido en el artículo 118 de la ley 9/2017.

La nueva regulación elimina la obligación de justificar que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los umbrales legalmente establecidos para este tipo de contrato.

Por otra parte, se elimina la obligación de justificación de necesidad del contrato y no alteración fraudulenta de su objeto cuando el pago se verifique a través del

sistema de anticipos de caja fija u otro similar, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.

Esperando que el contenido de la presente alerta lega sea de su interés, sin perjuicio de próxima información más detallada, quedamos a su disposición para comentar o aclarar el contenido expuesto; para ello, no dude en ponerse en contacto con nosotros.

Un cordial saludo.

SdP Estudio Legal
Plaza Nueva 8B, 3º Planta, C.P. 41001, Sevilla

Este mensaje va dirigido, de manera exclusiva, a su destinatario y puede contener información confidencial y sujeta al secreto profesional, cuya divulgación no está permitida por Ley. En caso de haber recibido este mensaje por error, le rogamos que, de forma inmediata, nos lo comunique mediante correo electrónico remitido a nuestra atención y proceda a su eliminación, así como a la de cualquier documento adjunto al mismo. Asimismo, le comunicamos que la distribución, copia o utilización de este mensaje, o de cualquier documento adjunto al mismo, cualquiera que fuera su finalidad modificación de la Ley, están prohibidas por la ley. En aras del cumplimiento del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, puede ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación, limitación, oposición y portabilidad de manera gratuita mediante correo electrónico a: administracion@sdpabogados.com, o bien en la dirección: Plaza Nueva 8-b, 3º Planta, C.P. 41001, Sevilla (Sevilla).