

# Novedades en materia de contratación en los sectores excluidos

## Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

---

El 25 de febrero de 2020 entró en vigor el Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español, entre otras, la directiva de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores, completando con ello el proceso de transposición de las Directivas de cuarta generación y alumbrando una regulación cuyas principales novedades se analizan, de manera somera, a continuación.

El pasado 5 de febrero de 2020<sup>1</sup>, se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* 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; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, cuyo Libro I incorpora – con carácter parcial - al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE, 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 da transposición, también parcial, a 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.

---

<sup>1</sup> El plazo de transposición de estas Directivas expiró el 18 de abril de 2016, sin que la concerniente a las Directivas 2014/25/UE y 2014/23/UE se hubiera completado, a pesar de que algunos aspectos se habían transpuesto ya a través de determinadas modificaciones puntuales del entonces vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El Real Decreto Ley 3/2020, no agota su contenido en la transposición referida, pues incorpora también disposiciones comunitarias en materia impositiva<sup>2</sup> y en materia de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea<sup>3</sup>, cuestiones de notable relevancia<sup>4</sup>; además de modificar (su disposición final primera) los artículos 118 (sobre los contratos menores)<sup>5</sup>, 331 (sobre la aportación de información por las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla<sup>6</sup>) y la redacción del segundo párrafo del apartado 3 de la disposición final primera (sobre el carácter no básico de determinados preceptos de la norma) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

En lo que aquí interesa, el RDL 3/2020 opera una derogación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, e incorpora una nueva regulación al respecto.

Como es sabido, el derecho de la Unión Europea ha venido construyendo desde hace años un grupo normativo específico encaminado a asegurar, primero, los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación propios de la contratación pública y, luego, de transparencia y uniformidad en los criterios de adjudicación y en determinadas facetas de la ejecución, en el ámbito de la actividad en que los agentes contratantes tienen derechos exclusivos y, por consiguiente, se encuentran en una posición dominante. Por ello, la regulación de las sucesivas Directivas en la ma-

---

<sup>2</sup> Transpone la Directiva (UE) 2018/1910 del Consejo, de 4 de diciembre del 2018, mediante la modificación de la Ley y el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

<sup>3</sup> Incorpora la Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo, de 10 de octubre, que persigue la armonización en el marco de la resolución de procedimientos amistosos y reforzando la seguridad jurídica, en especial, al introducir la fase de arbitraje.

<sup>4</sup> Un análisis pormenorizado de las novedades incorporadas en relación con tales cuestiones puede leerse en el siguiente enlace <https://www.ga-p.com/publicaciones/rdl-3-2020-por-el-que-se-incorporan-al-ordenamiento-espanol-directivas-ue-en-el-ambito-tributario-y-de-litigios-fiscales/>

<sup>5</sup> La DA primera da una nueva redacción al artículo 118 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, que regula el expediente de los contratos menores, cuya regulación mediante el RD Ley se justifica por resultar urgente y necesario - por razones de seguridad jurídica- solucionar los graves problemas técnicos que el artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, planteaba. Al respecto puede leerse un interesante estudio al respecto en <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-real-decreto-ley-3-2020-flexibiliza-la-regulacion-de-los-contratos-menores/>

<sup>6</sup> La nueva redacción del artículo 331 LCSP dispone que en el marco del principio de lealtad institucional que rige las relaciones entre las Administraciones Públicas (art. 3 de la Ley 40/2015, y con la finalidad de que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado pueda cumplir con las obligaciones establecidas en el artículo 328 respecto a la Comisión Europea, las Comunidades Autónomas remitirán en formato electrónico al Comité de Cooperación regulado en el artículo 329, a través de sus órganos competentes y respecto de sus respectivos ámbitos territoriales, la siguiente documentación: a) Un informe comprensivo de todas aquellas cuestiones mencionadas en las letras b), c), d) y e) del apartado 4 del artículo 328, con una periodicidad de -al menos- cada tres años. b) Un informe comprensivo de las cuestiones previstas en el apartado 8 del artículo 332 con una periodicidad de -al menos- cada tres años. La documentación remitida incluirá información referida a los órganos de contratación de las Administraciones locales, así como los de sus entidades vinculadas o dependientes, que durante el periodo temporal a informar hubieran tenido alojada la publicación de sus perfiles de contratante en el servicio de información que a tal efecto hubiera establecido la Comunidad Autónoma de su ámbito territorial.

teria está inspirada en la necesidad de garantizar una apertura del mercado, para lo que obligan a la publicidad de los contratos, la transparencia de las decisiones, la igualdad de oportunidades y la no discriminación de los contratistas<sup>7</sup>. Junto a estos principios, que son comunes a los que informan la regulación de la contratación pública, coexiste uno distinto, el de libertad de elección de las entidades contratantes<sup>8</sup>, y se incorporan dos nuevos: el principio de libre competencia y el de garantía de la unidad de mercado.

También resultan novedosas las siguientes cuestiones atinentes al ámbito subjetivo de la norma (A), a los criterios de adjudicación de los contratos (B), los convenios a celebrar entre entidades contratantes pertenecientes al sector público y los encargos a medios propios personificados por parte de entidades contratantes que sean poderes adjudicadores (C), los conflictos de intereses que pudieran surgir en los procedimientos de contratación (D) y las consultas al mercado (E).

## **(A) Ámbito subjetivo**

Como es sabido, la regulación comunitaria de la contratación en los denominados sectores especiales o sectores excluidos ha sido, desde sus orígenes, la de ordenar un régimen normativo que permitiera asegurar, en la selección del contratista, los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, en ámbitos materiales que impedían la apertura a la competencia a escala europea tanto por el carácter cerrado de los mercados (debido a la concesión por las autoridades nacionales de derechos especiales o exclusivos para la explotación de redes o la prestación de servicios) como por la posibilidad de las autoridades nacionales de influir mediante la participación en el capital y la representación en los órganos de administración, gestión o supervisión de las entidades.

---

<sup>7</sup> Así lo ha señalado el Consejo de Estado entre otros, en el dictamen número 464/98, de 26 de marzo, emitido con ocasión del entonces anteproyecto de ley de lo que posteriormente sería la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, de contratación en los sectores excluidos, el dictamen número 1209/2006, de 20 de julio, sobre el anteproyecto de lo que luego fue la Ley 31/2007, de 30 de octubre, y el dictamen número 1115/2015, de 10 de marzo, sobre el anteproyecto de ley para la transposición de la Directiva 2014/25/UE, 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.

<sup>8</sup> En la disciplina de la contratación pública, la selección del contratista aparece restringida para las organizaciones insertas en el sector público, si bien en el caso de las empresas gestoras de los servicios de interés general, el criterio informador es distinto, porque las entidades contratantes pueden elegir a sus contratistas, suministradores y prestadores de servicios, a fin de asegurar su gestión autónoma, si bien asegurando la transparencia, razón por la que se sujeta tal actividad al cumplimiento de determinados procedimientos de selección de los contratistas. El sentido original de esta regulación era el de flexibilizar la regulación en los sectores afectados, sobre la base de la identificación como poderes adjudicadores de entidades tanto públicas como privadas y también por otros dos motivos que impedían la apertura a la competencia a escala europea: uno, el carácter cerrado de los mercados en los que actúan, debido a la concesión por las autoridades nacionales de derechos especiales o exclusivos para la explotación de redes o la prestación de servicios; otro, el hecho de que las autoridades nacionales puedan influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión.

La regulación que introduce el RD Ley sujeta a sus prescripciones la actividad contractual de determinadas entidades del Sector Público en los ámbitos sectoriales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, e impone normas a la actividad contractual de determinadas entidades el Sector privado por razón de los “derechos especiales o exclusivos” de que disfrutaban, con la importante novedad de que el artículo 6.2 excluye del concepto referido, aquellos “derechos que se hayan concedido mediante la adecuada publicidad y con arreglo a criterios objetivos y no contrarios al Derecho de la Unión Europea”.

### **(B) Criterios de adjudicación de los contratos**

De una manera en gran medida semejante a la prevista en la LCSP, la Ley de sectores especiales abandona el criterio único del precio (oferta económicamente mas ventajosa) por el de la mejor oferta desde la perspectiva de la relación calidad-precio<sup>9</sup>, introduciendo, además, a semejanza de la LCSP, los criterios sociales y medioambientales. En efecto, la exposición de motivos pone de relieve que uno de sus propósitos es impulsar la incorporación de consideraciones sociales, laborales, medioambientales y de innovación y desarrollo en las condiciones de ejecución, estableciendo la obligación de introducir al menos una de las consideraciones de esta naturaleza que lista el artículo 105, entre las cuales están incluidas aquellas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, favorezcan la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar<sup>10</sup>.

El artículo 27.2, relativo a los principios de la contratación, establece<sup>11</sup> que en toda contratación sujeta al RD Ley “se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como, en su caso, una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos (...)” si bien luego no establece sanción alguna para el incumplimiento de esta obligación.

---

<sup>9</sup> El artículo 66, bajo la rúbrica “criterios de adjudicación del contrato” establece en su apartado 1 que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, aunque permite aplicar el de coste-eficacia previa justificación en el expediente y con los requisitos que contempla. El apartado 2 expresa que la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos, así como que estos últimos podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en ese mismo precepto.

<sup>10</sup> El artículo 105, relativo a las condiciones de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden, dispone en su apartado 1 que las entidades contratantes deberán establecer alguna condición especial relativa a la ejecución del contrato siempre que estén relacionados con el objeto del contrato, en el sentido establecido en el artículo 66.6, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea, y se indiquen en el anuncio utilizado como medio de convocatoria de licitación o en el pliego de condiciones. Añade que “en todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de condiciones de tipo medioambiental o de tipo social pudiendo incluirse también condiciones referidas a consideraciones económicas relacionadas con la innovación”. El apartado 2 enumera a título ejemplificativo, consideraciones susceptibles de ser incorporadas como condiciones del tipo de las señaladas, entre otras.

<sup>11</sup> De forma semejante a la que dispone el artículo 3 de la LCSP.

**(C) Se regulan por primera vez los convenios que se celebren entre entidades contratantes pertenecientes al sector público y los encargos a medios propios personificados por parte de entidades contratantes que sean poderes adjudicadores<sup>12</sup>.**

El artículo 26, bajo la rúbrica “convenios”, dispone que aquellos que se celebren entre entidades contratantes que sean poder adjudicador y que sean independientes entre sí por no existir entre ellos relación alguna de control directo o indirecto, quedan excluidos del ámbito de aplicación del RD Ley siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados o en normas administrativas especiales y se cumplan todas y cada una de las condiciones que enumeran los apartados a) a c) del referido precepto.

Por su parte, el artículo 25 dispone que entidades contratantes que sean poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que no impliquen el ejercicio de una potestad pública, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a ésta, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 32 de la LCSP.

**(D) Conflictos de intereses**

El artículo 29 establece, por primera vez y con remisión al artículo 64 LCSP, que las entidades contratantes adoptarán las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación.

**(E) Consultas al mercado**

Se regulan por primera vez las consultas al mercado que hagan las entidades contratantes, tanto para planificar sus licitaciones como para informar al mercado de sus planes de contratación.

En el artículo 41 se disciplina esta figura, fijando cautelas para garantizar una libre y leal competencia, en especial a través de la publicidad en el perfil del contratante de la entidad correspondiente<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Previstos ambos en el artículo 28 de la Directiva 2014/25/UE.

<sup>13</sup> La herramienta de las “consultas al mercado” también se contempla en la LCSP como consecuencia de la transposición de la Directiva 24/2014, cuyo artículo 40 las contempla (ver al respecto el artículo 99 GCSP). La razón de ser de este nuevo instrumento radica en las ideas de “negociación en la licitación” y de “innovación” que latían en las Directivas de cuarta generación, y que se manifiestan en la idea de contemplar las consultas al mercado – con números límites y condiciones – como instrumentos al servicio de la definición del objeto del contrato e incluso de su precio (artículo 115 de la LCSP).

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.