

LA NOVA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

Francesca Mas Casanovas¹

Sumari

1. Introducció
2. Objectius
3. Marc normatiu en què la nova Llei s'insereix
4. Estructura
5. Novetats principals
6. Altres qüestions destacables
7. Conclusió

¹ Lletrada de la Comissió Jurídica Assessora.

1. Introducció

El dret comunitari i, més específicament, la jurisprudència comunitària en matèria de contractació pública han provocat una revisió important de la legislació espanyola de la contractació administrativa, que es va iniciar amb la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques, i que es vol culminar amb la nova Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic. L'encaix, no sempre fàcil, d'una normativa de contractes interna consolidada amb els postulats comunitaris ha marcat el debat sobre l'encert d'una norma com la que s'ha promulgat finalment, la idoneïtat de la qual caldrà valorar des de la perspectiva de la seva aplicació.

La tramitació prelegislativa de l'avantprojecte i de les versions successives del text² s'ha caracteritzat per una certa polèmica, centrada bàsicament en la consideració que el nou text no complia adequadament les normes en matèria de tècnica legislativa³ i que l'estructura i la sistemàtica eren confuses. El mateix Consell d'Estat, al dictamen preceptiu número 514/2006, de 25 de maig, va qüestionar la nova estructura que la norma adoptava, derivada del nou enfocament que es pretenia atorgar a la contractació pública, i la va criticar amb duresa, fins al punt d'arribar a recomanar una revisió global del text, la qual cosa, però, no fou atesa. A aquesta crítica formal cal afegir que el Consell d'Estat també va valorar negativament que en el procés de tramitació de l'avantprojecte no s'hagués demanat l'informe de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, òrgan consultiu específic de l'Administració general de l'Estat en matèria de contractació administrativa,⁴ i que la seva tramitació tampoc no s'hagués recolzat amb la consulta i l'informe d'autoritats acadèmiques i universitàries, les úniques que a l'expedient no constava que hi haguessin participat. Aquest fet resultava més paradigmàtic tenint en compte, com va assenyalar el Consell d'Estat, que la norma projectada en bona part responia a peticions formulades des de múltiples instàncies administratives, acadèmiques, socials i empresarials d'introduir millores en la legislació dels contractes públics.

El projecte de llei fou aprovat pel Consell de Ministres el 7 de juliol de 2006 i, després de la tramitació parlamentària, iniciada el 14 de juliol de 2006, el Congrés dels Diputats l'aprovà en la sessió del dia 18 d'octubre de 2007.⁵ El *Butlletí Oficial de l'Estat* del dia 31 d'octubre de 2007 publicava la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic. D'acord amb la previsió que conté la disposició final dotzena, la Llei entrarà en vigor als sis mesos de la seva publicació, és a dir, l'1 de maig de 2008, llevat del seu àmbit subjectiu d'aplicació, que en virtut de la disposició transitòria setena va entrar en vigor l'endemà de la seva publicació.⁶

² Una primera versió és del mes de juliol de l'any 2005. N'hi ha fins a sis més.

³ Des del món empresarial, la CEOE va sol·licitar que la iniciativa es retirés quan se n'inicià la tramitació parlamentària. *Vid.* JOSÉ MARIA GIMENO FELIU, "La Ley de contratos del sector público, diciembre de 2007", ponència del seminari "Complint amb Europa". Institut Europeu d'Administració Pública. Centre Europeu de Regions.

⁴ Número d'expedient 514/2006 (Economia i Hisenda), aprovat el 25 de maig de 2006. A. Tercer. II. "Indudablemente hubiese enriquecido la tramitación del presente anteproyecto, dada la incuestionable experiencia de aquel en los asuntos que tocan a la contratación pública, resultando difícilmente explicable la omisión de solicitud de dicho informe, máximo cuando se trata de un órgano adscrito al ministerio proponente."

⁵ Es va publicar al *Butlletí Oficial de les Corts Generals*. Congrés dels Diputats, VIII Legislatura. núm. A-95-26, de 25 d'octubre de 2007.

⁶ La disposició transitòria esmentada preveu l'aplicació anticipada de la delimitació de l'àmbit subjectiu d'aplicació. Sobre aquesta qüestió *vid.* ESTEBAN ARIMANY LAMOGLIA, JOSÉ ALBERTO NAVARRO MANIC, "La aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector público", *www.iustel.com, Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 16, desembre de 2007.

2. Objectius

La nova Llei de contractes del sector públic respon bàsicament a tres objectius, tal com es desprèn de la pròpia exposició de motius. El primer és l'obligació de transposar a l'ordenament jurídic intern la Directiva 2004/18/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, subministraments i de serveis.⁷ El segon dels objectius és la necessitat tècnica de plantejar la regulació des d'una nova perspectiva, derivada justament del fet d'incorporar les previsions de la Directiva. Aquest objectiu es porta a terme per mitjà de tres vies. D'una banda, ampliant l'àmbit subjectiu d'aplicació construint una llei de contractació pública com una llei del sector públic; d'altra banda, establint un criteri funcional per tal de determinar l'àmbit subjectiu que el dret comunitari imposa, i, finalment, identificant quines normes provenen de la regulació tradicional interna del contracte que les administracions públiques subscriuen i quines provenen del dret comunitari.⁸ Finalment, el tercer objectiu que la nova Llei persegueix és donar resposta a peticions sorgides en l'àmbit nacional, una de les quals era la modernització en la contractació pública.⁹

3. Marc normatiu en què la nova Llei s'insereix

Per tal d'emmarcar el context en què es promulga la nova disposició legal, cal distingir el marc normatiu europeu del marc normatiu intern.

3.1. Marc normatiu europeu

La Directiva 2004/18/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març, de coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministraments i de serveis és la norma comunitària més important i les seves previsions s'acompleixen a la Llei de contractes del sector públic. Aquesta Directiva és important per dues raons. En primer lloc, perquè deroga i refon les directives anteriors clàssiques: la Directiva 92/50/CEE, del Consell, de 18 de juny, sobre coordinació de procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis, excepte l'article 41; la Directiva 93/36/CEE del Consell, de 14 de juny, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de subministraments, i la Directiva 93/37/CEE del Consell, de 14 de juny, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres. En segon lloc, perquè recull la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE) en matèria de contractació,¹⁰ la importància de la qual l'ha convertit en veritable font del dret en la matèria, ja que el Tractat constitutiu no preveia cap disposició expressa sobre contractes públics.¹¹

També en aquest context normatiu europeu cal esmentar la Proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell per la qual es modifiquen les directives 89/665/CEE i 92/13/CEE del Consell en allò referent a la millora

⁷ El termini per a la transposició acabava el 31 de gener de 2006

⁸ Això es fa per mitjà del nou concepte de "contracte subjecte a regulació harmonitzada".

⁹ Es va constituir una comissió d'experts entre el juny de 2003 i l'octubre de 2004. *Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*. Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, 2004.

¹⁰ Sentències del TJCE de 15 de gener de 1998, Mannesman Anlagenbau Austria i altres, o de 10 de novembre de 1998, BFI Holding.

¹¹ La jurisprudència comunitària ha anat configurant una noció de "poder adjudicador" que inclou tant les administracions públiques com aquells ens que sense ser-ho compleixen tres requisits: estar dotats de personalitat jurídica pròpia (pública o privada); haver estat creats per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil, i que la seva activitat depengui estretament d'una administració pública o entitat de dret públic, és a dir, que la financin majoritàriament o bé que es trobi sotmesa al seu control, direcció o vigilància.

de l'eficàcia dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació de contractes públics. L'objectiu que es persegueix amb aquesta Directiva és animar les empreses comunitàries a licitar en qualsevol estat membre de la Unió, amb la seguretat que, si escau, hi puguin interposar recursos eficaços quan considerin que es lesionen els seus interessos, en el marc del procediment d'adjudicació del contractes.¹²

Una altra de les actuacions comunitàries que cal tenir en compte en aquest context és la Comunicació interpretativa 2006/C 179/2002, de la Comissió, sobre el dret comunitari aplicable en l'adjudicació de contractes no coberts o només parcialment coberts per les directives sobre contractació pública.¹³ Amb aquesta comunicació, la Comissió va recordar que els contractes públics que estan al marge dels llistats estan sotmesos a determinats principis que tenen una *vis* expansiva fins i tot als contractes exclosos i que els són d'aplicació els principis del tractat d'igualtat de tracte, de no-discriminació i de transparència.

3.2. Marc normatiu intern

Per raons de brevetat, en citarem els precedents més immediats, és a dir, el Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (TRLCAP); el Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, i la Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obres públiques. El retard en la transposició de la Directiva 2004/18/CE, juntament amb els pronunciaments del TJCE, principalment en relació amb el Regne d'Espanya, han completat la taula de disposicions que afecten la matèria amb tot un seguit de normes entre les quals destaquen la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals i administratives, i el Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls a la productivitat i per a la millora de la contractació pública.

En la configuració de l'escenari normatiu que s'ha exposat, hi ha tingut un paper rellevant la jurisprudència comunitària que ha afectat directament el Regne d'Espanya, la qual es va iniciar amb la sentència de 15 de maig de 2003. Amb aquest pronunciament, el Tribunal va condemnar el Regne d'Espanya per l'incompliment de la Directiva 89/665/CEE, pel fet de no haver fet extensiu el sistema de recursos garantits (per la Directiva) a les decisions que havien adoptat societats de dret privat que, d'acord amb la jurisprudència del TJCE, eren considerades poder adjudicador. El pronunciament del Tribunal es va fonamentar, en síntesi, en el fet que la naturalesa privada no constituïa un criteri que pogués excloure'n la qualificació d'entitat adjudicadora en el sentit que li atorgaven les directives. A aquesta primera sentència, en va seguir una segona, de data 16 d'octubre de 2003,¹⁴ de la qual es desprèn amb més claredat que aquestes societats s'han de sotmetre a tota la normativa comunitària de contractes perquè tenen la consideració d'organismes de dret públic i, per tant, d'entitats adjudicadores.

Ambdós pronunciaments del TJCE van obligar el legislador intern a modificar la redacció de l'article 2.1 i la disposició addicional sisena del TRLCAP 2/2000, de 16 de juny, la qual cosa es va fer amb la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social. Així, en l'àmbit d'aplicació de l'article 2.1, s'hi va afegir les societats de dret privat que s'havien creat per satisfer específicament necessitats d'interès

¹² JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, FRANCISCO PLEITE GUADAMILLA, *La nueva Ley de contratos del sector público*, La Ley, desembre de 2007, 1a edició.

¹³ *Diari Oficial de la Unió Europea* núm. C179, d'1 d'agost de 2006.

¹⁴ Comissió contra Espanya. Vid. JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU, *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Civitas, 2003,

general que no tinguessin caràcter industrial o mercantil i per subjectar-les als principis de la disposició addicional sisena en els contractes que no superessin les quanties.

La tercera de les sentències europees es va dictar el 13 de gener de 2005 i va ser decisiva.¹⁵ En ella, el Tribunal va estimar íntegrament el recurs que la Comissió havia interposat pel fet que va apreciar que el Regne d'Espanya havia incomplert les obligacions que es derivaven de les directives 93/36 i 93/37, ja que no les havia adaptat correctament al seu ordenament jurídic intern. El Tribunal va fonamentar la seva argumentació sobre la base dels raonaments següents: pel fet d'excloure de l'article 1.3 les entitats de dret privat que complien els requisits per ser considerades poder adjudicador; pel fet d'excloure de l'àmbit d'aplicació de la llei els convenis de col·laboració que les administracions públiques subscriuïssin amb altres entitats públiques, i per permetre¹⁶ que s'utilitzés el procediment negociat en dos supòsits que no estaven previstos a les directives. Arran d'aquesta sentència, el Govern espanyol va aprovar el Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, i va modificar alguns articles del TRLCAP 2/2000, de 16 de juny.

Tanmateix, les modificacions successives que es van introduir en la legislació interna no van resultar encertades i, mitjançant el Dictamen motivat de 29 de juny de 2006, la Comissió va comunicar al Regne d'Espanya que les mesures que s'havien adoptat amb el Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, eren insuficients i que no havia adaptat correctament el seu ordenament jurídic intern, el qual seguia sense ajustar-se a les directives comunitàries. Aleshores, tenint en compte que encara no s'havia aprovat la nova Llei de contractes del sector públic, la qual estava en fase de tramitació parlamentària, el legislador espanyol va tornar a modificar el TRLCAP 2/2000, de 16 de juny, mitjançant la Llei 42/2006, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2007.

Un dels darrers pronunciaments del TJCE que també ha incidit directament en la matèria i té un reflex singular en la nova Llei de contractes del sector públic¹⁷ ha estat la sentència de 19 d'abril de 2007. Amb aquesta sentència, el Tribunal resol la petició de decisió prejudicial plantejada pel Tribunal Suprem en relació amb Asemfo i Tragsa. En síntesi, el Tribunal declara que les directives no s'oposen a un règim jurídic com l'atribuït a Tragsa, que li permet realitzar operacions sense estar subjecte al règim que les directives esmentades estableixen, com a empresa pública que actua com a mitjà propi instrumental i servei tècnic de diverses autoritats públiques des del moment que, d'una banda, les autoritats públiques de què es tracta exerceixen sobre aquesta empresa un control anàleg al que exerceixen sobre els seus propis serveis i, d'altra banda, l'empresa esmentada realitza el que és essencial de la seva activitat amb aquestes mateixes autoritats. En aquest sentit, el Tribunal considera que el requisit de l'activitat essencial (...) es pot considerar satisfet si l'empresa realitza l'essencial de la seva activitat no necessàriament amb un o un altre d'aquests ens territorials, sinó amb els esmentats ens territorials considerats en conjunt.¹⁸

Finalment, el 30 de maig de 2007, la Comissió va interposar un recurs contra el Regne d'Espanya amb la pretensió que es declarés que, com que no havia incorporat les previsions de la Directiva 2004/18/CE, estava incomplint les obligacions que se'n derivades.¹⁹

¹⁵ Comissió contra Espanya. C-84/03.

¹⁶ Articles 141, a, i 182, a i g.

¹⁷ Disposició addicional trentena: Règim jurídic de l'Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA) i de les seves filials.

¹⁸ El Tribunal Suprem espanyol n'ha dictat sentència el 29 de febrer de 2008, amb dos vots particulars.

¹⁹ Assumpte 255/2007. També va denunciar, pel mateix motiu, Finlàndia, Grècia, Luxemburg, Portugal, Suècia i Bèlgica. Assumpte C-292/2007.

4. Estructura

La nova Llei abandona l'estructura bipolar que s'havia adoptat des de la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques, basada en una part general dedicada als aspectes generals de la contractació i en una part especial que regulava les singularitats de cada tipus de contracte. La Llei 30/2007, de 30 d'octubre, s'articula al voltant de la figura del contracte del sector públic, a partir d'un ventall més ampli de subjectes destinataris que configuren el sector públic i d'un tractament diferenciat de les normes que són transposició de les disposicions comunitàries. Aquesta sistemàtica, com ja s'ha assenyalat, va ser molt criticada durant la fase de tramitació²⁰ de l'avantprojecte. Van ser diversos els motius de desaprovació, però els més reiterats han coincidit a considerar que la nova sistemàtica obliga l'aplicador a recórrer tots els llibres de la norma per poder conèixer la regulació completa de qualsevol dels contractes, com també que la denominació mateix de la norma s'aparta del model que ha adoptat el dret comparat.²¹ El Consell d'Estat, al seu Dictamen 514/2006, de 25 de maig, insistia que la conjunció de regles pròpies d'un sistema consolidat de contractació administrativa de dret intern amb altres provinents de les exigències imposades pel dret comunitari s'enfrontava a moltes dificultats: “[...] Con carácter general, debe señalarse ahora, de forma destacada, que el éxito en la consecución de los objetivos proyectados y la estabilidad del sistema que resulte del Anteproyecto están en función, en buena medida, de la capacidad de este para construirse de forma sencilla y ordenada. La regulación de la Ley debe partir de normas y principios de aplicación claros y generales. En la medida de lo posible, el desarrollo normativo de aspectos tangenciales y de detalle debe diferirse a la norma reglamentaria [...]” Malgrat les recomanacions del veterà òrgan consultiu, l'estructura i la sistemàtica no va variar.²²

Els 309 articles de la Llei s'han estructurat en un títol preliminar, que recull les disposicions generals (objecte, àmbit d'aplicació, definició dels tipus contractuals, jurisdicció aplicable), i cinc llibres. El llibre primer conté la configuració general de la contractació del sector públic i els elements estructurals dels contractes (articles 22 a 92). El llibre segon s'ocupa de la preparació dels contractes (articles 93 a 121). El tercer llibre regula la selecció del contractista i l'adjudicació dels contractes (articles 122 a 191). El llibre quart tracta del compliment i de l'extinció dels contractes administratius (articles 192 a 290) i, finalment, el llibre cinquè regula l'organització administrativa per a la gestió de la contractació. A més, la norma conté trenta-tres disposicions addicionals, set disposicions transitòries, dotze de finals i tres annexos.

Cal afegir, només de passada, que el caràcter parcialment bàsic de la nova de Llei de contractes del sector públic, en virtut de la previsió continguda a la disposició final setena, suscita algunes qüestions de coordinació amb el marc competencial derivat dels apartats *a* i *b* de l'article 159.3 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC), en particular al darrer incís de l'apartat *a*, referit a la nova competència exclusiva atribuïda en allò que no estigui afectat per l'article 149.1.18 de la Constitució. Una altra qüestió que també s'ha de considerar és la interpretació que caldrà fer de l'article 3.2 de la nova Llei, referit a l'àmbit subjectiu d'aplicació en relació amb l'esmentat article 159.3 EAC, que es refereix de manera expressa als contractes de les administracions públiques.

²⁰ JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU, “Observaciones al Anteproyecto de ley de contratos del sector público y consecuencias del vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 18/2004”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 52, abril de 2006.

²¹ La denominació adoptada majoritàriament ha estat la “Llei de contractes públics”

²² Conté un gran nombre de remissions, algunes dobles, i articles excessivament llargs. D'altres aspectes, en canvi, es regulen a les disposicions addicionals, com ara les especificitats de les entitats locals.

5. Novetats principals

Les novetats principals que la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, introdueix afecten bàsicament els aspectes següents: 1) delimitació del seu àmbit subjectiu d'aplicació, 2) singularització de les normes que es deriven directament del dret comunitari i 3) delimitació dels tipus contractuals.

5.1. Delimitació del seu àmbit subjectiu

El nou plantejament que la Llei introdueix s'orienta en dues línies principals: ampliar l'àmbit subjectiu al conjunt del sector públic i precisar, en cada cas, el règim jurídic a què està sotmès cada ens. Es tracta d'una delimitació de tipus funcional, o per l'activitat, i no segons la forma de personificació jurídica.²³ L'enumeració dels subjectes que formen part del sector públic es recull a l'extensíssim article 3. Aquest precepte es divideix en tres apartats i inclou una relació a tres nivells (segons el grau d'aplicació de la Llei) dels ens, els organismes i les entitats que es consideren del sector públic, a l'efecte de la norma.²⁴ Així, partint d'una definició de sector públic en termes força amplis, l'apartat 1 de l'article 3 enumera els ens, els organismes i les entitats que configuren el sector públic (apartats del *a* al *g*). Per assegurar el tancament del sistema i com a clàusula residual, l'apartat *h* reproduïx la definició d'organisme públic de la Directiva 2004/18/CE com a poder adjudicador subjecte a ella, per tal de garantir que a qualsevol ens, organisme i entitat que compleixi les condicions li sigui aplicable la Llei. El segon i el tercer apartats del precepte, en una graduació restrictiva dels subjectes, condicionen el nivell d'aplicació de la norma. La Llei distingeix, doncs, tres categories de subjectes, que presenten un diferent nivell de sotmetiment a les seves prescripcions: d'una banda, les administracions públiques; d'altra banda, els ens del sector públic que sense tenir el caràcter d'Administració pública estan subjectes a la Directiva perquè són poders adjudicadors i, finalment, els ens del sector públic que no són administracions públiques ni estan sotmesos a la Directiva.

Aquesta classificació i la identificació clara dels subjectes que en formen part resulten determinants per esbrinar el grau d'aplicació de la Llei. El màxim nivell d'intensitat s'aplica a les administracions públiques.²⁵ Els ens del sector públic que no tenen la consideració d'Administració pública però que estan subjectes a la Directiva 2004/18 com a poder adjudicador es regeixen per les normes del llibre primer aplicables a tots els contractes del sector públic i, a més, per unes regles bastant pròximes a les de les administracions públiques en les fases de preparació i adjudicació dels contractes subjectes a harmonització²⁶ (articles 173 i 174) i per unes normes amb un nivell d'exigència menor en la resta de contractes (article 175), és a dir, els no subjectes a harmonització. Els ens del sector públic que no són Administració pública ni estan sotmesos a la Directiva, a més de les normes del llibre primer, que és d'aplicació a tots els contractes del sector públic, han d'observar unes directrius mínimes per a l'adjudicació dels contractes (article 176) sobre publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no-discriminació, que s'inclouran en unes instruccions internes que aquestes entitats han d'aprovar i que caldrà publicar en el perfil del contractant.²⁷

²³ Seguint la doctrina de la jurisprudència comunitària.

²⁴ L'enumeració dels subjectes que formen part del sector públic recollida a l'apartat 1 de l'article 3 coincideix substancialment amb la que conté l'article 2.1 de la Llei 47/2003, de 26 de novembre, general pressupostaria, a la qual s'afegeixen l'Administració autonòmica i la local.

²⁵ Les entitats públiques empresarials queden excloses de la consideració d'Administració pública, a l'efecte de la Llei.

²⁶ Nou concepte, que es refereix als contractes que, per raó del tipus i de la quantia, estan subjectes a regulació comunitària.

²⁷ És una publicitat per Internet que substitueix la publicitat en diaris oficials i a la qual, en determinats supòsits, la Llei atorga efectes jurídics.

5.2. Singularització de les normes que deriven directament del dret comunitari

Per tal d'identificar quins són els contractes supeditats a les prescripcions de les directives comunitàries i diferenciar entre la contractació de publicitat comunitària i la inferior a aquesta, la Llei introdueix una categoria legal de contractes subjectes a regulació harmonitzada, que són aquells que, per raó de l'entitat contractant, el tipus de contracte i la quantia, estan sotmesos a la publicitat comunitària. L'article 13 de la Llei delimita, a l'apartat 1, quins són els contractes subjectes a regulació harmonitzada i hi inclou, en tot cas, els contractes de col·laboració entre el sector públic i el sector privat,²⁸ els contractes d'obres, els de concessió d'obres públiques, els de subministrament i els de serveis compresos en les categories 1 a 16 de l'annex II, el valor estimat dels quals, calculat de conformitat amb les regles que s'estableixen a l'article 76, sigui igual o superior a les quanties que s'indiquen a l'article 14 (per al d'obres i de concessió d'obres públiques: 5.278.000 euros), a l'article 15 (per al contracte de subministraments: 137.000 i 211.000 euros) i a l'article 16 (per als contractes de serveis: 137.000 i 211.000 euros), sempre que l'entitat contractant tingui la consideració de poder adjudicador.²⁹ També tenen la consideració de contractes subjectes a regulació harmonitzada els subvencionats per les entitats que tenen consideració de poder adjudicador a què fa referència l'article 17. El concepte no inclou els contractes de serveis de les categories 17 a 27 de l'annex II, els quals només estan subjectes a les directives pel que fa a les prescripcions tècniques i de publicitat de les adjudicacions. No es consideren subjectes a regulació harmonitzada, independentment del valor, determinats contractes que es relacionen a l'apartat 2 de l'article 13.

5.3. Delimitació dels tipus contractuals

Són dos els aspectes més importants que cal destacar pel que fa a l'àmbit objectiu d'aplicació. Un afecta el règim jurídic dels contractes i l'altre, la seva tipologia. En relació amb el primer, la Llei abandona el criteri tradicional de construcció de la legislació sobre contractació pública al voltant de la figura del contracte administratiu i adopta el concepte genèric de contracte del sector públic. Pel que fa al segon, el legislador opta per la tipologia comunitària d'obres, serveis i subministraments, manté el de gestió de serveis públics i n'introdueix un de nou, el de col·laboració entre el sector públic i el sector privat.

5.3.1. Règim jurídic dels contractes

Es consideren contractes del sector públic els contractes onerosos, sigui quina sigui la seva naturalesa, que subscriu els ens, els organismes i les entitats que s'enumeren a l'article 3, que configuren el sector públic. D'acord amb l'article 18, els contractes del sector públic poden tenir caràcter administratiu o privat. La diferència de règim ve donada, bàsicament, pel subjecte que contracta i, en aquest sentit, només poden subscriure contractes administratius les administracions públiques definides a l'apartat 2 de l'article 3, tal com s'estableix a l'article 19.1.³⁰ El règim jurídic del contracte, administratiu o privat, també defineix el diferent grau d'intensitat d'aplicació de la Llei. Així, els contractes d'obres, de concessió d'obres públiques, de gestió de serveis públics, de subministraments i de serveis, i el nou de col·laboració entre el sector públic i el privat, que subscriu tots els ens inclosos a l'apartat 2 de l'article 3, sempre tindran la consideració d'administratius i se'ls aplicarà la Llei amb el grau màxim d'intensitat, és a dir, en la preparació, l'adjudicació, els efectes, el compliment i l'extinció.

²⁸ El contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat és la novetat més destacada entre les tipologies contractuals de la nova Llei.

²⁹ Amb relació als llinars, cal tenir en compte que els que la Llei estableix han estat modificats pel Reglament (CE) núm. 21422/2007, de la Comissió, de 4 de desembre de 2007, i que l'Estat espanyol els ha regulat per Ordre ministerial de 31 de desembre de 2007.

³⁰ El contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat només el pot subscriure una administració pública.

L'ordre jurisdiccional contenciós administratiu és el competent per conèixer de les qüestions litigioses que susciten en totes les fases del contracte administratiu, des de la preparació fins a l'extinció.

En contraposició amb els contractes administratius, la Llei regula els contractes privats com aquells que subscriuïn els ens, els organismes i les entitats del sector públic que no compleixin la condició d'Administració pública.³¹ D'acord amb el que l'article 20 disposa, es pot deduir que hi ha dues modalitats a l'hora de considerar que ens trobem davant un contracte privat: són contractes privats, en tot cas, els que subscriuïn els ens que no tenen la consideració d'Administració pública i són també contractes privats els que subscriuïn les administracions públiques quan tinguin per objecte serveis compresos a la categoria 6 de l'annex II, la creació i la interpretació artística i literària o espectacles compresos a la categoria 26 del mateix annex, i la subscripció a revistes, publicacions periòdiques i bases de dades, també com qualssevol altres contractes diferents dels que es preveuen a l'apartat 1 de l'article 19.³² L'ordre jurisdiccional civil és el competent per resoldre les controvèrsies que sorgeixin entre les parts amb relació als efectes, al compliment i a l'extinció dels contractes privats. Així mateix, d'acord amb l'article 21, aquest ordre jurisdiccional també serà competent per conèixer de totes les qüestions litigioses que afectin la preparació i l'adjudicació dels contractes privats que subscriuïn els ens i les entitats sotmesos a aquesta Llei que no tinguin el caràcter d'Administració pública, sempre que aquests contractes no estiguin subjectes a una regulació harmonitzada.

5.3.2. Tipologia dels contractes

L'article 5 de la Llei enumera els contractes nominats o típics. A més dels contractes d'obres, subministraments i serveis, es mantenen el contracte de concessió d'obra pública i el de gestió de serveis públics, i s'hi introdueix un contracte nou: el contracte de col·laboració entre el sector públic i el privat. Desapareix el contracte de consultoria i assistència. La novetat més destacada, doncs, és el contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat. La gènesi d'aquesta figura contractual prové del dret comunitari, no en sentit estricte, sinó de les consideracions sobre la col·laboració entre el sector públic i el privat que conté el *Llibre verd sobre col·laboració publicoprivada*, com també el dret comunitari en matèria de contractació pública i concessions, aprovat per la Comissió el 30 d'abril de 2004.³³ La Comissió no regula aquest tipus de col·laboració com un contracte, sinó que únicament es refereix a la "col·laboració publicoprivada" i la configura amb els trets següents: durada relativament llarga, finançament majoritàriament a càrrec del sector privat, en què el col·laborador privat participa en el disseny, la realització, l'execució i el finançament, mentre que el col·laborador públic es limita a definir els objectius, la qualitat dels serveis i la política de preus, i a garantir aquests objectius. Hi ha un repartiment de riscos. Les raons que porten la Comissió a justificar la necessitat d'aquests tipus de negocis bàsicament es deriven de restriccions pressupostàries i de la necessitat de finançament privat, per tal d'aprofitar els coneixements i les mesures de funcionament del sector privat, i de l'evolució del paper de l'Estat, que ha passat d'operador directe a organitzador, regulador i controlador.

La regulació que el legislador fa de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic per adaptar-hi la col·laboració publicoprivada presenta els trets següents: es tracta d'un contracte pensat per a prestacions

³² Les qüestions litigioses dels contractes privats que les administracions públiques subscriuïn queden subjectes a la jurisdicció contenciosa administrativa pel que fa a la preparació i a l'adjudicació.

³³ El precedent del *Llibre verd* és el Dictamen del Parlament Europeu, de 10 de maig de 2002, en què s'instava la Comissió perquè examínés la possibilitat d'adoptar una proposta de directiva destinada a regular, de manera homogènia, el sector de les concessions i altres formes de col·laboració publicoprivada.

complexes o amb una certa indeterminació inicial, que només es pot utilitzar quan no n'hi ha cap altre tipus de contracte que ho permeti i que requereix l'avaluació d'un òrgan col·legiat, integrat per experts, en què es posi de manifest que l'Administració no està en condicions de fer la licitació. El procediment de licitació és el diàleg competitiu³⁴ i la contraprestació que el contractista col·laborador n'ha de percebre consisteix en un preu, que pot estar vinculat al rendiment. Hi ha repartiment de riscos entre l'Administració i el contractista, i sempre es tracta d'un contracte subjecte a regulació harmonitzada.³⁵

Queden fora de l'àmbit objectiu d'aplicació de la Llei els negocis i els contractes que s'enumeren a l'apartat 1 de l'article 4 de la Llei (lletres de la *a* a la *q*). Entre els que en queden exclosos destaquen els convenis de col·laboració interadministratius (article 4.1.c), els convenis que se subscriuguin amb persones de dret privat quan l'objecte no estigui comprès en els contractes regulats per la Llei o per normes administratives especials (article 4.1.d), els encàrrecs a una entitat que tingui la consideració de mitjà propi de l'Administració que fa l'encàrrec (article 4.1.n) i els que es regulen per la legislació patrimonial (article 4.1.p).

6. Altres qüestions destacables

6.1. Preparació i adjudicació dels contractes

S'estableix una distinció entre l'adjudicació provisional del contracte i l'adjudicació definitiva, que estan separades per un termini de quinze dies hàbils. Aquest termini serveix també per a la interposició del nou recurs especial en matèria de contractació. Malgrat que l'adjudicació provisional presenta el caràcter d'acte declaratiu de drets, només modificable per la via del recurs esmentat, el contracte es perfecciona amb l'adjudicació definitiva.

S'hi introdueix el recurs especial en matèria de contractació.

L'article 37 de la Llei preveu un recurs administratiu especial previ. La resolució del recurs serà impugnable davant la jurisdicció contenciosa administrativa.³⁶ Poden ser l'objecte del recurs l'adjudicació provisional, els plecs reguladors de la licitació i els que estableixin les característiques de la prestació, com també els actes de tràmit qualificats, sempre que estiguin referits a procediments d'adjudicació de contractes subjectes a regulació harmonitzada. Estan legitimats per interposar el recurs, en tot cas, els licitadors i les persones físiques o jurídiques que tinguin la condició de parts interessades. El termini per interposar el recurs és de deu dies hàbils³⁷ i el termini per resoldre'l és de cinc dies hàbils. S'entén que s'ha desestimat als vint dies. La resolució del recurs ha de decidir de forma motivada sobre les peticions de la part recurrent i pot acordar l'anul·lació de les decisions il·legals que s'hagin adoptat durant la tramitació del procediment d'adjudicació, la retroacció de les actuacions, una indemnització a favor de la part recurrent i l'adjudicació a un altre licitador.³⁸

L'efecte de la interposició del recurs és la suspensió de l'adjudicació provisional i també pot comportar la possibilitat de sol·licitar mesures provisionals.

³⁴ Constitueix una de les novetats que es deriven de la Directiva.

³⁵ Els articles que el regulen són: 11, 13-19, 118-120, 163-167 i 289-290.

³⁶ Prové de la Directiva 89/665/CE.

³⁷ Quan es tramita pel procediment d'urgència, el termini d'interposició es redueix a set dies.

³⁸ La manca d'interdependència de l'òrgan que l'ha de resoldre, en no adaptar-se a la Directiva, sembla que pot obligar a modificar la Llei.

Juntament amb la interposició del recurs especial en matèria de contractació, es pot presentar la sol·licitud de mesures provisionals. L'adopció de mesures cautelars es pot sol·licitar per tal de corregir infraccions del procediment o bé per impedir que es causin danys i perjudicis als interessos afectats, incloses les mesures de suspensió del procediment d'adjudicació o d'execució de les mesures adoptades. Es poden demanar en la preparació del recurs especial o de forma independent. Estan regulades a l'article 38 de la Llei.

6.2. Selecció del contractista i adjudicació dels contractes

Els procediments d'adjudicació s'articulen al voltant de les categories ja clàssiques de procediment obert, restringit i negociat, als quals s'afegeix el diàleg competitiu. En els procediments obert i restringit, es pot articular un tràmit de subhasta electrònica per a la millora de les proposicions. És una fase del procediment que es basa en un dispositiu electrònic i que es porta a terme de manera interactiva. Per tal que es pugui aplicar, és necessari que les especificacions del contracte es puguin establir de manera precisa i no poden tenir caràcter intel·lectual. També s'introdueix un nou procediment negociat amb publicitat per a contractes no subjectes a regulació harmonitzada que no superin una quantia determinada.

La novetat més destacada és el diàleg competitiu. Es tracta d'un procediment d'adjudicació els supòsits d'aplicació del qual es troben a l'article 164 de la Llei. Consisteix en un procediment pel qual l'òrgan de contractació estableix un diàleg amb els candidats seleccionats, amb la sol·licitud prèvia d'aquests, per tal de desenvolupar una o diverses solucions susceptibles de satisfer les seves necessitats i que serviran de base perquè els candidats escollits presentin una oferta. Concretament, es preveu per a contractes particularment complexos i sempre que l'òrgan contractació consideri que el procediment obert o restringit no permet una adjudicació adequada del contracte. Aquest procediment s'ha d'utilitzar imperativament per a l'adjudicació dels contractes de col·laboració entre el sector públic i el sector privat.

A més dels procediments d'adjudicació obert, restringit, negociat i del diàleg competitiu, la Llei preveu, tal com feia el TRLCAP, els contractes menors, que l'article 122 defineix exclusivament per la seva quantia: inferiors a 50.000 euros pel que fa a contractes d'obres, i a 18.000 euros pel que fa a la resta. Aquesta contractació directa manté les mateixes limitacions referides a la durada: no poden ser superiors a un any, no són prorrogables ni tampoc són susceptibles de revisió de preus.

Altres modificacions apareixen amb relació a la terminologia que s'utilitzava tradicionalment. Així, els termes *concurso* i *subhasta* desapareixen i són substituïts per l'expressió *oferta*, econòmicament més avantatjosa, amb un únic criteri, el preu (l'antiga subhasta), o amb més d'un criteri, no només el preu (l'antic concurs). També la *baixa temerària* és substituïda pel concepte d'*oferta anormal o desproporcionada*.³⁹

6.3. Sistemes per a la racionalització tècnica de la contractació

Amb la finalitat d'ordenar i de racionalitzar l'adjudicació dels contractes de les administracions públiques, la nova Llei introdueix tres sistemes: els acords marc, els sistemes dinàmics d'adquisició o de contractació i les centrals de compres.

³⁹ Es pot referir a d'altres aspectes diferents del preu i cal donar audiència al licitador abans de declarar el caràcter anormal de la seva oferta.

De manera molt sintètica, direm que els primers són acords formalitzats amb un empresari o diversos, amb l'objecte de fixar les condicions a què s'han d'ajustar-se els contractes que es vulguin adjudicar durant un període de temps.⁴⁰ Els sistemes dinàmics s'apliquen a la contractació d'obres, de serveis i de subministraments d'ús corrent les característiques dels quals, generalment disponibles en el mercat, satisfacin les seves necessitats.⁴¹ En ambdós sistemes, el termini no pot superar els quatre anys, excepte en el cas de supòsits excepcionals, degudament justificats, i no es poden utilitzar de manera que la competència se'n vegi obstaculitzada, restringida o falsejada. Finalment, les centrals de contractació que podran actuar adquirint subministraments i serveis per a la realització d'obres, serveis i subministraments destinats a ells mateixos. En particular, es preveu la contractació centralitzada en l'àmbit estatal.⁴²

6.4. Efectes, compliment i extinció dels contractes administratius

Els aspectes relatius a aquestes matèries estan regulats al llibre quart i només són aplicables a les administracions públiques, d'acord amb la consideració que en fa la mateixa Llei, les quals són les úniques que poden subscriure contractes administratius, ja que els efectes i l'extinció dels contractes privats s'han de regir pel dret privat.

Les singularitats més destacades afecten la modificació dels contractes i l'extinció per incompliment del contractista.

Amb relació a la modificació dels contractes administratius, les particularitats són fonamentalment tres: *a)* se suprimeixen les "necessitats noves" com a requisit per dur a terme la modificació contractual i es mantenen únicament les "causes imprevistes"; *b)* es prohibeix expressament que la modificació afecti condicions essencials del contracte i *c)* la possibilitat que el contracte sigui susceptible de modificació i les condicions en què es podrà fer s'han de preveure en els plecs de clàusules i en el document contractual.

Amb relació a l'extinció dels contractes administratius, desapareix com a causa de resolució la manca de prestació de la garantia definitiva, si bé es manté com a causa de resolució l'incompliment de les obligacions contractuals essencials, i s'introdueix l'obligació que en els plecs o en el document contractual s'identifiquin quines condicions tenen la condició d'essencials.

Pel que fa als efectes de la resolució del contracte per incompliment culpable del contractista i, en particular, la procedència de la confiscació de la garantia i la indemnització de danys i perjudicis, la nova Llei aclareix la naturalesa de la garantia i les responsabilitats de les quals respon. Així, l'article 208.4 preveu que, quan el contracte es resolgui per incompliment culpable del contractista, aquest ha d'indemnitzar l'Administració pels danys i perjudicis ocasionats. La indemnització s'ha de fer efectiva, en primer terme, sobre la garantia que s'hagi constituït, sens perjudici de la subsistència de la responsabilitat del contractista en allò que fa referència a l'import que excedeixi la quantia confiscada.

⁴⁰ El procediment de subscripció d'acords marc és regulat als articles 181 i 182 de la Llei.

⁴¹ El procediment de subscripció d'aquests sistemes es regula als articles 183-186 de la Llei.

⁴² La regulació d'aquest sistema es fa als articles 187-191 de la Llei.

7. Conclusió

L'impacte notable que genera l'activitat de la contractació pública en l'economia i la incidència que té en el disseny i l'efectivitat de les polítiques públiques, com també el caràcter d'instrument essencial per dur a terme la prestació dels serveis públics als ciutadans, contribueixen a atorgar a aquesta nova Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic un protagonisme sens dubte estel·lar en la legislatura que s'inicia. L'encert de la norma, tal com s'ha configurat finalment, amb vista a assolir els objectius importants que s'ha marcat el legislador i, sobretot, complir els imperatius derivats del dret comunitari sobre contractes públics s'haurà de valorar des de la perspectiva pràctica de la seva aplicació, alguns paràmetres de la qual vindran determinats per la seva capacitat de permetre als qui l'apliquin una interpretació clara i una resposta eficient per a la pràctica contractual pública.