

Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público

El 19 de octubre 2014 entraron en vigor nuevas enmiendas de la Ley "Prawo zamówień publicznych" [*Ley de Contratos del Sector Público, en adelante la "Ley p.z.p."*].

Dichas enmiendas implican numerosos cambios, principalmente en lo referente a **(i) la aportación de referencias sobre el contratista por parte de terceros, (ii) las causas de exclusión de contratistas que incumplan sus compromisos, (iii) los supuestos de ejecución de avales y (iv) la confidencialidad de las ofertas**. A continuación, se presentan de forma resumida los principales cambios consecuencia de dichas enmiendas.

1. Referencias de terceros

Se modifica el art. 26 aptdo. 2b de la Ley p.z.p., que permite a los licitadores hacer uso de referencias de terceros con el fin de justificar el cumplimiento de los requisitos de participación en el procedimiento.

Con arreglo a la nueva redacción del art. 26 aptdo. 2b de la Ley p.z.p., el licitador deberá acreditar que durante la ejecución del contrato podrá hacer un uso efectivo de las referencias puestas a su disposición por un tercero. Además, la entidad que se obliga a poner sus recursos a disposición del licitador será responsable solidaria de los daños que pudieran causarse a la entidad adjudicadora como consecuencia de no haberse hecho efectiva la disposición de dichos recursos a favor del licitador, salvo por causas ajenas a la entidad garante.

Aunque dependerá en gran medida de la línea jurisprudencial que adopte la Krajowa Izba Odwoławcza [*Cámara Nacional de Recurso*], el legislador no establece que las entidades que pongan sus recursos a disposición de los licitadores estén obligadas a intervenir en la ejecución de los trabajos objeto del contrato y la responsabilidad solidaria entre el contratista y el tercero se limita exclusivamente al supuesto de que se causen daños a la entidad adjudicadora, como resultado del incumplimiento por parte del tercero de su obligación de facilitación de recursos.

Así pues, la modificación del art. 26 aptdo. 2b de la Ley p.z.p. en principio cierra el debate, presente desde hace cierto tiempo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sobre la obligación o no del licitador de disponer efectivamente durante la ejecución del contrato de los recursos declarados en la fase de presentación de ofertas, con el fin de acreditar el cumplimiento de los requisitos del contrato. Por otra parte, la introducción de la responsabilidad solidaria tiene como objeto eliminar el llamado "tráfico de referencias": situaciones en las que determinadas empresas se comprometían a poner su experiencia a disposición del licitador, como si de un mero trámite se tratara, cuando en realidad no había intención alguna de ceder dichas referencias o participar en la ejecución del contrato.

Habría que aclarar que un tercero que pone sus recursos a disposición del licitador no será responsable de los daños sufridos por la entidad adjudicadora como resultado de un cumplimiento defectuoso del contrato por parte del licitador, que no deriven del hecho de no haber facilitado los medios comprometidos.

2. **Modificación de las causas de exclusión de contratistas que incumplan sus compromisos**

- Se derogan las normas que establecían las siguientes causas de exclusión obligatoria de los licitadores:
 - Art. 24 aptdo. 1 pto 1 de la Ley p.z.p., referente a la exclusión por daños, según el cual *debían ser excluidos aquellos contratistas que hubieran causado daños por incumplir el contrato o por cumplirlo defectuosamente, o se les hubiera impuesto una penalización por incumplimiento, siempre que el monto de dicha penalización – confirmada mediante sentencia judicial firme en los 3 años anteriores al inicio del procedimiento de adjudicación– fuera igual o superior al 5% del contrato adjudicado.*
 - Art. 24 aptdo. 1 pto 1a de la Ley p.z.p., referente a la exclusión por rescisión de contrato, según el cual *debían ser excluidos aquellos contratistas con los que la entidad adjudicadora hubiera rescindido el contrato o procedido a su denuncia o revocación, debido a causas imputables al contratista, siempre que dicha rescisión, denuncia o revocación se hubieran producido en los 3 años anteriores al inicio del procedimiento de adjudicación, y el valor de los trabajos sin ejecutar fuera igual o superior al 5% del valor del contrato.*

La derogación de estas normas se venía solicitando desde hace tiempo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró el art. 24 aptdo 1 pto.1a de la Ley p.z.p. contrario al Derecho de la Unión, sobre todo porque no se exigía prueba alguna de que la rescisión se hubiese producido por causas imputables al contratista.

Nótese que la derogación del art. 24 aptdos. 1 y 1a de la Ley p.z.p. surte efecto desde el 19 de octubre de 2014, siendo de aplicación, por tanto, en procedimientos en curso. Consecuentemente y por lo que se refiere al primero de los supuestos, desde la fecha de entrada en vigor de las enmiendas las entidades adjudicadoras no pueden ya excluir automáticamente a los licitadores inscritos en el registro de condenados por daños mediante sentencia firme del Presidente de la Oficina de Contratación Pública. Asimismo, como resultado de dicho cambio legislativo se procederá a la supresión de dicho registro.

- En sustitución de las normas derogadas del art. 24 aptdo. 1 ptos 1 y 1a de la Ley p.z.p., se introduce un nuevo art. 24 aptdo. 2a de la Ley p.z.p., según el cual la entidad adjudicadora debe excluir del procedimiento a aquellos contratistas que, durante los tres años anteriores al inicio del procedimiento de adjudicación, hubieran infringido gravemente sus obligaciones profesionales por causas imputables al contratista, especialmente en el caso de que, debido a una acción deliberada o negligencia grave, el contratista hubiera incumplido –o cumplido defectuosamente– el contrato adjudicado, siempre que la entidad adjudicadora pueda acreditar adecuadamente dichas circunstancias. Sin embargo, la obligación de exclusión procede únicamente si la entidad adjudicadora ha contemplado tal posibilidad en el anuncio de la licitación, en el pliego de condiciones del contrato o en la invitación a la negociación.

Asimismo, se establece claramente que la entidad adjudicadora no podrá excluir al contratista si éste acredita haber adoptado medidas concretas con el fin de prevenir el futuro incumplimiento grave de sus obligaciones profesionales por causas imputables al contratista y haber reparado –o haberse comprometido a reparar– los perjuicios causados como resultado del incumplimiento de sus obligaciones profesionales.

Parece, por tanto, que se ha pretendido solventar o, al menos, reducir la arbitrariedad que caracterizaba a la anterior redacción de la Ley p.z.p. y que, de ahora en adelante, la entidad adjudicadora deberá acreditar la culpabilidad del contratista antes de poder excluirlo (como mínimo en forma de negligencia grave). Por otra parte, el contratista podrá oponerse a la exclusión, reparando los daños o acreditando haber tomado las medidas oportunas con el fin de prevenir tales circunstancias en el futuro.

Considerando lo expuesto, la derogación del art. 24 aptdo. 1 pto 1 y 1a de la Ley p.z.p. y la introducción del nuevo art. 24 aptdo. 2a de la Ley p.z.p son, en principio, merecedores de una valoración positiva, en la medida en que se pretende reducir la arbitrariedad de las entidades adjudicadoras en línea con el criterio contenido en los pronunciamientos del Tribunal de la Unión Europea. Sin embargo, siguen existiendo supuestos, que permiten excluir de la licitación a aquellos contratistas que las entidades adjudicadoras consideren incumplidores, de modo que el futuro dependerá en gran medida de la aplicación práctica, por parte de las entidades adjudicadoras, del art. 24 aptdo. 2a de la Ley p.z.p.

3. Restricción de las posibilidades de ejecución de avales

Se modifica el contenido del art. 46 aptdo. 4a de la Ley p.z.p., referente a las normas de ejecución de avales por parte de la entidad adjudicadora en el caso de aquellos contratistas que no hayan subsanado la documentación.

De conformidad con la nueva redacción del art. 46 aptdo. 4a de la Ley p.z.p., la entidad adjudicadora solamente podrá ejecutar el aval en el caso de que, por no haberse subsanado la oferta, ésta no haya podido resultar elegida, pese a ser la más ventajosa.

Esta modificación tendría por objeto evitar supuestos de enriquecimiento en la ejecución los avales, especialmente en aquellos supuestos en los que el contratista no hubiera subsanado la documentación conforme a las indicaciones de la entidad adjudicadora y no pudiera resultar elegida por no ser la más ventajosa

4. La confidencialidad de las ofertas

Según la nueva redacción de esta ley, aquellos licitadores que soliciten la confidencialidad de sus ofertas deberán acreditar que determinados datos contenidos en la oferta son efectivamente considerados como secreto comercial.

Consecuentemente, aquellos licitadores que soliciten confidencialidad de sus ofertas deberán demostrar que la información supuestamente confidencial contiene datos de valor económico y constituyen secreto de empresa.

El presente resumen muestra únicamente los aspectos más relevantes de las recientes enmiendas de la Ley p.z.p. Se han introducido otras modificaciones además de las aquí citadas, referentes a cuestiones tales como la obligación de pactar cláusulas de revalorización en contratos plurianuales o la simplificación del procedimiento de contratación de servicios no prioritarios con un valor inferior a los umbrales comunitarios como también la limitación de aplicación del criterio del precio como el único criterio de valoración de las ofertas.

Si bien la ley entró en vigor el 19 de octubre de 2014, en la práctica las nuevas normas solamente podrán aplicarse en procedimientos iniciados con posterioridad a dicha fecha, salvo la modificación del art. 24 aptdo. 1 pto. 1 y 1a de la Ley p.z.p.

Más información:

Pedro Saavedra

Socio

pedro.saavedra@garrigues.com

T +48 22 540 61 00

David M. Jelicz

Asociado Sénior

david.jelicz@garrigues.com

T +48 22 540 61 00

