

# Energía, agua, transportes y servicios postales: novedades relevantes en el ámbito de la contratación

El Real Decreto-ley 3/2020 de medidas urgentes incorpora al ordenamiento jurídico diversas directivas de la UE en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores. Analizamos aquellas que han de ser tenidas en cuenta por los contratantes que operan en los «Sectores Excluidos» o «Sectores Especiales».

Febrero de 2020

## Ponte en contacto con PwC Tax & Legal Services:

### José Américo Alonso

Socio del Departamento de Regulatorio

[jose.amerigo.alonso@pwc.com](mailto:jose.amerigo.alonso@pwc.com)

### Ramón Vázquez del Rey Villanueva

Director del Departamento de Regulatorio

[ramon.vazquez.del\\_rey@pwc.com](mailto:ramon.vazquez.del_rey@pwc.com)

El pasado miércoles, se publicó 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 (en adelante, el «Real Decreto-ley 3/2020»).

Articulado sobre la base de varios libros, el Libro I es el que aborda la transposición de 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, de forma parcial, 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.

El presente documento tiene por objeto desgranar sólo alguna de las novedades más relevantes que han de ser tenidas en cuenta por los contratantes que operan en los denominados «Sectores Excluidos» o «Sectores Especiales», aprobado de urgencia ante el riesgo de condenas por tardía transposición de las Directivas:

- El Real Decreto-ley 3/2020 deroga la vigente Ley 31/2007, de 30 de octubre, que únicamente conserva su vigencia respecto de los contratos y los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2020, esto es, siempre y cuando la convocatoria se hubiere publicado antes del 6 de febrero de 2020. También seguirá

siendo de aplicación la anterior normativa respecto de los procedimientos de reclamación iniciados antes de esa fecha.

- Esta nueva normativa, contenida en el Libro primero, aplica sobre los poderes adjudicadores, las empresas públicas y las entidades privadas que tengan atribuidos derechos especiales o exclusivos. Las Administraciones Públicas, sin embargo, quedan sujetas a la más estricta Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, la «Ley 9/2017»). El Real Decreto-ley 3/2020 únicamente se les aplicará para determinar si los contratos que celebren estas deben considerarse sujetos a regulación armonizada.
- Es importante destacar que los derechos que se hayan concedido mediante un procedimiento que haya sido objeto de una publicidad adecuada, con arreglo a criterios objetivos y que no contravenga el Derecho de la Unión Europea no constituirán derechos especiales o exclusivos a los efectos de este Real Decreto-ley, que ahora aplica también a las concesiones de obra y de servicios definiendo el concepto de «riesgo operacional». Resulta relevante a estos efectos, considerar los procedimientos enumerados en el Anexo II de la Directiva 2014/25/UE.
- Respecto de la exclusión por liberalización de una actividad, se fija en la norma cuál es el «mercado geográfico de referencia» que ha de considerarse.



## Se endurece la regulación respecto de los contratos celebrados con empresas asociadas y con empresas conjuntas para garantizar la libre competencia”

- Se excluye del ámbito de aplicación de esta normativa los contratos de los operadores económicos sujetos adjudicados para fines distintos de la realización de actividades previstas en el Real Decreto-ley 3/2020. También se prevén exclusiones específicas en los ámbitos del agua, de la energía y referidas a los contratos de servicios y de concesión de servicios, contratos y concursos de proyectos internacionales, los adjudicados sobre la base de un derecho exclusivo y algunos en los ámbitos de la defensa y la seguridad.
- Se excluyen, asimismo, los encargos a través de medios propios de los operadores económicos sujetos, y los convenios que se celebren entre entidades pertenecientes al sector público. Ambos se regulan por primera vez en este ámbito.
- Se endurece la regulación respecto de los contratos celebrados con empresas asociadas y con empresas conjuntas para garantizar la libre competencia.
- Como principio de contratación (además del de libertad de elección de las entidades contratantes, de transparencia y de apertura a la competencia), se introduce el de preservar la garantía de unidad de mercado, que los operadores económicos sujetos no pueden contravenir, lo cual permitirá en el futuro aplicar el procedimiento especial ante la CNMC y la Audiencia Nacional previsto en la ley procesal administrativa.
- Los procedimientos de adjudicación preceptivamente han de incorporar criterios sociales y medioambientales relacionados con el objeto del contrato, debiendo los órganos de contratación adoptar medidas apropiadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral.
- También los operadores han de tomar medidas adecuadas para luchar contra el fraude, favoritismo y corrupción, así como detectar conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación.
- Se aplican las prohibiciones de contratar previstos en la normativa sobre contratación pública a todos los operadores sujetos, y no sólo a los organismos de derecho público.
- Se regula la obligatoriedad de conservar en el expediente de contratación toda una serie de documentación preparatoria (consultas al mercado, objetivo y necesidad de la contratación, etc.).
- La regulación de los procedimientos de adjudicación refuerza los principios de publicidad y transparencia, que imponen a las empresas facilitar información y dar notoriedad a los contratos a celebrar, lo que se traduce en la regulación minuciosa de la información que deben contener los pliegos de condiciones del contrato, su publicación en el DOUE, el plazo para insertarlos, los gastos de publicación y otras determinaciones menores.
- Se refuerza la apuesta por el uso de la tecnología, de lo que son muestras: i) la exigencia de que se dé acceso a los pliegos de condiciones y a las prescripciones técnicas por medios electrónicos a través del perfil de contratante; ii) la tenencia obligatoria de un perfil de contratante que deberá alojarse bien en la Plataforma de Contratación del Sector Público o bien en otra plataforma equivalente, según el tipo de entidad; y iii) la obligatoriedad, salvo en supuestos tasados, de la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los contratos regulados por medios exclusivamente electrónicos.



Se sustituye el criterio de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa por el principio de la mejor oferta, determinada preferentemente con arreglo a criterios basados en la mejor relación calidad-precio”

- Destaca la sustitución del criterio de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa por el principio de la mejor oferta determinada preferentemente con arreglo a criterios basados en la mejor relación calidad-precio, con vistas a fomentar la toma en consideración de un mayor número de aspectos sociales, laborales, medioambientales y de innovación y desarrollo.
- En el plano procedimental pervive la facultad de elección de la entidad contratista entre los procedimientos abierto, restringido o negociado, siempre que se haya efectuado una convocatoria de licitación, limitándose el uso del procedimiento negociado sin publicidad a casos tasados. Como novedad, se impone a las entidades contratantes la obligación de motivar la elección del procedimiento y se amplían las opciones al diálogo competitivo y el procedimiento de asociación para la innovación. Este último nace con la idea de fomentar la aparición de soluciones innovadoras sin cerrar el mercado, al permitir la creación de una asociación a largo plazo encargada de la búsqueda de soluciones innovadoras, su desarrollo y posterior adquisición.
- Se recogen técnicas de contratación dirigidas a ampliar la competencia y mejorar la eficacia del sistema público de compras a través de centrales de compras, acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición o subastas electrónicas.
- Es novedosa la regulación de la ejecución y extinción de los contratos, de forma análoga a la contenida dentro de la Ley 9/2017
- Se establecen por primera vez limitaciones a las modificaciones de estos contratos. A estos efectos, se introduce la posibilidad de resolver contratos durante su vigencia cuando no se den los requisitos legalmente establecidos que permitan su modificación; así como la necesaria autorización, previo dictamen del Consejo de Estado, del Ministerio de tutela o adscripción para modificaciones no previstas superiores al 20%, en el caso de que las mismas afecten a contratos de entidades contratantes pertenecientes al sector público.
- Por último, interesa remarcar que, al regularse la invalidez y la reclamación en materia de contratación, su régimen es parejo al que se recoge en esta materia en la Ley 9/2017, si bien en el Real Decreto-ley 3/2020 se permite la solución extrajudicial de conflictos. Con este fin, se habilita a las entidades contratantes para remitir a un arbitraje en derecho.