

Diez actuaciones esenciales que hemos de realizar los aplicadores de la LCSP antes de su entrada en vigor



La nueva LCSP dispone con claridad en su artículo 347.2 que todas las entidades del sector público están obligados a alojar su perfil de contratante en la Plataforma de Contratos del Sector Público.

18/12/2017

Aunque la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público, entrará en vigor el próximo día 9 de marzo de 2018, su contenido material está vigente en su mayor parte, tanto por el efecto directo de las Directivas de contratación desde el 18 de abril de 2016, como por haber incorporado el nuevo texto doctrina legal consolidada sobre contratación pública. Un buen ejemplo de esta vigencia 'anticipada' es la obligación de remisión a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de datos sobre los contratos realizados en el año 2017, para elaborar el informe a que se refiere el artículo 328.4 de la Ley 9/2017, analizando el cumplimiento de los objetivos de 'estrategia' e 'integridad' de las Directivas y las dificultades para alcanzarlos, (Resolución de 15 de noviembre de 2017). Ello nos debería llevar ya a tramitar los contratos a la vista de la nueva Ley, sin perjuicio de las referencias aún al TRLCSP.

Los operadores jurídicos hemos de estudiar el nuevo y preparar modelos de pliegos y otros documentos de acuerdo a la nueva Ley. En esta tarea, nos parece esencial tener muy presentes los objetivos básicos que persigue la Ley y proclama desde su exposición de motivos: lograr una mayor transparencia en la contratación pública (integridad), y conseguir una mejor relación calidad-precio, con la implementación de los recursos gestionados mediante contratos de las políticas públicas en materia social, medioambiental, de innovación y de fomento las de pymes (estrategia).

Pero hay actuaciones que deberíamos anticipar para lograr una correcta aplicación de la nueva Ley, para que podamos materializar sus objetivos esenciales:

1.- Remitir la información sobre la contratación realizada en el año 2017 a la JCCPE antes del 30 de enero de 2018.

Es esta una obligación impuesta en la Resolución de 15 de noviembre de 2017, de la Subsecretaría, (del Ministerio de Hacienda y Función Pública) por la que se aprueban la aplicación informática y el cuestionario electrónico necesarios para elaborar el informe a que se refiere el artículo 328.4 de la LCSP 9/2017. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha de remitir esa información a la Comisión Europea en cumplimiento de las exigencias de 'Gobernanza' que impone la Directiva 2014/24 en su capítulo IV, Todos los poderes adjudicadores han de remitir a la JCCPE, antes del 31 de enero de 2018, información referente a los contratos celebrados ente el 1 de enero y 15 de diciembre de 2017. La información sobre la aplicación de medidas en contratación íntegra y estratégica, y las dificultades que se hayan detectado para garantizar el cumplimiento de la normativa en materia integridad, participación de las pymes en la contratación pública, contratación ecológica y socialmente responsable. La información ha de ser detallada para cada contrato sometido a regulación armonizada; para el resto de contratos debe proporcionarse el valor agregado total, incluidos los menores, con exclusión de los de importe inferior a 5.000€; tramitados con sistema de pago de anticipo de caja fija o similar.

2.- Alojar el perfil de contratante de cada entidad en la Plataforma de Contratos del Sector Públicos.

Esta obligación se estableció en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, como medida de transparencia para facilitar el acceso de los contratistas a toda la información de las licitaciones, en especial de las pymes. Transparencia Internacional España, en colaboración con el Observatorio de Contratación Pública, ha constatado el incumplimiento aún mayoritario de las entidades obligadas a publicar sus licitaciones en la PCSP en su último informe de mayo de 2017.

La nueva LCSP dispone con claridad en su artículo 347.2 que todas las entidades del sector público están obligados a alojar su perfil de contratante en la Plataforma de Contratos del Sector Público, 'gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma'. Y la Ley adopta dos medidas radicales para compeler al cumplimiento de esta obligación:

la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil alojado en la PCSP, es causa de nulidad de los contratos (art. 39.2.c LCSP/2017).

los plazos para presentar ofertas comienzan a computar sólo desde el momento en el que el anuncio de licitación se publica en la PCSP (arts. 134.2, 156.6, 159.3 LCSP).

Por lo tanto, es imprescindible, si no se ha hecho ya, alojar nuestro perfil de contratante en la PCSP, de manera inmediata.

3.- Elaborar el 'Plan anual de contratación' y publicarlo en el perfil de contratante.

El artículo 28.4 de la LCSP 9/2017 impone a todo el sector público la obligación de planificar y publicar su actividad contractual anual, al menos para los contratos sometidos a regulación armonizada, mediante un anuncio de información previa. La medida fue introducida en vía parlamentaria para facilitar la concurrencia de las pymes y es a la vez una medida de transparencia.

Esta previsión reguladora tiene dos incongruencias: el anuncio es potestativo para los contratos que no han de publicarse en el DOUE, que son precisamente los más accesibles para las pymes; y el artículo 134 contempla el anuncio de información previa como potestativo, y para reducir plazos de presentar ofertas. Para salvarla esas incongruencias y ser útil a su objetivo, entendemos que el 'plan anual de contratación' debe recoger una relación de contratos, con sus datos básicos: objeto, valor estimado, duración, procedimiento y fecha estimada de licitación, para que las empresas puedan conocer anticipadamente los planes de contratación, estar atentos a la convocatoria e irse planificando para hacer las ofertas. Es un plan indicativo, que no obliga a licitar todos los contratos o a hacerlo con las condiciones concretas anunciadas. El anuncio de información previa del 134 (el mismo que regulaba el art. 141 del TRLCSP), se ha de limitar a los contratos SARA, cuando se estime conveniente reducir los plazos para presentar ofertas.

4.- Revisar la contratación menor y celebrar contratos con concurrencia para los gastos recurrentes que se estén realizando mediante contratos menores.

La Ley restringe considerablemente los contratos menores, reduciendo sus cuantías, limitando los que se pueden realizar al mismo adjudicatario en el mismo ejercicio (40.000€ en obras y 15.000€ en servicios y suministros) y estableciendo nuevas exigencias procedimentales (informe justificativo publicado en el perfil de contratante, art. 118 en relación con el 63). Además, los OCEX y órganos consultivos estatales y autonómicos, han reiterado que los contratos menores sólo pueden utilizarse para cubrir necesidades esporádicas e imprevistas, que requieran ser adjudicadas con celeridad (recordamos que no son infrecuentes las condenas penales por prevaricación al saltarse estas limitaciones y/o fraccionar el objeto de contrato para eludir la licitación).

Ello exige analizar los gastos realizados mediante contratos menores y tramitar contratos con concurrencia para adjudicar las prestaciones que se han adjudicado por este procedimiento y que tienen carácter periódico, muy especialmente aquellas en las que la facturación del mismo contratista supera los límites que marca el artículo 118 LCSP. Para cubrir esas necesidades, se han de articular contratos de servicios o suministros 'de forma sucesiva y por precio unitario' (arts. 16.3.a, 17 y DA 33ª de la LCSP), o acuerdos marco u otro sistema de racionalización de la contratación (arts. 218 a 230). También deben regularse en las bases de ejecución del presupuesto u otro tipo de normativa interna, los 'anticipos de caja fija' o sistema similar para realizar pagos inferiores a 5.000, modalidad de contrato menor más simplificada, sujeta a las exigencias de la normativa presupuestaria (arts. 346.4, 335.1.f LCSP y RD 725/1989, de 16 de junio).

5.- Crear una 'unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato'.

Realizar un adecuado control de la ejecución de los contratos suele ser la asignatura pendiente de la mayoría de los poderes adjudicadores, y es también una de las principales vías de fraude en la contratación pública. La LCSP introduce tres novedades para el control de la ejecución: a) prevé la existencia de una 'unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato' (art. 62.1 LCSP); b) hace obligatoria la designación de un 'responsable del contrato' (director facultativo en los contratos de obras) (art. 62.1 LCSP); c) y reconoce expresamente la potestad de la Administración de disponer de 'facultades de inspección' de las instalaciones, oficinas y emplazamientos del contratista, cuando sea motivadamente necesario, para verificar el cumplimiento del contrato (art. 190, párrafo segundo).

Se debe crear esa una unidad administrativa especializada, con funcionarios formados en materia de

contratación, para poder coadyuvar al responsable del control de la ejecución material de los contratos en el objetivo ineludible de asegurar la correcta ejecución de lo contratado. Esta unidad debe especialmente verificar el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución y de la oferta técnica del adjudicatario (que tiende a olvidarse en el mismo sobre en que se presentó) y debe tramitar los correspondientes expedientes de penalización, incidencias en la ejecución (revisión de precios, prórroga, modificación) y, en su caso, resolución anticipada.

6.- Rediseñar las Mesas de contratación, con una composición más técnica e imparcial; solicitar, en su caso, la asistencia de las Diputaciones provinciales para su constitución.

Una de las medidas relevantes para garantizar la imparcialidad en la adjudicación es la regulación de la composición de las mesas de contratación, exclusivamente técnica. El artículo 326 proscribe la presencia de políticos en las mesas, salvo en las EELL, con 1/3 como máximo (DA. 2ª;7); tampoco se admite la participación de personal eventual, y tampoco podrán emitir informes de valoración ni unos ni otros; la participación de interinos solo se permite cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados, lo que ha de acreditarse en el expediente.

El párrafo tercero del artículo 326.5 establece una medida especialmente importante para garantizar la imparcialidad de la mesa: no podrán formar parte de las mismas 'el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda'. La remisión a las salvedades que se establezcan en la DA.2ª; a que alude el artículo 326.4 se ha tener por no puesta, puesto que no solo es contraria al objetivo del precepto, sino que fue introducida por una enmienda que no incluyó ninguna salvedad expresa para las EELL, donde además expresamente se rechaza en órganos que han de emitir informes de manera colegiada en las Juntas de Contratación (art. 323.4) y Comité de expertos (DA 2ª;8). Añadiendo a esta limitación, las mayores exigencias para que las mesas recaben informes de valoración (art. 326.5 in fine), los órganos de contratación se ven obligados a disponer de personal cualificado específico para integrar las mesas de contratación.

Ante lo limitado de los medios de las EELL, deberán solicitar asistencia a la Diputación Provincial o CCAA uniprovincial o entidad supramunicipal correspondiente, como prevé la DA 2ª;7. Estas deberían desempeñar un papel importante en la atención a las obligaciones de las EELL en materia de contratación (arts. 228, DA. 2ª;6 y DA.3ª;10), para lo que deben dotarse de los medios materiales y humanos necesarios para ayudar a las EELL a cumplir adecuadamente las exigencias de la LCSP.

7.- Dictar normas internas anticorrupción y para garantizar el cumplimiento de las obligaciones sociolaborales y medioambientales.

La Ley exige expresamente a todos los órganos de contratación 'tomar medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción' (art. 64.1), así como para 'garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral' establecidas en el derecho nacional, comunitario e internacional recogido en convenios ratificados por la UE (art. 201 LCSP). Se entiende que se trata de medidas adicionales a las de Ley, pues éstas ya son directamente vinculantes.

Las entidades públicas deben establecer mecanismos propios para asegurar el cumplimiento de los mandatos directos de la Ley y lograr altas cotas de éxito en la consecución de sus objetivos: concretar en sus pliegos de condiciones medidas específicas para garantizar la integridad en sus procedimientos de contratación y la utilización estratégica de sus contratos y aprobar instrucciones internas con medidas específicas y complementarias a las legales para procurar alcanzar los objetivos de la Ley (puede servir de modelo la Instrucción del Ayuntamiento de Valladolid 1/2015, de 17 de abril de 2015, accesible en <http://www.valladolid.es/es/ayuntamiento/normativa/>).

8.- Capacitación interna para para alcanzar los objetivos de integridad y utilización estratégica de la contratación pública.

La profesionalización del personal que tramita contratos es una necesidad ineludible para poder materializar los objetivos que persigue la contratación pública en todos los contratos públicos 'de manera transversal y preceptiva' (art. 1.3 LCSP). A esta necesaria profesionalización se refiere el art. 334.2.b LCSP y la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017. Una formación específica es especialmente importante en los técnicos de administración especial, para que el diseño de los contratos se haga teniendo ya en cuenta esos objetivos en la propia definición del objeto de los contratos, como impone el artículo 35.1.c) de la LCSP y en el seguimiento de la ejecución.

9. Elaborar documentos modelo, en especial pliegos tipo, adaptados a la nueva Ley.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares han de ser adaptados a la nueva Ley, no solo formalmente, sino puy especialmente en su contenido material para poder garantizar el cumplimiento de los mandatos de transparencia y utilización estratégica de la contratación pública; también los pliegos de prescripciones técnicas han de adaptarse a las exigencias de los artículos 124 a 129 LCSP, y especialmente, realizar la división del objeto de los contratos en lotes. La adaptación de modelos ha de hacerse de todos documentos de contratación que utilizemos de manera reiterada, como providencias de inicio, memoria justificativa, convocatorias y actas de las mesas, anuncios, etc. Especialmente importante es la 'memoria justificativa del expediente' que impone el artículo 116 de la LCSP en relación con el 63.3 (en los menores un informe motivado, art. 118), sin la cual el contrato puede ser declarado nulo (STS de 3 de noviembre de 2011, rec. 2557/2009).

Disponer de documentos modelo facilita el trabajo no sólo a los servicios administrativos internos y a los órganos externos revisores y fiscalizadores, también a los licitadores, especialmente las pequeñas y medianas empresas, para quienes los pliegos de cláusulas administrativas particulares constituyen un verdadero sudoku, diferente en cada contrato, por lo que disponer de pliegos estandarizados y generalizados es una medida también para facilitar a las pymes la concurrencia en los contratos públicos.

10.- Formación básica a las pymes locales en la nueva Ley de contratos.

Todos los entes del sector público están obligados a facilitar el acceso a la contratación pública a las pequeñas y medianas empresas, así como a las empresas de economía social, por mandato expreso de los artículos 1.3 de la LCSP y el 28.2. Pero es también necesario que las propias empresas pequeñas y medianas tengan unos conocimientos mínimos de la Ley para saber cómo concurrir a una licitación, qué han de analizar en los pliegos, cómo preparar una oferta y qué derechos y obligaciones asumen con ello y con una posterior adjudicación. Esta formación es especialmente importante ahora en dos aspectos:

La inscripción de las empresas en el Registro Oficial de Licitadores y empresas Clasificadas del Estado (art. 337 LCSP). En el procedimiento abierto simplificado sólo pueden presentarse empresas que estén inscritas en el ROLECE (art. 159.4.a) de la LCSP, en vigor el 9 de septiembre de 2018, según establece la DF 16ª).

Presentación de las ofertas en formato electrónico. La imposición de la licitación electrónica en 2018, exigirá a los poderes adjudicatarios dotarse de programas informáticos específicos. En principio no parece obligatorio utilizar exclusivamente a estos efectos la Plataforma de Contratos del Sector Público (art. 347), aunque la conjugación de las exigencias del artículo 157.3 de la LRJ 40/2015 y obligación de facilitar la participación de las pymes, podría llevar a esa conclusión ('El Libro de Oro de las buenas prácticas en contratación pública electrónica', de 2013, señala que la multiplicidad de programas es una barrera ara las pymes). Sea ésta u otra, las EELL deberán formar a las empresas de su ámbito territorial en el manejo de la plataforma de licitación electrónica para asegurar que las empresas domiciliadas en su territorio pueden presentar sus ofertas en formato electrónico.

Estas diez obligaciones ayudarán a garantizar desde la entrada en vigor de la nueva Ley el cumplimiento de los dos básicos que persigue: garantizar la transparencia en todos los contratos y en todas sus fases y utilizar estratégicamente la contratación para coadyuvar a las políticas públicas en materia social, medioambiental, de innovación y de fomento de la contratación con pymes. Para ello hemos de ponernos en marcha de manera inmediata y estas diez medidas nos parecen las primeras que han de adoptarse.

4 de diciembre de 2017

José Manuel Martínez Fernández. Doctor en Derecho.

Funcionario de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional. Vicesecretario del Ayuntamiento de Valladolid.