

NOTA INFORMATIVA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN LOCAL DIRIGIDA A LAS EELL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

I.- TRAS LA ADVERTENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA A ESPAÑA, A TRAVÉS DE UNA DECISIÓN DEL CONSEJO, DE 2 DE AGOSTO DE 2016, PARA QUE ADOPTE MEDIDAS DIRIGIDAS A UNA REDUCCIÓN DEL DÉFICIT QUE SE CONSIDERA NECESARIA PARA PONER REMEDIO A LA SITUACIÓN DE DÉFICIT EXCESIVO, LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN DEBERÁN EVITAR, EN LA MEDIDA DE LO POSIBLE, RECURRIR AL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD POR RAZÓN DE LA CUANTÍA PARA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS.

La Recomendación 3.2.3 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (Resolución de fecha 16 de marzo de 2016, de la Dirección General de Patrimonio), sobre el procedimiento negociado, aclara que con carácter general los supuestos de utilización del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía continúan siendo de aplicación al referirse necesariamente a la adjudicación de contratos con un valor estimado inferior a los umbrales que se indican en el apartado 3.1 de la Recomendación, si bien recuerda la Junta Consultiva que, en todo caso, a partir del 18 de abril de 2016, deberá realizarse la interpretación del derecho nacional vigente de conformidad con las Directivas en materia de Contratación. Según reiterada jurisprudencia del TJUE), tal interpretación deberá realizarse en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue. ¹

Este escenario, sobre el procedimiento negociado sin publicidad ha variado en los últimos meses, como consecuencia de **la Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a una reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, de 2 de agosto de 2016.**

El considerando 14 de la Decisión del Consejo, advierte que:

“ España también debe prestar la debida atención a los aspectos cualitativos de las finanzas públicas, incluida su política de contratación pública. Ha sido significativo el número de irregularidades con un impacto en la aplicación de la legislación sobre contratación pública de la UE puestas en conocimiento de la Comisión durante los últimos años. Los datos ponen de manifiesto que existen divergencias en la ejecución de los contratos públicos en las entidades y autoridades de contratación y que la falta de suficientes mecanismos de control a priori y a posteriori obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública. **España destaca por una baja tasa de publicación de los anuncios de contratos y un uso relativamente elevado del procedimiento negociado sin publicación previa en comparación con otros Estados miembros. Esto se traduce en una competencia limitada de las empresas de otros Estados miembros y, con frecuencia, en adjudicaciones directas, con consecuencias en términos de aumento del gasto de las administraciones públicas.** El uso limitado de instrumentos de contratación centralizada o conjunta impide que las mejoras de eficiencia contribuyan a los ahorros presupuestarios. La falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española.

¹ Entre otras, Sentencia Adelener y otros, de 4 de julio de 2006; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004.

En atención a lo anterior, el artículo 1 de la decisión en el punto 6, impone a España el establecimiento de *“un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y una elevada competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos adecuados de control a priori y a posteriori para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la normativa”*

El artículo 2 de la Decisión del Consejo, dio de plazo hasta el 15 de octubre de 2016, para que *“El Gobierno de España adoptase medidas efectivas y, de conformidad con el artículo 5, apartado 1 bis, del Reglamento (CE) n.º 1467/97, presente al Consejo y a la Comisión un informe sobre las medidas adoptadas en respuesta a la presente Decisión. En el informe se incluirán los objetivos relativos al gasto y a los ingresos públicos, y se especificarán las medidas discrecionales por el lado tanto del gasto como de los ingresos, así como información sobre las medidas adoptadas en respuesta a las recomendaciones específicas del Consejo para reforzar su marco presupuestario y su política de contratación pública, de conformidad con el artículo 1, apartados 5 y 6”*

En el contexto anterior, se enmarca la *Proposición de Ley de medidas para promover la transparencia en la contratación pública*, formulada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Mediante esta Proposición de Ley se pretende remediar de forma inmediata dos de las taras detectadas en la gestión de nuestra contratación: la baja tasa de publicación de anuncios y la inexistencia de un organismo independiente de supervisión.

Mediante la modificación del apartado 2 del artículo 177 TRLCSP **se propone la eliminación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía**. De esta forma, siempre que se utilice el procedimiento negociado por razón de la cuantía deberán publicarse anuncios de licitación. Ello sin perjuicio de que la negociación de las condiciones del contrato con los candidatos sigue siendo el elemento característico del procedimiento negociado (art. 169 TRLCSP) y que por tanto, en la norma propuesta, de la ausencia de negociación durante la tramitación del procedimiento debe seguir considerándose un vicio de nulidad.

El procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía fue sin duda una de las novedades más cuestionadas de la Ley de Contratos del Sector Público del año 2007, ya que ha permitido la generalización de la adjudicación opaca de contratos de cuantía nada desdeñable. Por eso debe valorarse muy positivamente que se proponga supresión, prevista ya en el anteproyecto de ley de contratos del sector público de 2015.

El documento de trabajo que acompaña al Dictamen de la Comisión sobre el proyecto de Plan Presupuestario de España, de fecha 16 de noviembre de 2016, se pronuncia favorablemente sobre la supresión que contiene el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de la capacidad ilimitada que tienen actualmente las autoridades contractuales de utilizar el procedimiento negociado sin publicación previa para los contratos de menor cuantía. En la misma línea, afirma que la planeada supresión de la capacidad ilimitada de las autoridades contractuales de recurrir al procedimiento negociado sin publicación previa para los contratos no sujetos a regulación armonizada va en la dirección correcta.

En base a lo anterior, por acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2016, el Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Dirección de Patrimonio, ha instruido a las entidades del sector público estatal para dar publicidad a determinados contratos no sujetos a regulación armonizada, dada la necesidad de anticipar medidas en materia de publicidad contractual, que son de efecto inmediato en el ámbito de las entidades incluidas en el sector público estatal que tienen la condición de poder adjudicador, que deben sujetarse a las instrucciones del Consejo de Ministros.

II.- POR EFECTO DIRECTO DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA, LA DIVISIÓN DEL CONTRATO EN LOTES PASA A SER LA REGLA GENERAL.

La regulación jurídica de la división del objeto del contrato en lotes efectuada por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, con efecto directo desde el 18 de abril de 2016, ha supuesto un cambio sustancial respecto de la regulación en nuestra normativa contractual al establecer, como regla general, la división del contrato en lotes y la necesidad de justificar los motivos que impiden o desaconsejan no hacerlo, así como la posibilidad de limitar tanto en la licitación como la adjudicación de uno o varios lotes para una misma empresa. La división en lotes podrá realizarse de una manera cuantitativa, adecuando el importe de los mismos a la capacidad de las pequeñas empresas, o de forma cualitativa, teniendo en cuenta los diferentes sectores y las especializaciones de las empresas.

Con el nuevo marco normativo europeo, se pretende favorecer la participación de las pymes en la contratación pública, dotándolas de mayores oportunidades de competir con las grandes empresas en las licitaciones públicas.

El artículo 86.3 TRLCSP, admite la posibilidad de establecer lotes cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- que el objeto del contrato admita fraccionamiento.
- que se justifique debidamente en el expediente.
- -que cada una de las partes que conforman los lotes sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado;
- -que constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

En el supuesto de división del contrato en lotes, las normas procedimentales y de publicidad a aplicar para la adjudicación de cada lote, serán las que correspondan en función del valor acumulado de todos los lotes, con las excepciones contenidas en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2

Lo que se pretende por el legislador es evitar que se fraccione un contrato para disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad o de procedimiento (art. 86.2 TRLCSP).

El artículo 46 de la Directiva, dispone que *“1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes.*

Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84.

2. Los poderes adjudicadores precisarán, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes.

Los poderes adjudicadores estarán facultados para limitar el número de lotes que puedan adjudicarse a un solo licitador, incluso en el caso de que se puedan presentar ofertas para varios o todos los lotes, siempre que en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés se indique el número máximo de lotes por licitador. Los poderes adjudicadores indicarán, en los pliegos de la contratación, los criterios o normas objetivos y no discriminatorios que se proponen aplicar para determinar qué lotes serán

adjudicados, en caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación pueda dar lugar a que a un solo licitador se le adjudique un número de lotes superior al máximo indicado.

3. Los Estados miembros podrán disponer que, en caso de que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, los poderes adjudicadores estén facultados para adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes cuando dichos poderes hayan especificado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, que se reservan dicha posibilidad, y hayan indicado los lotes o grupos de lotes que puedan combinarse

4. Los Estados miembros podrán aplicar el párrafo segundo del apartado 1 haciendo obligatoria la adjudicación de contratos en forma de lotes separados, en condiciones que habrán de especificarse de conformidad con el Derecho nacional y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión. En tales casos, también serán de aplicación el párrafo primero del apartado 2 y, si procede, el apartado 3”.

La justificación de esta regulación viene establecida en los considerandos 78 y 79 de la Directiva-²

² **Consideración 78 de la Directiva 2014/24/UE:** “Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos

La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.

Los Estados miembros deben seguir gozando de libertad para prolongar sus esfuerzos tendentes a facilitar la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños, exigiendo a los poderes adjudicadores que aporten una justificación de la decisión de no dividir los contratos en lotes o haciendo obligatoria la división en lotes bajo ciertas condiciones. A este mismo respecto, los Estados miembros deben gozar también de la libertad de facilitar mecanismos para efectuar pagos directos a los subcontratistas.

Consideración 79 de la Directiva 2014/24/UE: “Cuando los contratos estén divididos en lotes, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, por ejemplo con el fin de preservar la competencia o garantizar la fiabilidad del suministro. También deben estar autorizados a limitar también el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador.

Por lo tanto, la regla general contenida en el TRLCSP _la no división del contrato en lotes, salvo excepción_ se invierte con la aplicación del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, de tal manera, que los órganos de contratación podrán justificar la división del contrato en lotes con la finalidad de favorecer el acceso de las Pymes a las licitaciones.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa(en adelante JCCA), en el reciente informe 12/2016, de 6 de abril de 2016, llama la atención sobre el cambio de criterio respecto del expresado en su informe 31/2012, de 7 de mayo de 2013, que trataba de la contratación por un Ayuntamiento de unas obras de reparación de aceras en diversas calles de la misma ciudad y la JCCA consideró que existía una única finalidad (la reparación de aceras) lo que conllevaba una unidad funcional, y la justificación de la división del contrato para beneficiar a las pymes, no justificaba la división, concluyendo que se debía utilizar un único procedimiento de adjudicación para la totalidad de las aceras a reparar. Pues dice ahora la JCCA que “este criterio debe entenderse ahora superado tras el cambio de contexto”.

En la misma línea, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCA), por Resolución de 22 de diciembre de 2016, impone la obligada justificación, por el poder adjudicador, de la no división en lotes de un contrato relativo al control de acceso a dos hospitales de distintas localidades, al considerar que vulnera el art. 46.1 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, al no indicar las razones que le llevan a mantener la unidad del objeto del contrato, pese a ser posible su división en lotes atendiendo a un criterio geográfico. Señala el TARCA que si bien, salvo en los supuestos de adjudicación obligatoria de los contratos en lotes separados a los que se refiere el art. 46.4 de la Directiva, los poderes adjudicadores tienen libertad a la hora de configurar el objeto del contrato previendo o no su división en lotes, sin embargo, cuando decidan no dividir el objeto, deben indicar las razones de tal decisión. Remarca que, en el caso, afectando el objeto del contrato a dos hospitales de la provincia de Málaga, ubicados en dos localidades distintas, era posible dividir el objeto en dos lotes atendiendo a criterios geográficos. Por ello, el órgano de contratación debería haber justificado, preferentemente, en el pliego de cláusulas administrativas particulares las razones que motivan la no división, de forma que al no haberlo hecho ha infringido dicho artículo.

Sin embargo, el objetivo de facilitar un mayor acceso a la contratación pública a las PYME podría verse mermado si se obligara a los poderes adjudicadores a adjudicar el contrato lote por lote, aunque ello supusiera tener que aceptar soluciones bastante menos ventajosas respecto de una adjudicación que reúna varios o todos los lotes. Por ello, cuando la posibilidad de aplicar este tipo de método se haya indicado claramente antes, los poderes adjudicadores deberían poder llevar a cabo una evaluación comparativa de las ofertas para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumplirían mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos de conformidad con la presente Directiva con respecto a dichos lotes, que las ofertas para los lotes separados de que se trate consideradas aisladamente. En caso afirmativo, el poder adjudicador debería poder adjudicar un contrato que combine los lotes de que se trate al licitador afectado.

Es preciso aclarar que los poderes adjudicadores deberían realizar dicha evaluación comparativa primero determinando qué ofertas cumplen mejor los criterios de adjudicación establecidos con respecto a cada lote separado y después comparar el resultado con las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación específica de lotes considerados en su conjunto